

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKU'NDA CEZA KOŞULU

Burcu YAĞCIOĞLU

Danışman
Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR

İZMİR – 2019

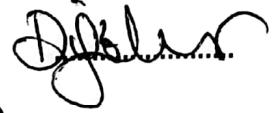
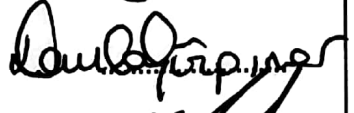
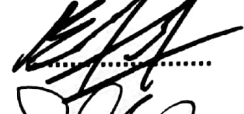
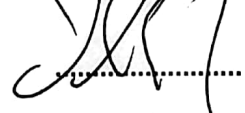
DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : BURCU YAĞCIOĞLU
Öğrenci No : 2013800786
Tez Başlığı : Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu

Savunma Tarihi : 12/04/2019

Danışmanı : Prof.Dr.Demet ÖZDAMAR

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Demet ÖZDAMAR	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Damla GÜRPINAR	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Lale Burcu ÖNÜT	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Ali Nazım SÖZER	- Yaşar Üniversitesi	
Prof.Dr.Metin İKİZLER	- Atatürk Üniversitesi	

BURCU YAĞCIOĞLU tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

12/04/2019

Burcu YAĞCIOĞLU

İmza

ÖZET
Doktora Tezi
Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu
Burcu YAĞCIOĞLU

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Doktora Programı

Ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu’nun 179 ile 182’nci maddeleri; İsviçre Borçlar Kanunu’nun ise 160 ile 163’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ceza koşulu kurumunun amacı, mevcut borcun gereği gibi veya ifa edilmesi hususunda, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına almaktır.

Ceza koşulu kurumu, hukuki olarak birçok kurum ve kavram ile benzerlik gösterse de bunlardan farklı nitelik ve hukuki sonuçlara sahiptir. Örneğin ceza koşulu; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmının “Borç İlişkilerinde Özel Durumlar” başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında, birlikte düzenlendiği bağlanma parası ve cayma parasından, seçimlik borçtan, seçimlik yetkiden, koşula bağlı borçtan, götürü tazminattan, cezalandırıcı tazminattan, gerçek olmayan ceza koşulundan, temerrüt faizinden ve kısmen benzer özellikler taşıdığı daha birçok hukuki kurum ve kavramdan farklıdır.

Ceza koşulunun varlığından bahsedebilmek için, öncelikle ceza koşulunun güvence altına aldığı mevcut ve geçerli bir asıl borcun bulunması gereklidir. Bu asıl borcun yanında, ceza koşulu olarak ayrı bir edimin bulunması gereklidir. Anlaşıldığı üzere, ceza koşulu fer’i bir borç ve alacaktır; ceza koşulunun asıl borcun hukuki kaderine bağlı olması ise, kendisinin muaccel olduğu ana kadardır. Ceza koşulu muaccel olduğunda bağımsız bir alacak ve borç niteliğini kazanır. Ceza koşulunun muaccel olduğundan söz edebilmek için kural olarak;

asıl borcun muaccel olması, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun ceza koşuluna bağlanan borcun ihlalinde kusurlu olması gereklidir. Görüldüğü üzere, ceza koşulunun muaccel olması için, alacaklının borcun ihlali sebebiyle herhangi bir zarara uğraması şartı bulunmamaktadır. Zaten bu husus da Kanun'da açıkça belirtilmiştir (İBK m.161/I-TBK m.180/I). Ancak borcun ihlali sebebiyle uğramış olduğu zararın ceza koşulu miktarından fazla olması durumunda, alacaklı, borçlunun kusurunun bulunduğunu ve zararının varlığını ispat ederek, ceza koşulu miktarını aşan zararının tazmin edilmesini isteyebilir (İBK m. 161/II-TBK m. 180/II).

Ceza koşulu edimi, mali bir değere sahip olması şartıyla para veya para dışında başka bir edim olabilir ve bu edim yükümlülüğü, çok taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler, dernek tüzükleri, şirket sözleşmeleri vs.) ile belirlenebileceği gibi, istisnai olarak tek taraflı hukuki işlemler ile de belirlenebilir. Ayrıca ceza koşulu ediminin miktarını taraflar serbestçe belirleme hakkına sahiptirler (TBK m. 182/I-İBK m. 163/I). Ancak, tarafların bu serbestisi, Kanun'da hâkim için getirilen, aşırı ceza koşulunu indirme yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır (TBK m. 182/III-İBK m. 163/III).

Ceza koşuluyla ilgili hükümlere bakıldığında aslında iki farklı türde ceza koşulunun kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Bunlar, seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşuludur. Kanun'daki, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için, bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklının ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebileceği şeklindeki hükümle bir seçimlik ceza koşulundan (TBK m. 179/I-İBK m. 160/I); ceza koşulunun borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılması halinde, alacaklının, hakkından açıkça feragat etmiş olmadıkça veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte ceza koşulunun ifasını da isteyebileceği şeklindeki hükümle bir ifaya eklenen ceza koşulundan (TBK m. 179/II-İBK m. 160/II) bahsedildiği görülmektedir. Ceza koşulunun bu iki türünden bahseden ilgili hükümde, bir de; borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkının saklı olduğu ifade edilmiştir (TBK m. 179/III-İBK m. 160/III). Dönme cezası olarak adlandırdığımız bu kurum, her ne kadar ceza

koşulunun diğer türleriyle bir arada düzenlenmiş de olsa, ceza koşulundan farklıdır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Koşulu, İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Seçimlik Ceza Koşulu, Dönme Cezası, Ceza Koşulunun İndirilmesi, Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini.



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy (PhD)
Penal Clause in Turkish and Swiss Law
Burcu YAĞCIOĞLU

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Doctoral Program

The penalty clause had been settled at between articles 179 and 182 of the Turkish Code of Obligations; as for Swiss Code of Obligations, the penalty clause had been settled at between articles 160 and 163 of this code. The purpose of the penalty clause institution are to make certain of the performance of the primary obligation putting pressure on the debtor in the matter of performance or rightly performance of the present primary obligation and also to make certain of discharge of the contingent damages of creditor in cases of not performance or not rightly performance.

Although there are many similarities between the penalty clause institution and a lot of institution and notion, the penalty clause has different qualifications and legal consequences differ from these. For example, the penalty clause is different from the bargain money and the forfeit money which had been jointly settled at the third division of the fourth chapter entitled "Special Cases in the Debtor-Creditor Relationship" of the first part entitled "General Provisions" of the Turkish Code of Obligations No. 6098, from alternative obligation, from right of option, from contingent liability, from lump sum indemnity, from punitive damages, from unreal penalty clause, from moratory interes and from a lot of institution and notion which have similarity specialities that the penalty clause has.

To talk about the existence of a penalty, it is first necessary to have a current and valid primary obligation secured by the penalty clause. It is necessary

to have a separate performance as penalty clause in addition to this primary obligation. As it is seen, the penalty clause is an accessory consideration and claim. The penalty clause will depend on the legal fate of the primary obligation until the penalty clause is due. When the penalty clause is due, it acquires a separate claim and debt quality. In order to mention that the penalty is due, as a rule; the primary obligation must be due, the primary obligation should never be fulfilled or not performed as required, the debtor should be in the wrong about the breach of the primary obligation attached to the penalty clause. As it is seen, in order for the penalty clause to be due, it is not necessary for the creditor to incur any damage due to a breach of the obligation. This fact has already been clearly prescribed by law (Swiss Code of Obligations, Article: 161/I-Turkish Code of Obligations, Article: 180/I). However, if the damage which creditor suffers by breach of the primary obligation is farther than amount of the penalty clause, creditor can claim the compensation which is farther than amount of the penalty clause proving the debtors fault and the existence of the damage (Swiss Code of Obligations, Article: 161/II-Turkish Code of Obligations, Article: 180/II).

The penalty clause performance may be anything other than money or money, provided that it has a financial value, and this debt obligation can be determined by multilateral legal transactions (contracts, association statutes, company contracts, etc.) or exceptionally by unilateral legal transactions. Furthermore, the parties have the right of free determination of the amount of the penalty clause (Swiss Code of Obligations, Article: 163/I-Turkish Code of Obligations, Article: 182/I). However, this freedom of the parties is limited by the liability of the reduction the excessive penalty clause and this liability is settled by law for judges (Swiss Code of Obligations, Article: 163/III-Turkish Code of Obligations, Article: 182/III).

Having looked at the provisions related to the penalty clause, it is understood that two different types of penalty clause have been written actually. These are the alternative penalty clause and the penalty clause that is added to the performance. If a penalty clause is decided for cases of not performance or not rightly performance, unless otherwise agreed, the creditor claims either the performance of the primary obligation or the performance of the penalty clause;

there is a alternative penalty clause (Swiss Code of Obligations, Article: 160/I-Turkish Code of Obligations, Article: 179/I). If a penalty clause is decided for situations which is not performance at the time or place specified in the contract, unless creditor's express abdication or unless creditor's acceptance the primary performance without reservation, the creditor may claims both the performance of the primary obligation and the performance of the penalty clause; there is a penalty clause that is added to the performance (Swiss Code of Obligations, Article: 160/II-Turkish Code of Obligations, Article: 179/II). In the relevant provision that mentions these two types of penalty clause, it is stated also that the debtor has a right to prove that he/she is authorized to terminate the contract by performing of the penalty (Swiss Code of Obligations, Article: 160/III-Turkish Code of Obligations, Article: 179/III). Although this institution that is named as resolution penalty by us, is arranged along with types of penalty clause, nevertheless the resolution penalty is different from the penalty clause.

Keywords: The penalty clause, The penalty clause that is added to the performance, The alternative penalty clause, The resolution penalty, The reduction of penalty clause, The compensation of the excess of damage.

TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU'NDA CEZA KOŞULU

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	x
KISALTMALAR.....	xv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI.....	3
A. Ceza Koşulunun Tanımı	3
B. Terminoloji.....	5
II. CEZA KOŞULUNUN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ.....	7
III. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	9
A. Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşıdığı Görüşü.....	9
B. Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü	10
C. Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Karışımı Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	12
D. Ceza Koşulunun Sigorta Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	12
E. Ceza Koşulunun Teminat Niteliğinde Olduğu Görüşü	13
F. Görüşümüz	14
IV. CEZA KOŞULUNUN AMAÇLARI VE İŞLEVLERİ	20
A. Ceza Koşulunun Asli Amaçları ve İşlevleri	20
B. Ceza Koşulunun İkincil Öneme Sahip Amaçları ve İşlevleri	28
V. CEZA KOŞULUNUN ÖZELLİKLERİ.....	31
A. Ceza Koşulunun Fer'i Nitelikte Olması.....	31

B. Ceza Koşulunun Yan Hak Olması	31
C. Ceza Koşulunun Esaslı veya Yan Nokta Olabilmesi	32
D. Ceza Koşulunun Koşula (Şarta) Bağlı Bir Borç Olmaması.....	33
E. Ceza Koşulunun Bizzat Kendisinin Güvence Altına Alınabilmesi.....	36
F. Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Kural Olarak Tamamlayıcı Nitelikte Olması.....	37
VI. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ	37
A. Seçimlik Ceza Koşulu.....	39
B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu.....	43
VII. CEZA KOŞULUNUN UYGULAMA ALANI	48
A. Borçlar Hukukunda.....	49
B. Medeni Hukukta.....	51
C. Ticaret Hukukunda.....	54
D. İş Hukukunda.....	55
VIII.CEZA KOŞULUNUN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	59
A. Düzenleme Yeri Açısından Benzer Kurumlar	59
1. Dönme Cezası	60
2. Bağlanma Parası	67
3. Cayma Parası.....	68
B. Amaç ve İşlevi Açısından Benzer Kurumlar	72
1. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu	72
2. Götürü Tazminat	75
3. Cezalandırıcı Tazminat	83
4. Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt.....	86
C. Fer’ilik Özelliği Açısından Benzer Kurumlar.....	87
1. Temerrüt Faizi	87
2. Kefalet	89
D. Diğer Benzer Kurumlar	90
1. Sorumluluğu Sınırlayan Kayıt.....	90
2. Hakkı Düşüren Kayıtlar	91

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI, MUACCEL OLMASI VE HÜKÜMLERİ

I. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI	94
A. Asıl Borcun Bulunması.....	94
1. Asıl Borcun Özellikleri	94
a. Asıl Borcun Geçerli ve Mevcut Bir Borç Olması	94
b. Asıl Borcun Her Türlü Borç Olabilmesi.....	99
2. Asıl Borcu Doğuran Kaynaklar	107
B. Asıl Borçtan Ayrı Ancak Ona Bağımlı (Fer'i) Nitelikte Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması	109
1. Asıl Borçtan Ayrı Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması	109
2. Ceza Koşulu Ediminin Geçerli Olması	112
3. Ceza Koşulu Ediminin Mutlaka Mali Bir Değere Sahip Olması	121
4. Ceza Koşulu Ediminin Asıl Borca Bağımlı (Fer'i) Nitelikte Olması	126
a. Ceza Koşulunun Bağımlılığının (Fer'iliğinin) Anlamı	126
b. Ceza Koşulunun Bağımlılığın (Fer'iliğinin) Sonuçları	128
C. Ceza Koşulu Ediminin Bir Hukuki İşlemlle Belirlenmesi.....	138
1. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Türü.....	140
a. Hukuki İşleme Katılanların Sayısına Göre	140
b. Hukuki İşlemin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurdukları Ana Göre	144
2. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Yapılma Anı ve Şekli.....	146
a. Hukuki İşlemin Yapılma Anı.....	146
b. Hukuki İşlemin Şekli	147
3. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Tarafları	152
4. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Yorumlanması.....	156
II. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI.....	157
A. Ceza Koşulunun Muacceliyeti İçin Gerekli Şartlar	158
1. Asıl Borcun Muacceliyeti.....	159
2. Asıl Borcun İhlal Edilmesi.....	159
3. Borçlunun Kural Olarak Kusurlu Olması.....	163

B. Muacceliyetin İspatı	168
C. Ceza Koşulunun Muacceliyet Şartlarını Ağırлаştıran veya Hafifleten Anlaşmalar	169
D. Ceza Koşulunun Muacceliyeti İçin Zararın ve Temerrüdün Gerçekleşmesinin Gerekli Olmaması	171
III. CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ	172
A. Seçimlik Ceza Koşulunun Hükümleri	172
1. Alacaklının Seçim Hakkı	172
2. Asıl Borcun veya Ceza Koşulunun İfasının İstenmesi.....	176
B. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri	184
1. İfa ve Ceza Koşulunun Birlikte İstenebilmesi.....	184
2. İhtirazi Kayıt İleri Sürme Külfeti	188
3. Alacaklının Ceza Koşulundan Açıkça Vazgeçmesi	194

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİMİ

I. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ	196
A. Aşan Zararın Tazmininin İşlevi ve Uygulama Alanı.....	196
B. Aşan Zararın Tazmininin İstenebilmesi İçin Gerekli Koşullar	199
C. Alacaklının Zararı ve Kusuru İspat Yükü	203
II. AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİMİ.....	205
A. İndirimin İşlevi ve Uygulama Alanı	205
B. İndirimin Hukuki Niteliği	210
C. İndirim İçin Gerekli Olan Şartlar	216
1. Geçerli Bir Ceza Koşulunun Bulunması	216
2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması	220
3. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması	220
4. Ceza Koşulunun Aşırı Olması.....	223
a. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınması Gereken An.....	223

b. Aşırılığın Tespitinde Hâkimin Yararlanabileceği Başlıca Ölçütler	226
(1) Alacaklının Menfaatleri	226
(2) Borçlunun Borcun İhlalindeki Kusuru	230
(3) Borca Aykırılığın Ağırlığı	232
(4) Borçlunun Ekonomik Durumu	233
(5) Ceza Koşulunun Amacı	236
(6) Somut Olaya Göre Değerlendirilebilecek Diğer Ölçütler	237
D. Hâkimin İndirim Kararı	239
E. Tacirler Bakımından Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi.....	249
1. İlgili Hüküm (TBK m. 182/III) Çerçevesinde İndirimin Mümkün Olmaması	249
2. Genel Hükümlere Göre İndirim İmkânı	253
SONUÇ.....	262
KAYNAKÇA.....	282

KISALTMALAR

Art.	Artikel (Madde)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Medeni Hukuk Uygulaması Arşivi)
AD	Adalet Dergisi
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Güncel Hukuk Uygulamaları Dergisi)
Ank.BD	Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
b.	bent
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	Bakınız
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BSK	Basler Kommentar (Basler Şerhi)
BGE/BGer	Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Yargıtayı)
BK	818 Sayılı Borçlar Kanunu
BÜHFD	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
c.	cümle
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	dipnot
E.	Esas
Ed.	Editör
Er.	Erwägung (Kararın Değerlendirilmesi)
E.T.	Erişim Tarihi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HandK.	Handkommentar (Özet Şerh)
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGBK	Handelsgesetzbuch Kommentar (Alman Ticaret Kanunu Şerhi)
HHFD	Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber (Editör)
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İK	İş Kanunu
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
İst.BD	İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İz.BD	İzmir Barosu Dergisi
K.	Karar
Kazancı İBB	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
kn.	kenar numarası
KurzK.	Kurzkomentar (Kısa Şerh)
m.	madde
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Alman Hukuku Aylık Dergisi)
MK	743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
Münck.	Münchener Kommentar (München Şerhi)
N.	Numara
OFK	Orell Füssli Kommentar (Orell Füssli Şerhi)
OR	Das Schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung (Avusturyalı Hukukçular Dergisi)
s.	sayfa
S.	Sayı
SİHD	Sicil İş Hukuku Dergisi

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (İsviçreli Hukukçular Dergisi)
ss.	sayfadan sayfaya
StauK.	Staudingers Kommentar (Staudinger Şerhi)
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Vorb.	Vorbemerkungen (Genel Açıklamalar)
Y.	Yıl
Yarg.	Yargıtay
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis (Hukuk Uygulaması Dergisi)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bernli Hukukçular Derneği Dergisi)
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (İş Hukuku Dergisi)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Hukuki Araştırma Dergisi)
ZK.	Zürcher Kommentar (Zürich Şerhi)

GİRİŞ

Kökeni Roma Hukukuna dayanan ceza koşulu kurumu, her hukuki kurum gibi, varlığını ve gelişimini sürdürmektedir. Türk Hukuku bakımından kurumun kanuni olarak en son gelişiminin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle gerçekleştiği ifade edilebilir. Söz konusu Kanunla 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak ceza koşuluna ilişkin bazı hükümler değiştirilirken konuya ilişkin olarak gerek genel hükümler gerekse özel hükümler kısmında bazı yeni hükümler de getirilmiştir. Ceza koşuluna ilişkin bu kanuni gelişim ve değişim, konunun tez olarak bütünüyle ele alınmasında önemli bir etken olmuştur.

Kurumun gelişmesinde, uygulanmasıyla ortaya çıkmış veya çıkacak sorunlara çözüm üretmek ve konuya ilişkin olarak henüz açıklığa kavuşturulamamış konuları açıklığa kavuşturmak da ayrı bir önem taşımaktadır. Dolayısıyla bu gelişime, farklı bir bakış açısıyla bu yönüyle katkı sağlamak, konunun tez olarak seçilmesinde bir diğer önemli etken olmuştur.

Bu tezle kurumun günümüz koşullarına uyum sağlaması yönündeki gelişimine katkıda bulunmak amaç edinilmiştir. Bu kapsamda konu, hem İsviçre Hukuku hem de Türk Hukuku dikkate alınarak, ilgili Kanun hükümleri, doktrin ve uygulama esas alınarak her yönüyle incelenmiştir. Üç bölüm olarak hazırlanan bu tezde, konuya ilişkin olarak doktrin ve uygulamada ortaya çıkan görüş ayrılıklarına, farklı yorumlara ve değerlendirmelere yer verilmiş; kanaatimizce yerinde olmayan bazı sonuçlara ve kanuni düzenlemelere eleştirel bir yaklaşımla naçizane çözümler, öneriler getirilmiştir.

Ceza koşulu hakkında genel açıklamalar başlığını verdiğimiz birinci bölümde, sırasıyla ceza koşulunu her yönüyle ifade eden bir tanım verilmeye çalışılmış, bu kurumun Kanun'da nasıl düzenlenmiş olduğu; özellikle sistematik açıdan yeri tartışılmış, doktrinde tereddütlere sebebiyet veren hukuki nitelik konusunda bir belirleme yapılmış, sonrasında, hukuki niteliğin doğrudan bağlantılı olduğu ceza koşulunun amaç ve işlevleriyle özellikleri ortaya konulmuş, ceza koşulunun türlerinin neler olduğu anlatılmış, özel hukukun ihtiyacının bir sonucu olan bu kurumun uygulama alanı çizilerek günlük hayatımızdaki önemi vurgulanmış, bu açıklamalar neticesinde ceza koşulunun benzer diğer kurumlardan farkları net bir şekilde ortaya konulmuştur.

Ceza koşulunun unsurları, muaccel olması ve hükümleri başlığını verdiğimiz ikinci bölümde, ortada hüküm ve sonuçlarını doğuran bir ceza koşulundan bahsedebilmek için hangi unsurların bulunması gerektiği açıklanmış, mevcut ve geçerli bir ceza koşulunun muaccel olması konusu da gerek muacceliyet şartları, gerek tarafların bu konudaki iradi özgürlükleri gibi konularla her yönden incelenmiş, ceza koşulunun iki ayrı türü dikkate alınarak doğurduğu hüküm ve sonuçlar ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir.

Ceza koşulunu aşan zararın tazmini ve ceza koşulunun indirimi başlığını verdiğimiz üçüncü bölümde ise, ceza koşulunu aşan zararın nasıl tazmin edilebileceği konusu çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmiş, ceza koşulunun indirilmesi ile ilgili başlık altında da indirimin işlevi, indirime ilişkin ölçütlerle aşırılığın tespiti ve indirimin yapılması gibi konular incelenmiş ve adi-ticari iş açısından indirimin uygulama alanı tüm yönleriyle ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI

A. Ceza Koşulunun Tanımı

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ceza koşuluyla ilgili bir tanıma yer verilmemiş¹; sadece ceza koşulunun hukuki sonuçları düzenlenmiştir (TBK m. 179-182; İBK m. 160-163).

Türk ve İsviçre Hukuk doktrinine bakıldığında, ceza koşulunun çeşitli şekillerde tanımlandığı görülür. Bazı yazarlar, ceza koşulunu, *borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı alacaklıya karşı üstlenmesi (taahhüt etmesi)* olarak tanımlarken²; diğer bazı yazarlar ise, *borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi yüklediği edim* olarak tanımlamıştır³.

¹ Alman Medeni Kanunu'nun ceza koşulu ile ilgili hükümleri arasında da ceza koşuluyla ilgili bir tanım bulunmamaktadır.

² Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri**, Ulus Basımevi, Ankara, 1951, (Aktin Muhtelif Nevileri), s. 594; Erbay Taylan, "Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu", **Yasa Hukuk Dergisi**, C.1, S.1, Ocak 1978, s. 48; Fahiman Tekil, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1980, s. 236; Fritz Funk, **Borçlar Kanunu Şerhi, C. 1, Umumi Hükümler**, çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek, İstanbul, 1972, ss. 228-229; Kemaleddin Birsan, **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 360; Salter Uçar, **Cezai Şart ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993, s. 12. Avusturya hukuku bakımından bkz. Monika Sommer, "Haus und Recht: Konventionalstrafe zur Sicherung von Pflichten", **Neue Zürcher Zeitung**, Nr. 86, 13.04.2012, ss. 59-60; Margarethe Beck-Mannagetta, "Probleme der Konventionalstrafe", **ÖJZ**, 1991, (https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LI0920030302?execution=e1s1, E.T.: 6.9.2016), s. 2.

³ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976, (Borçlar Hukuku), ss. 853-854; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 163; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 455; Erol Cansel ve Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C.1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, 2013, (Ceza Koşulu), ss. 713-714, dn. 2. İsviçre Hukuku bakımından bkz. Alfred Koller, "Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)", **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen**, (Hrsg. Alfred Koller), St. Gallen, 1996, (Konventionalstrafe), kn. 8; Georges Greiner ve Diana Akikol, "Grenzen der Vermögenseinziehung bei Dritten (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)- unter Berücksichtigung von zivil- und verfassungsrechtlichen Aspekten", **AJP**, 2005, s. 1351; Thomas Pietruszak, **Kurzkommentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, m. 160, kn. 1; BGE 122 III 420, Er. 2a, 422, (Ernst A. Kramer ve Thomas Probst, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2003, (Bundesgerichtspraxis), n. 173, s. 506); Rudolf M. Reck, **Lohnrückbehalt, Kautions und**

Bundan başka ceza koşulunu bir tür “*tazminat*” olarak tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır⁴. Yine doktrinde, ceza koşulunun bir “*anlaşma*” olduğunu ifade edenler olduğu gibi⁵; ceza koşulunun “*hukuki işlemlere konulan bir kayıt*” olduğu da ifade edilmiştir⁶.

Kanaatimizce, ceza koşuluna ilişkin doktrinde yer alan bu tanımların bazıları belli açılardan eksik kalmaktadır. Örneğin, tanımların bazılarında, “*anlaşma*”dan, yani sözleşmeden bahsedilse de, ceza koşulu, yalnızca, hukuki işlemin bir türü olan sözleşmeden doğmaz; tek taraflı bir hukuki işlemde de doğabilir. Ayrıca tanımların bazılarında da, sadece “*zararın tazmin edilmesinden*” söz edilmesi, ceza koşulunun fonksiyonun (amacının) sadece tazminat olduğunun baştan kabul edildiği izlenimini yaratmaktadır. Oysaki ceza koşulunun, zararın giderilmesi fonksiyonunun yanında, hatta daha ön planda yer alan, borçlunun üzerinde yarattığı baskı neticesinde, asıl edimin ifasını güvence altına alma amacı da vardır.

Doktrindeki tanımların yetersizliği sebebiyle, ceza koşulunun şu şekilde tanımlanması yerinde olur: Ceza koşulu; mevcut borcun gereği gibi veya ifa edilmesi hususunda, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan; muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan; muaccel olduğunda bağımsız nitelik kazanan, malî değere sahip, bir edimdir. Bu tanım, Türk ve İsviçre Borçlar

Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, ADAG Administration & Druck AG, Zürich, 1983, s. 138; Eberhard Krügler ve Christoph Schmitt, **Projektverträge im Anlagenbau und für vergleichbare Investitionsprojekte**, Springer, Heidelberg, 2013, s. 75; BGer, 28.4.2014, 4A_69/2014, Er. 5.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 06.07.2018).

⁴ Arkun Kudat, “Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza İle Münasebeti”, **Ank.BD**, C. 5, S. 58-59, Şubat 1949, s. 29; Tahir Kanık, “Cezai Şart”, **AD**, S.8, Y.41, Ağustos 1950, s. 1071; Tanju Uygur, “Cezai Şartın Tenkisi”, **Ank.BD**, S.6, 1975, s. 816. Ceza koşulunun maktu bir tazminat olduğu yönünde bkz. Ekrem Edgü, **Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler**, Met/er Matbaası, İstanbul, 1978, s. 114; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 342. Ceza koşulunun, “mutlak tazminat” olduğu yönünde bkz. Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, (Borçlar), s. 839. Ceza koşulunun tazminat parası olduğu yönünde bkz. Aydın Zevkliler, Şeref Ertas, Ayşe Havutcu, Murat Aydoğdu ve Emre Cumalıoğlu, **Borçlar Hukuku**, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülte Kitabevi, İzmir, 2013, s. 387.

⁵ Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 594; Tekil, s. 236; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 433.

⁶ Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, C. 1-2, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, (Borçlar Hukuku), s. 980; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C.2, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 388. Benzer yönde bkz. Nomer, s. 433.

Kanun'larında ceza koşulunun "Ceza (Konventionalstrafe)" yani bir edim olarak ifade edilmesi karşısında uygun bir tanım olacaktır.

B. Terminoloji

Ceza koşulu, hem Türk Hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta benzer terimlerle ifade edilmektedir. Hukukumuzda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren en çok kullanılan terim "*cezai şart*" terimidir. Bunun dışında doktrinde, "*ceza şartı*"⁷, "*akdi ceza (mukavele cezası, sözleşme cezası, sözleşmesel ceza)*"⁸, "*cezai akit kaydı*"⁹, "*cezai şart tazminatı*"¹⁰ ve "*ceza koşulu*"¹¹ kullanılan diğer terimler olmuştur. İfade edilmeli ki, 6098 sayılı Türk Borçlar

⁷ Bkz. Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1955, ss. 454-456. "*Ceza şartı*" terimi, ayrıca 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu tarafından da tercih edilmiştir. Bkz. TMK m. 119/II, MK m. 83/II.

⁸ "*Akdi ceza*" terimi için bkz. Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2**, çev. Cevat Edege, 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 763 vd.; Nomer, s. 434. "*Mukavele cezası*" veya "*sözleşme cezası*" terimleri için bkz. Osman Fazıl Berki, "Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler", **İstanbul Barosu Mecmuası**, S. 5, Y.XVII, Mayıs 1943, ss. 277, 281 vd.; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (2. Cilt), s. 518 vd.; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, kn. 1366 vd. "*Maktu tazminat*" ya da "*mukavelevi ceza*" terimleri için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Reşad Kaynar, **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Bası, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1957, s. 158. Ceza hususundaki anlaşmayı "*ceza koşulu=cezai şart*"; ödenecek cezayı "*sözleşme cezası*" olarak nitelendiren görüş için bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 518; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1366. Roma Hukuku'nda da ceza koşulunun yer aldığı hukuki işlem gözetilerek, bu hukuki işlemin adıyla bütünleşik bir terim olan "*stipulatio poenae=ceza stipulatio'su*" tercih edilmiştir. Bkz. Max Kaser ve Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht, Juristische Kurz-Lehrbücher**, 18. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, s. 201, kn. 10; Rolf Knütel, **Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1976, s. 25; Isabel Steltmann, **Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s. 28; Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**, çev. Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1935, (Roma Hukuku Dersleri), s. 111; Richard Honig, **Roma Hukuku**, çev. Şemsettin Talip, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938, (Roma Hukuku), s. 237; Şakir Berki, **Roma Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1949, s. 312; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 374; Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, (Lügat), s. 204; Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 67; Sevgi Kaynak, "Roma Hukukunda Cezai Şart", **İÜHF**, C.64, S.1, 2006, s. 238.

⁹ Saymen ve Elbir, **Borçlar**, s. 833 vd.

¹⁰ Müjdat Şakar, "İş Sözleşmesinde Cezai Şart Tazminatı", **Yaklaşım Dergisi**, S.207, Y.18, Mart 2010, s. 172.

¹¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Genel Hükümler), s. 1205 vd.; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 9. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 79 vd.; Uçar, s. 11 vd.; Cansel ve Özel, **Ceza Koşulu**, s. 713 vd.

Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra “*ceza koşulu*” terimi de doktrinde yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine bakıldığında ise, “*sözleşme cezası*” teriminin (m. 22; m. 481/II, m. 482/III, m. 483/I, m. 577/I-f, m. 595/I) tercih edildiği görülmektedir¹². Görüldüğü üzere, genel kanunlar arasında, bir terim birliği sağlanamamıştır.

İsviçre Hukuku'nda ise İsviçre Medenî Kanunu'nun 91'nci maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili düzenleme 26.6.1998'de iptal edilmeden önce, “*Vertragsstrafe(Sözleşme Cezası)*” terimine yer verilmişken; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 160 ile 163'üncü maddeleri arasındaki hükümlerde, “*Konventionalstrafe/Strafe(ceza koşulu/ceza)*” terimine yer verilmiştir¹³. İsviçre Hukukunda da benzer şekilde, genel kanunlar bakımından terim birliği sağlanamamıştır.

Alman Medeni Kanunu'nda ise, “*Vertragsstrafe(sözleşme cezası)*” terimi tercih edilmiştir (BGB § 339-345) ve Kanun'un tamamında, yeknesaklık sağlanarak bu terim kullanılmıştır.

“*Sözleşme cezası (akdi ceza, mukavele cezası, sözleşmesel ceza)*” terimi, ceza koşulunun, sadece sözleşme yoluyla belirlenebileceği kanısını uyandırmaktadır. Oysaki ceza koşulu çoğu zaman sözleşmelerde karşımıza çıksa da, sözleşme dışı hukuki işlemler yoluyla da doğabilir¹⁴. Aynı sakınca, “*cezai akit kaydı*” terimi için de geçerlidir. “*Ceza şartı*” terimi ise, ilk bakışta, kamu hukuku anlamında ceza verilebilmesinin bir şartı izlenimini oluşturmaktadır. “*Cezai şart/ceza koşulu*”

¹² 865 sayılı 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda “*maktuan tesmiye kılınan meblağ*” şeklinde bir terim (m. 647) kullanılmıştır. Bu terimin dil yönünden eleştirisi için bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, (Cezai Şart), s. 5. Ceza koşulunun zarardan bağımsız olması ve öncelikli olarak, borçluyu baskı altında tutarak asıl borcun ifasını güvence altına alma amacının da bulunması gerekçeleriyle bu terimin isabetli eleştirileri için bkz. Necip Bilge, “Cezai Şart”, **Ahmet Esat Arsebük Armağanı**, AÜHF Yayınları No:124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 41. 6762 sayılı 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nda ise, “*cezai şart*” terimi (m. 405, m. 407, m. 408, m. 529) kullanılmıştır. Aynı Kanun'un 24'üncü maddesinde sadece “*ceza*” terimi kullanılmışsa da bunun ihmalen kaynaklandığı yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 3. Aksi görüş için bkz. Bilge, s. 41.

¹³ Roma Hukuku'nda da Justinianus'un Institutiones'inde, I.3,15,7'de, “*poenae=ceza*” ve “*clausula*” terimlerinin kullanılmasıyla ilgili olarak bkz. Kaser ve Knütel, s. 201, kn. 10; Knütel, s. 25; Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, (Borçlar), s. 105; Kaynak, s. 238.

¹⁴ Aynı yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 1206, dn. 7.

terimleri bakımından da, aynı izlenim oluştuğu gibi¹⁵; ayrıca teknik anlamda bir şartın/koşulun varlığını anımsatması da bir sakınca olarak ifade edilebilir¹⁶.

Gerek doktrinde ifade edilen gerekse kanuni düzenlemelerde yer verilen, yukarıda sözünü ettiğimiz terimlerden hiçbirini konuyu tam anlamıyla karşılamamaktadır. Ancak yıllardan beri kullanılmış olan ve kanuni düzenlemelerde yerini bulan “*cezai şart*” terimi yerine, ondan çok da farklı olmayan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “*ceza koşulu*” terimini tercih etmesi sebebiyle, çalışmamızda “*ceza koşulu*” terimini kullanmayı uygun gördük¹⁷.

II. CEZA KOŞULUNUN DÜZENLENİş BİÇİMİ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ceza koşulu, “*Genel Hükümler*” başlıklı birinci kısmının “*Borç İlişkilerinde Özel Durumlar*” başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında bağlanma parası ve cayma parasıyla bir arada düzenlenmiştir (m. 179-182)¹⁸. İsviçre Borçlar Kanunu’nda da aynı şekilde; ceza koşulu Kanun’un dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında düzenlenmiştir (m. 160-163)¹⁹.

¹⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 4.

¹⁶ Doktrinde bu sakıncanın dayanağı olarak da, “*cezai şartın*” şart değil, şarta bağlı bir borç olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 4; Beşir Fatih Doğan, **İstisna Sözleşmesinde Cezai Şart Ediminin Talebi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1998, (İstisna Sözleşmesi), s. 78. Şart kelimesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Roland Bentele, **Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR**, Shaker Verlag, Freiburg, 1994, s. 26; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 519; Köksal Kocaağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2018, (Sözleşme Cezası), s. 29. Ayça Akkayan Yıldırım, “Cezai Şartın İşlevi- Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırılmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHFM**, C.61, S.1-2, 2003, s. 362. Ceza kelimesinin bir yaptırımı, şart kelimesinin ise, bu yaptırımın “borçlunun borca aykırı davranışıyla gerçekleşmesi” kaydıyla uygulanacağını ifade ettiği yönünde bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, (Borçlar), s. 792.

¹⁷ Aynı yönde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1205 vd.; M. Ayan, s. 79 vd.; Uçar, s. 11 vd.; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 713 vd.; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 30 vd. Ceza koşulu terimine ilişkin eleştiri için bkz. Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 792.

¹⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından da bu konuda bir farklılık bulunmamaktadır. Ceza koşulu, bu Kanun’un “*Umumi Hükümler*” başlıklı birinci kısmının “*Borçların Nevileri*” başlıklı dördüncü bölümünün “*Pey Akçesi, Zamânı Rüci, Ücret Tevkifi ve Cezai Şart*” başlıklı üçüncü ayrımında, 158 ile 161’inci maddeleri arasında, toplam 4 maddede düzenlenmişti.

¹⁹ İsviçre Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerinde Toptan Bir Değerliklik Getiren 2020 Tasarısı’nda (OR 2020) ise, ceza koşulu, altıncı bölümde, yani genel hükümlerin en sonunda, yine borç ilişkisinde özel durumlar başlığı altında, bölümün dördüncü ayrımında, 218’inci ve 220’nci maddeler arasında, toplamda üç maddede düzenlenmiştir. Ceza koşulu hükümlerine ilişkin bu sistematik değerikliğin kabul edilebilir bir temeli bulunmadığı hakkındaki eleştiri için bkz. Heinrich Honsell, “Kritische Bemerkungen zum OR 2020”, **SJZ**, 109/2013, (OR 2020), s. 458. Alman Medeni Kanunu’nda da ceza koşulu, özel borç ilişkileri kısmında değil, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin genel kısmında düzenlenmiştir (BGB §§ 339-345).

Ceza koşulunun bu şekilde; genel hükümler arasında ve diğer özel durumlarla birlikte düzenlenmiş olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur.

İlk olarak, genel hükümler arasında konunun ele alınması açısından, bazı yazarlar, ceza koşulunun özel hükümler arasında düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler²⁰. Kanaatimizce, ceza koşulunun genel hükümler arasında kalması uygun olacaktır. Şöyle ki, ceza koşulunun yüklenilmesi, bağımsız bir hukuki işlem olmayıp; özel borç ilişkileri (özel hükümler) kısmında yer alan herhangi bir sözleşme ya da ilişkiden doğan bir borcun ifasını güvence altına alan fer'i nitelikte bir hukuki işlemdir. Ancak aksi görüşte olan yazarlar, bu düşünceden hareket ediliyorsa aynı durumun Kanun'da özel hükümler arasında düzenleme alanı bulmuş kefalet sözleşmesi bakımından da söylenebileceğini; kefalet gibi ceza koşulunun da teminat özelliğine sahip olduğunu, dolayısıyla ceza koşulunun da kefalet sözleşmesi ile ilgili hükümler yanında düzenlenmesinin uygun olacağını ifade etmektedirler.

İkinci olarak, doktrinde ceza koşulunun bağlanma parası (pey akçesi) ile birlikte düzenlenmesini eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşün gerekçesi, bağlanma parasının sözleşmenin kurulmasıyla ilgili olmasına karşın, ceza koşulunun sözleşmenin ifasıyla ilgili olması düşüncesidir²¹. Ancak, hukuk tarihindeki gelişim sürecinin etkisiyle olsa gerek, hem İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK m. 160-163) hem de Alman Medeni Kanunu'nda (BGB §§ 339-345) söz konusu üç kurumun birlikte düzenlendiği görülmektedir. Sözleşme hukukunda borçlu, sözleşmeyi güçlendirmek, borcun ifasını sağlamak, ödenmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağını hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmak amacıyla alacaklıya birtakım güvenceler sağlar. Taraflar bunlar sayesinde sözleşmelerine ekledikleri bazı kayıt ve şartlarla borcun ifa edilmesini veya ifa edilmemesi durumunda tazminat alınabilmesini sağlamış ve kolaylaştırmış olurlar. Ayrıca hem bağlanma parası hem cayma parası hem de ceza koşulunun, asıl borç ilişkisine bağlı fer'i (yan) borç olmaları ayrı bir ortak

²⁰ Theo Guhl ve Anton K. Schnyder, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts**, (Hrsg. Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey), 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, § 56, kn. 1; Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 594 vd.; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 44-45.

²¹ Andreas B. Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt**, çev. Bülent Davran, Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1948, s. 261.

özellik teşkil etmektedir. Dolayısıyla bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulunun bir arada ele alınmış olmasında kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır²².

III. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza koşulunun hukuki niteliği, doktrinde tartışmaların yoğun olduğu bir konudur. Doktrinde ceza koşulunun ceza niteliğinde olduğu savunulduğu gibi, götürü tazminat olduğu, hatta ceza-tazminat karışımı niteliğinde olduğu da savunulmaktadır. Bundan başka, ceza koşulunun bir sigorta niteliğine sahip olduğu görüşü de belirtilmektedir. Bu görüşleri aşağıda alt başlıklar altında değerlendirmek uygun olacaktır.

A. Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşıdığı Görüşü

Doktrinde çoğu zaman, ceza koşulunun, borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl borcun ifasını güvence altına alma amacı, ceza amacı olarak ifade edilmiş ve bu sebeple bir kısım yazarlar tarafından da “ceza” olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Bu görüş, borçlunun taahhüt ettiği edimi ifa etmediği veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacaklı ile aralarında kararlaştırmış oldukları bir miktar *cezayı* ödemeye mahkûm edilmesi yoluyla borçlu üzerinde oluşturulan psikolojik etkinin, borçlunun taahhüt ettiği edimine aykırı davranışına engel olabileceğini savunmaktadır. Bu yönüyle, Ceza Hukukunda, “*cezanın önleyici etkisi*” caydırıcılık anlamında ceza koşuluna atfedilmektedir. Yine; nasıl ki ceza hukukunda kusursuz olanı cezalandırmak mümkün değilse, taahhüdünü yerine getirmemiş ve kendisine hiçbir kusur yüklenemeyen borçlunun da söz konusu bu cezadan sorumluluğunun olması da mümkün değildir²³.

²² Aynı yönde görüş için bkz. Bilge, s. 44; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 44-45; Burcu Yağcıoğlu, “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, DEÜHFD, C. 19, Özel Sayı, İzmir, 2017, ss. 1258-1259. Doktrinde bir görüş de, söz konusu bu üç kurumu “Teminatlı Borçlar” başlığı altında ele almış olmakla, bunları, borç ilişkilerinde tarafların kendi durumlarına bir teminat vermek amacıyla hareket etmeleri neticesinde sözleşmelere ekledikleri bazı unsurlar olarak nitelendirmiştir. Bkz. İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstiklâl Matbaası, İzmir, 1977, s. 208 vd.

²³ Ceza koşulunun ceza olmayıp da ceza görevini yerine getirdiği yönünde bkz. Hermann Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Artikel 1-183**, Verlag von Stämpfli & Cie AG, Bern, 1941, m. 160,

Ceza niteliği görüşünde olan yazarlardan bazıları, ceza koşulunun kamu cezası değil de, bir medeni (özel) ceza olduğunu kabul etmektedirler²⁴.

B. Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü

Doktrindeki bazı yazarlar, ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre, ceza koşulu, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak belirlenmesidir²⁵.

Bu görüş tarafından, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için seçimli ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda (TBK m. 179/I), ceza koşulunun ifaya, yani ifa ile sağlanacak menfaate eşit sayılması ve ayrıca zarar miktarının önceden kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmaması sebepleriyle, bu

kn. 14, m.163, kn. 5. Alman Hukukunda asıl borcun ifasına zorlama yanında gerçek bir ceza niteliğinde olduğu yönünde bkz. Hubert Kaduk, **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 328-397**, 12. Neubearbeitete Auflage, Dr. Arthur L. Sellier & Co.-Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1994, Vorb. § 339, kn. 5 ve kn. 5 vd. Bununla birlikte, ceza koşulunun kamu cezası niteliğini kabul etmese de, tarafların kendi iradeleriyle ceza koşuluna gerçek ceza niteliği verebileceklerini ifade eden ve bu duruma ilişkin eğitimde mecburi hizmet örneğini veren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Kenan Tunçomağ, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, **BATİDER**, C. 1, S. 4, Haziran 1962, (Hukuki Mahiyeti), s. 563; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 26; Akkayan Yıldırım, s. 381.

²⁴ Saymen ve Elbir, Borçlar, ss. 838-839; Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 562; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 25; Taylan, s. 50; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, ss. 565-566; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 34; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Beta Yayıncılık, 2003, (Borçlar Hukuku), s. 1374; Hüseyin Avni Göktürk, “Cezai Şart Müessesesi”, **İz.BD**, S. 1-13, Y.4, Temmuz 1938, ss. 397-406, (Cezai Şart), s. 398; Kadir Berk Kapancı, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi İle Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C. II, İKÜHFD**, C.15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, (Sözleşme Cezası), s. 680.

²⁵ Birgit Hammer, **Konventionalstrafen in Arbeitsverträgen**, Springer, Wien, 2010, s. 47; Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, ss. 566-568; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 23-24; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 861; Mustafa Reşit Karahasan, “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İst.BD**, C. XL, Ocak-Şubat-Mart-1966, Medeni Kanunun 40. Yıl Özel Sayısı, (Cezai Şart), s. 484; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1374; Murat Tiryaki, **Özel Hukuk Alanında Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 17; Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 16; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 91; Oğuz Usta, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 104; Elce Tutar, **Dönme Cezası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, (Dönme Cezası), ss. 33-35; Elce Tutar, “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, **THD**, C. 12, S. 125, Ocak 2017, (<https://jurix.com.tr/article/7467>, E.T.: 24.01.2018), (Cezai Şart), s. 6; Azra Arkan, “Cezai Şart”, **İst.BD**, C.71, S.1-2-3, (Ocak-Şubat-Mart 1997), Ayı Basım, Ufuk Matbaacılık, İstanbul, 1997, ss. 5-6. Ceza koşulunun maktu tazminat olduğu yönünde bkz. Edgü, s. 114; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Akıntürk ve Karaman, s. 163. Ceza koşulunun bir nevi tazminat olduğu yönünde bkz. Kudat, s. 29; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumaloğlu, s. 387; Kanık, s. 1071; Tanju Uygur, s. 816.

miktarın götürü olmasının mantıklı olduğu; ifaya eklenen ceza koşullarında da (TBK m. 179/II), ceza koşulunun, zaman ve yer bakımından ortaya çıkacak aykırılıkların bir karşılığı olarak düşünüldüğü ifade edilerek bu nitelendirmenin kanuni açıdan uygun olduğu sonucuna varılmıştır²⁶. Teorik açıdan uygunluğu ise, götürü tazminat niteliğindeki bir ceza koşulunun tarafların iradelerine uygun olması; borçlunun borcuna aykırılıkta bulunduğu zaman, ödemekle sorumlu olacağı tutarı önceden bilmesi ve bunu kendisinin daha önceden taahhüt etmesiyle; alacaklının da, kendisini borcun ifa edilmemesinin sebep olacağı zararlı sonuçlara karşı korunduğu düşüncesiyle rahat hissetmesiyle, bu nitelikteki ceza koşulunda aynı derecede olmasa da her iki tarafın da korunduğu şeklindeki ifadelerle açıklanmıştır²⁷.

Bu görüşe göre, götürü tazminat niteliğindeki ceza koşulunda, bir zararın varlığı aranmaz ve kararlaştırılan miktarın gerçek zarar miktarına da uygun olması gerekmez²⁸.

Bu görüş, ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebileceğine ilişkin hükmü (TBK m. 182/III) götürü tazminat bakımından ilk bakışta uygun bulmasa da, bu düzenlemenin istisnai bazı durumlar bakımından devreye gireceği düşüncesiyle, istisnai bu gibi durumların, değerlendirmeye zarar vermeyeceğini ifade etmektedir. Bunun gerekçesi olarak da, her kanuni düzenlemenin, adalet ve menfaatleri uygun şekilde bağdaştırmak amacıyla getirdiği kurallardan bazı durumlarda ayrılmak zorunda kalması gösterilmiştir. Hatta bu husustaki diğer bir istisnai hüküm olarak da, Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki, alacaklının, kararlaştırılan ceza tutarından fazla zararının olduğunu ve borçlunun kusuru olduğunu ispat etmesi halinde, hâkimin ceza koşulundan ayrı olarak bir miktar para ödenmesine ilişkin karar verebileceği şeklindeki hüküm gösterilmiştir²⁹.

Yine bu görüş, ceza koşulunun götürü bir tazminat niteliğinde olmasının, onun borçlu üzerinde baskı oluşturmamasına da engel oluşturmayacağını ifade etmiştir; çünkü

²⁶ Becker, m. 160, kn. 30; Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 567; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30, dn.32.

²⁷ Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, ss. 566-567; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 29.

²⁸ Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 561; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 23-24, 29 vd.; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 861.

²⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30.

borçlu bu durumda taahhüdüne aykırı davranmadığı takdirde, karşılaşılabilecek sonuçtan önceden haberdar olacağı için, bu, onu ifaya zorlayacaktır³⁰.

C. Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Karışımı Niteliğinde Olduğu Görüşü

Alman hukukçular tarafından ileri sürülen bu görüş, gerek Alman gerekse de İsviçre Hukuku'nda epey taraftar bulmuştur. Bu görüşe göre, ceza koşulunda hem tazminat hem de ceza niteliği bir arada bulunabilir; ancak bu husus zorunlu değildir. Bazı durumlarda, sadece biri daha baskın nitelikte olabilir³¹.

D. Ceza Koşulunun Sigorta Niteliğinde Olduğu Görüşü

Doktrinde bir görüşe göre, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla, hiçbir kusur olmasa dahi, bir borçlunun taahhüdünü yerine getirmemesi sebebiyle doğan zararlardan sorumlu olması, ceza koşulunun bir sigorta sözleşmesi niteliğinde olduğunu gösterir. Bu görüşe göre, bu durumda, borçlu, kaza veya mücbir sebep kaynaklı zararları da üstlendiği için, zararın oluşmaması için elinden gelen her şeyi yapmış olması, onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde ceza koşulu, özellikle alacaklının menfaatlerini göz önünde bulundurur ve alacaklıyı, gelecekte meydana gelebilecek zarara yol açan her türlü olaya karşı korur³².

³⁰ Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 568; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30.

³¹ Walter Schoch, **Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht**, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern, 1935, ss. 30-31; Bilge, s. 83; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 24; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 721. Ceza niteliğinin daha ağır olduğu yönünde bkz. Hugo Oser ve Wilhelm Schönerberger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Artikel 1-183**, 2. umgearbeitete Auflage, Schultheß & Co., Zürich, 1929, s. 705, kn. 1. Ceza koşulunun sadece tazminat görevinin varlığını kabul etmenin, Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin birinci fıkrasının varlığını açıklamaya engel oluşturacağı yönünde bkz. Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 1; Becker, m. 160, kn. 14; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 839; Bilge, s. 83; İnan ve Yücel, s. 566.

³² Francis Mauler, **De la nature de la clause pénale**, Neuchâtel: P. Attinger, Berne, 1898, s. 116'dan aktaran Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 981. Hukukumuz bakımından ceza koşulunun sigorta işlevinin bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Hüseyin Can Aksoy, "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.24, S.2, Aralık 2018, s. 1013. Aksi yöndeki görüş için bkz. Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, ss. 563-565; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 26.

E. Ceza Koşulunun Teminat Niteliğinde Olduğu Görüşü

Doktrinde, ceza koşulunun bir teminat (güvence) niteliğinde olduğu birçok görüş tarafından kabul edilmektedir. Bir görüş, ceza koşulunun *en geniş anlamda teminat sözleşmesinin kapsamına gireceğini* ifade ederken³³; diğer bir görüş ise, ceza koşulunu *bir teminat (güvence) türü* olarak nitelendirmiştir³⁴. Başka bir görüş de ceza koşulunun *bir güvence edimi* olduğunu ifade etmiştir³⁵.

Bazı yazarlar da ceza koşulunu, ayni-şahsi teminat ayırımına dâhil etmeden, *teminat amacı güden sözleşmeler kapsamında* ele almıştır³⁶. Başka bazı yazarlar ise, ceza koşulunu şahsi teminat olarak nitelendirmişlerdir³⁷.

³³ Andres Büsser, **Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie**, Freiburg, 1997, s. 92. Aksi görüş için bkz. Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Kefalet), ss. 8-9.

³⁴ Gianni Fröhlich-Bleuler, **Softwareverträge**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014, s. 340, kn. 1270.

³⁵ Sotirios Kotronis, **Die Sicherheitsleistung im Privatrecht, Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Privatrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, s. 161 vd.

³⁶ Aydın Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 46. Aynı yönde bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, (C. I/1), s. 5; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014, ss. 19-20; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Özel Hükümler), s. 53; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 47. Ceza koşulunun bir teminat sözleşmesi olmadığına ilişkin bkz. S. Ayan, Kefalet, s. 9. Tandoğan da, ceza koşulunu teminat amacı güden sözleşmelere örnek olarak gösterse de, ceza koşulunun bağımsız bir sözleşme mahiyetini taşımadığını, bizzat borçlunun fer'i bir taahhüdünden ibaret olduğunu, dolayısıyla, bir sözleşmenin şartının sözleşme çeşitlerinin sınıflandırılmasına sokulmasının yerinde olup olmadığının tartışılabilirliğini ifade etmiştir. Bkz. H. Tandoğan, C. I/1, ss. 5-6. Kanaatimizce, ceza koşulunun her durumda "teminat sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi yerinde olmaz; ama buna engel de yoktur. Şöyle ki, ceza koşulu fer'i özelliğiyle asıl bir borcun varlığını gerektirir ve ona bağlıdır. Dolayısıyla, çoğu zaman asıl borcun yer aldığı sözleşmede bir kayıt (hüküm) olarak yer alır. Ayrıca varlık kazanması için bir sözleşmede vücut bulması şart değildir; tek taraflı bir hukuki bir işlemle, dernek tüzükleriyle, ortaklık sözleşmelerinde de belirlenmesi mümkündür.

³⁷ "Personalkredit (kişisel güvence)" kapsamında olduğu yönünde bkz. Guhl ve Schnyder, § 57, kn. 2. "Personalsicherheiten (kişisel güvencelerin)" kapsamında olduğu yönünde bkz. Beat Kleiner, Kaspar Landolt, Dominique Gemperli, **Bankgarantie, Die Ganatie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes**, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage mit neuen Mustertexten, Schulthess, Zürich, 2016, s. 85, kn. 1. "Personalkredit/Personalsicherheiten (kişisel güvence)-Realkredit/Realsicherheiten (ayni güvence)" ayrımı için ayrıca bkz. Christoph M. Pestalozzi, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Artikel 1-529 OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, (www.legalis.ch, 26.04.2018), Vorb. m. 492-512, kn. 6; Kleiner, Landolt ve Gemperli, s. 85, kn. 1. Roma Hukuku'nda da ceza koşulunun "*borçlunun bizzat kendisinin verdiği şahsi teminat*" olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), s. 373; Ziya Umur, **Roma Hukuku, Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, (Ders Notları), s. 314; Rado, Borçlar, s. 105;

F. Görüşümüz

Bize göre ceza koşulu ceza niteliğinde olmadığı gibi, tazminat ya da götürü tazminat niteliğinde de değildir. Ayrıca ceza koşulunun bu iki niteliğin bir karışımı olduğunu kabul etmek de güçtür. Nihayet ceza koşulu bir sigorta niteliğinde de görülemez.

Adında “ceza” kelimesinin bulunmasına rağmen, ceza koşulundaki “ceza”nın kamu cezası niteliğinde değerlendirilmesi uygun değildir³⁸. Ceza koşulu, alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla kararlaştırılır; diğer kamu cezalarında ise kamu yararı önceliklidir. Diğer ayırt edici özelliği de, ceza koşulunun, tarafların özgür iradeleri ile oluşturdukları bir hukuki işlem ile doğmasıdır. Kamu cezalarında ise, ancak kanunkoyucunun iradesi ile bir ceza oluşturmak mümkündür. Yine; örneğin, kamu cezası niteliğindeki para cezası, devlet tüzel kişiliğine ödenirken (TCK m. 52/I); ceza koşulunun konusunu teşkil eden edimden (paradan) alacaklı yararlanmaktadır. Ayrıca, ceza koşulunu taraflar belirlerken ve taraflardan birinin menfaati dikkate alınırken; para cezaları, kanunun çizdiği sınırlar içinde kamu menfaati gözetilerek ya hâkim tarafından belirlenir ya da kanunkoyucu tarafından önceden belirlenmiş maktu haldedir. Bir diğer fark da, ceza koşulunun ödenmemesi halinde ancak icraya başvurma söz konusu olurken, para cezasının yerine getirilmemesi halinde, hapis cezasının gündeme gelebilmesidir (TCK m. 52/son).

Ceza koşulu, kamu cezası niteliğinde olmadığı gibi, onun özel hukuk anlamında bir ceza sayılması da uygun olmaz³⁹. Çünkü kanunkoyucu, ceza koşulunu özel bir ceza olarak görmüş olsaydı, ifa veya ifayı karşılayan tazminat yanında ceza koşulunun da istenebileceğini genel olarak kabul etmeliydi. Oysaki kanunkoyucu, ceza

Kaynak, s. 247. Türk Hukukunda şahsi teminat olduğu yönünde bkz. Saymen ve Elbir, *Borçlar*, ss. 836-837; Hüseyin Ekinci, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (Ceza Koşulu), ss. 54, 95; Bilge, s. 67; Taylan, s. 49; Refik Er, “Hukukta Cezai Bağıt (Sözleşme) Kaydı (Cezai Şart-Mutlak Ödence)”, **AD**, Y.68, S. 5-6, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 1977, s. 368.

³⁸ Oser ve Schönerberger, s. 700, kn. 2; Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 5 vd.; Kanık, s. 1071; Tunçomağ, *Hukuki Mahiyeti*, ss. 562, 563, dn. 19; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 25, dn. 19; Tekil, s. 236, dn. 29; Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.4, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 4257. Kudat bu hususu aynen şu şekilde ifade etmiştir: “... *cezaî şartın adından başka hiç bir tarafında cezai’lik mevcut değildir. Adındaki (cezaî) kelimesi bu gibi iltibaslara sebep olmuştur...*”, Bkz. Kudat, s. 34.

³⁹ Aynı yönde bkz. Claus Hess, **Die Vertragsstrafe: Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, ss. 181-182; Tekil, s. 236, dn. 29.

koşulunu aşan bir zararın bulunmasını ayrıca hükme (TBK m. 180/II) bağlamış; böylece hem tazminatın hem de ceza koşulunun birlikte (kümülatif olarak) istenemeyeceğini kural olarak kabul etmiştir. Yine, başlangıçta ceza koşulu olarak kararlaştırılmış bir miktarın, ileride doğacak zarardan daha az olup olmayacağı da bilinemez. Alacaklının zararı ceza koşulundan fazla olabileceği gibi az da olabilir. Bir an için, alacaklının zararının ceza koşulu miktarından az olacağı varsayılsa bile, bu miktarın bir kısmı zararın karşılığı olduğu için, tamamını ceza olarak kabul etmek yine mümkün olmayacaktır⁴⁰.

Ceza koşulunun amaçlarından biri her ne kadar alacaklının muhtemel zararının elde edilmesini kolaylaştırmak olsa da, ceza koşulunun ne tazminat ne de götürü tazminat olarak nitelendirilmesi yerindedir⁴¹. Aşağıda, ceza koşulunun amaçları başlığı altındaki açıklamalarımızda da görüleceği gibi, ceza koşulunun tek amacı, tazminatın elde edilmesini kolaylaştırmak değildir. Tazminatı kolaylıkla elde etmek amacı, ancak alacaklının gerçekten bir zararının bulunması durumlarında ve ceza koşulunun diğer amacı olan; borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl borcun ifasını sağlamak amacı ile birlikte işlevini yerine getirir. Bu amaçla böyle sıkı bir bağ varken ve tazminat amacı ancak belli bir durumun varlığı halinde işlevini yerine getirebilecekken, ceza koşulunun tek amacı buymuş gibi, hukuki niteliğinin götürü tazminat olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği gibi, alacaklının zararı olmasa da, diğer şartlar gerçekleştiyse, ceza koşulu ifa edilecektir. Ayrıca, alacaklının muhtemel zararlarının tazmin edilmesini kolaylaştırma amacını taşıyan ceza koşulu ile “götürü tazminat” kavramı birbirine çok uzak kavramlar olduğundan nitelik olarak, ceza koşulunun bir götürü tazminat olmadığını ileri sürmenin yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu konudaki gerekçelerimizi ve götürü tazminat ile ceza koşulunun iki ayrı kurum olduğunu, ileride daha detaylı olarak, ceza koşulu ile benzer olan kavram ve kurumlarla ilgili başlık altında değerlendirdik. Tekrara düşmemek için şimdilik

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 563; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 25-26.

⁴¹ Aynı yönde bkz. Felix R. Ehrat ve Markus Widmer, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Artikel 1-529 OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, (www.legalis.ch, 26.04.2018), m. 160, kn. 12; Aksoy, s. 1004. Doktrindeki bir görüş de ceza koşulunun bir tazminat niteliğinde olmadığını, ödenmesinin, zararın miktarına ve ispatlanmasına bağlı olmadığını; onun “*üstlenilmiş götürü borç*” olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Tekil, s. 237. von Tuhr ise ceza koşulunu “*asıl borca bir müeyyide olarak bağlı ek borç*” olarak nitelendirmiştir. Bkz. von Tuhr, (çev. Cevat Edege), s. 763.

detaylı şekilde açıklama yapmaktan kaçınıyor ve o başlık altındaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

Ayrıca, ceza koşulunun ceza-tazminat karışımı niteliğinde olduğu görüşü de kabul edilemez; çünkü tazminat, borca aykırılık halinde diğer tarafa zararın karşılanması amacıyla yüklenen bir yükümlülüktür. Ceza koşulunu bir an, tazminat olarak kabul edersek, artık bunun bir ceza niteliğinin olması söz konusu olamaz. Çünkü borçlu, ceza koşulunun ifasının tazminat miktarıyla aynı seviyede olacağını bilir ve bu husus borçlu üzerinde, ceza niteliği olmasının bir sonucu olarak psikolojik baskı yaratmaz. Ayrıca tazminat niteliğinin kabulü, borçluya fazladan bir yükümlülük getirmeyip, sadece sebep olduğu zararın karşılığını ödemekle yükümlü tutulması sonucunu doğurur. Bu ise, ceza koşulunun hem niteliği (TBK m. 180/I) ile hem de borçlu üzerinde baskı yaratarak asıl borcun ifasını sağlamaya yönelik cezalandırıcı (caydırıcı) etkisi ile bağdaşmamaktadır. Özetle ifade etmek gerekirse, ceza koşuluna ceza niteliğini verirse, tazminat olma; tazminat niteliğini verirse de ceza olma niteliğini kaybeder⁴².

Buna göre ceza koşulunun hem ceza niteliğinde hem de götürü tazminat niteliğinde olamayacağına ilişkin açıklamalarımız ile aşağıdaki ceza koşulunun amaçlarına ilişkin açıklamalarımız neticesinde; ceza koşulunun ne sadece ceza, ne sadece tazminat ne de tazminat-ceza karışımı niteliğinde görülemeyeceği söylenmelidir.

Ceza koşulunun sigorta niteliğinde olduğu da söylenemez. Çünkü bu görüş, hem kanuni hem de teorik dayanaktan yoksun gözükmektedir. Çünkü tarafların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlunun kusurunun bulunmaması halinde dahi ceza koşulunun ifa edileceğini kararlaştırmaları mümkün olsa da böyle bir kararlaştırma yoksa kusurun bulunmadığı durumlarda ceza koşulunun ifa edileceği şeklinde genel bir sonuca varılması uygun olmaz. Kaldı ki, hem Türk hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nda, bu husus, ceza koşulunun olağan bir özelliği olarak kabul edilmemiştir. Hatta Kanun'da, borçlunun bir kusuru olmadan asıl borcun imkânsız hale gelmesi durumunda, asıl borcun sona ermesine rağmen, ceza koşulunun talep

⁴² Çelişkili bir anlatıma yer verilse de, tazminat ve ceza niteliğinin bir arada olamayacağı anlamı da çıkarılabilen görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 28.

edilebilir olmasının; ancak tarafların bunu kararlaştırmaları halinde mümkün olacağı ifade edilmiştir (TBK m. 182/II, İBK m. 163/II).

Yukarıda bahsedilen sebeple kanuni dayanağı olmayan bu görüşün teorik açıdan da dayanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, kural olarak, ceza koşulu olarak bir miktar para ödeyeceğini taahhüt eden borçlu, bir sigorta şirketi gibi, hiçbir zaman alacaklıyı doğacak bütün zararlara karşı korumayı düşünmez. Borçlunun olağan olarak düşüncesi, kendi imkân ve şartlarını göz önünde bulundurarak taahhüdünü yerine getirmektir. Kendi imkân ve şartları hakkında da yanıldığı ve buna bağlı olarak edimini gereği gibi ifa etmediğinde, belli sonuçlarla karşı karşıya kalacağını bilir; fakat önceden öngörülemeyen olaylar sebebiyle sorumluluğunun doğacağını düşünmesi kendisinden beklenemez⁴³. Kaldı ki sigorta şirketleri dahi, belli durumlarda, sigorta ettiren ile aralarındaki sözleşmeye koyacakları belli kayıtlarla kendi sorumluluklarını sınırlayabilmektedirler.

Ayrıca sigorta ile ceza koşulu, başka hususlar bakımından da birbirinden ayrılır. Şöyle ki, ceza koşulunda ifa edilen miktar, gerçek zarar miktarını aşabiliyorken; sigortada ifa edilen miktar, gerçek zarar miktarını aşamaz⁴⁴. Ayrıca sigorta sözleşmesinde, sigorta tazminatını ödemekle yükümlü olan sigortacıyla sigortalı arasında bir borç ilişkisi bulunmayıp da, sigortalı sadece yararına hareket edilen konuma sahipken, ceza koşulunu kural olarak borçlu tarafta yer alan kişi alacaklıya karşı, aralarındaki borç ilişkisine dayalı olarak ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumla bağlantılı olan diğer bir fark da, sigorta sözleşmesine göre sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü, sözleşmenin asli edimi olduğu halde, ceza koşulunun ise asıl borcun fer'i niteliğinde olmasıdır⁴⁵.

Görüldüğü üzere, ceza koşulu ne ceza, ne tazminat ya da götürü tazminat, ne ceza-tazminat karşımı ne de sigorta niteliği taşımaktadır. Kanımızca ceza koşulunun, hukuki niteliğinin *teminat* olarak kabulü gerekir. Bu nitelik, daha önce vermiş olduğumuz tanımla ve aşağıda açıklamaya çalıştığımız amaçla da uyumludur. Gerçekten ceza koşulu, asıl borç ifa edinceye kadar borçlu üzerinde oluşturduğu psikolojik baskı sayesinde ifaya yönelik bir teminat, asıl borcun ihlalinden sonra ise

⁴³ Tunçomağ, Hukuki Mahiyeti, s. 564; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 27.

⁴⁴ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 981; Bilge, s. 55; Kamil Haluk Gökçeoğlu, **Cezai Şart ve Güncel İctihatlar**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 29.

⁴⁵ Bilge, s. 55; Gökçeoğlu, s. 29

alacaklının uğrayabileceği muhtemel zararların tazmini konusunda kolaylık sağlama şeklinde bir teminat niteliği taşımaktadır.

Hukukumuzda, hukuki işlemler için bazı teminat araçları bulunmaktadır. Örneğin, taahhüdünü yerine getirmek için borçlu tarafından alacaklıya bir taşınırın veya taşınmazın rehin edilmesi durumunda aynı teminat söz konusu iken; üçüncü bir şahsın borçluya kefil olarak alacaklıya borcun ödenmemesi halinde borcu yerine getireceğini veya tazminat ödeyeceğini şahsen temin etmesi durumunda da şahsi teminat söz konusudur. Tarafların sözü edilen aynı veya şahsi teminat dışında, aralarındaki anlaşma ile borcun yerine getirilmesini, borcun yerine getirilmemesi halinde ödenecek tazminatı güvence altına almaları halinde ise bir *kaydi teminattan* bahsedilebilir. Ceza koşulu da işte böyle bir kaydi teminat türü olarak kabul edilebilir⁴⁶. İfade edilmelidir ki, buradaki kaydi teminat nitelendirmesi, aynı veya şahsi teminat ayrımı dışında bir nitelendirme olup, geniş anlamda teminat kapsamında yer almaktadır⁴⁷.

Ceza koşulunun teminat niteliğinin, aynı-şahsi teminat ayrımı dışında bırakılması gerekirken⁴⁸, yukarıda bazı yazarların kabul ettiği gibi, ceza koşulunun şahsi teminat olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Çünkü şahsi bir teminattan bahsedebilmek için, bu teminatın borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması gerekmektedir⁴⁹. Ceza koşulu borçlusunun asıl borcun borçlusu dışında üçüncü

⁴⁶ İnan ve Yücel, s. 561; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GÜHFD**, 1999, C.3, S. 1-2, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, E.T.: 28.9.2018), s. 14; B. Yağcıoğlu, ss. 1258-1259. Kaydi teminatlar ceza koşulu ile sınırlı değildir. Kanun’da ceza koşulu ile aynı bölümde yer verilen bağlanma parası da cayma parası da kaydi teminat olarak nitelendirilebilir. Bkz. İnan ve Yücel, s. 561; B. Yağcıoğlu, ss. 1258-1259. Ceza koşulunu, cayma parasını ve bağlanma parasını teminatlı borçlar olarak nitelendiren benzer bir görüş için bkz. Baştuğ, s. 208 vd.

⁴⁷ Doktrinde “*geniş anlamda-dar anlamda teminat sözleşmeleri*” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım, teminat sözleşmesinin fer’i mahiyette olup olmamasına göre şekillendirilmiştir. Fer’i mahiyette olan teminat sözleşmeleri dar anlamda teminat sözleşmesi kabul edilirken; fer’i mahiyette olmayan teminat sözleşmeleri geniş anlamda teminat sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bkz. H. Tandoğan, C. I/1, ss. 5-6; Yavuz, Acar ve Özen, ss. 19-20. İfade etmeliyiz ki, biz geniş anlamda teminat ibaresini, ceza koşulu fer’i özellik taşıdığı için söz konusu bu ayrımın dışında kullandık.

⁴⁸ Ceza koşulu, bir malvarlığının nesne değerine bağlı bir teminat olmadığından, yine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini ya da başka bir hakkı paraya çevirmek ve elde edilen miktardan öncelikle alacağını alma yetkisi vermediğinden, aynı bir teminat değildir. Bkz. Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, (Taşınır Eşya), s. 335.

⁴⁹ Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (Kefalet), s. 6; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1359; S. Ayan, Kefalet, ss. 8-10. Ayan, borçlunun borcunu genişletme biçiminde teminat altına alma örneği olarak verdiği ifaya eklenen ceza koşulunu teminat sözleşmesi olarak kabul etmemiştir. Bkz. S. Ayan, Kefalet, ss. 8-9; Özen, Kefalet, s. 6. Kanaatimizce, borcun genişlemesi (kapsamının artması), bu görüşün de örnek olarak ifade ettiği gibi, ceza koşulunun

bir kişi olması düşünölemez. Aksi durumda bir ceza koşulunun varlığından bahsedilemez.

Ceza koşulunun teknik anlamda şahsi bir teminat niteliğinde olduğunu kabul etmek, Türk Borçlar Kanunu'nun 603'üncü maddesinin ceza koşulu bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesini gündeme getirir. Bilindiğı üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 603'üncü maddesine göre, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence (şahsi teminat) verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Kefalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesini düzenleyen bu hükmün gerekçesine bakıldığında, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerini uygulamak olduğu görülür⁵⁰. Hatta gerekçede buna örnek olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme gösterilmiştir. Bu hüküm sayesinde, tarafların sözleşme ilişkisine yabancı bir üçüncü kişiyi sorumluluk altına sokarak, alacaklıya borçlu dışında birine başvurabilme imkânı sağlayarak bir güvence verildiğı durumlarda, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmanın ve bu hükümleri dolanmanın engellenmesi sağlanabilecektir. Neticede, bu hükmün gerekçesine ve gerekçesinde verilen örneğe bakıldığında, ceza koşulunun bu kapsamda olmadığı zaten anlaşılmaktadır. Çünkü ceza koşulu borçlusunu, sözleşme ilişkisine yabancı bir kişi konumunda olmayıp, bizzat hukuki ilişkide bir menfaati bulunan sözleşmenin tarafıdır; ceza koşulunun varlığından bahsedebilmek için ceza koşulu borçlusunun sözleşmenin tarafı olması zorunludur. Dolayısıyla, ceza koşulu borçlusunu bir kefil gibi farz ederek; ceza koşulunun belirlenmesinde, kefaletin geçerlilik koşullarının gerçekleşmesini, kefil olma ehliyetini ve eşin rızasını arayarak, onu ayrıca özel bir korumaya tabi tutmak hem yerinde değil hem de gerekli değildir. Ayrıca, ceza koşulu, hükümde belirtilen gerçek kişilerce verilen kişisel güvence (şahsi teminat) kapsamında da yer almamaktadır⁵¹.

sadece ifaya eklenen ceza koşulu türü bakımından kabul edilebilir (Aynı yönde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 29). Yoksa ceza koşulunun diğer türleri bakımından borçlunun borcunun genişlemesinden kuralmış gibi söz edilemez. Dolayısıyla, kanaatimizce ceza koşulunun kişisel güvence olmadığının dayanağı olarak da bu husus gösterilemez.

⁵⁰ Gerekçedeki bu ifadenin sadece kefalet sözleşmesinin başka ad altında yapılmasının değil, kefaletten başka nitelik taşıyan bir kişisel teminat sözleşmesinin anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. Burak Özen, **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, C. 2, Özel Borç İlişkileri, m. 600-603**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, (İstanbul Şerhi), m. 603, kn. 3.

⁵¹ Ayrıca belirtmeli ki, İsviçre Hukuk doktrininde ceza koşulunun çoğunlukla kişisel teminatlar kapsamında değerlendirildiğı görölmektedir. Ancak İsviçre Hukuku'nda; Türk Borçlar Kanunu'nun

IV. CEZA KOŞULUNUN AMAÇLARI VE İŞLEVLERİ

Ceza koşulu, çeşitli amaç ve işlevlerin gerçekleşmesine hizmet etmek için kararlaştırılır. Bu amaç ve işlevlerin neler olduğu konusunda ise ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir açıklık bulunmaktadır. Bu konuda doktrinde sıklıkla vurgulandığı için; ceza koşulunun asli nitelikte olduğunu düşündüğümüz birtakım amaçları ve işlevleri bulunmaktadır. Bunları aşağıda ilk başlık altında değerlendireceğiz. Bundan başka ceza koşulunun, değerlendirilmeye muhtaç ve ikincil öneme sahip olan başkaca amaçları ve işlevleri de olabilir. Bunları da ikinci bir başlıkta inceleyeceğiz.

A. Ceza Koşulunun Asli Amaçları ve İşlevleri

Doktrinde ceza koşulunun, cezalandırma, tazminat ve borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma şeklinde asli amaç ve işlevlere sahip olduğu ileri sürülmüştür.

Yukarıda ceza koşulunun ceza niteliğini savunan bazı yazarlar aynı zamanda ceza koşulunun cezalandırma amacına hizmet ettiğini ifade etmişlerdir. Bu görüş, borçlunun taahhüt ettiği edimi ifa etmediği veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacaklı ile aralarında kararlaştırmış oldukları bir miktar *cezayı* ödemeye mahkûm edilmesi yoluyla borçlu üzerinde oluşturulan psikolojik etkinin, borçlunun taahhüt ettiği edimine aykırı davranışına engel olması sebebiyle ceza koşulunun ceza amacına sahip olduğunu ifade etmiştir. Yine bu görüş, Ceza Hukukunda da, bu durumun, “*cezanın önleyici etkisi*” olarak ifade edildiğini ve nasıl ki ceza hukukunda kusursuz olanı cezalandırmak mümkün değilse, taahhüdünü yerine getirmemiş ve kendisine hiçbir kusur yüklenemeyen borçlunun da söz konusu bu cezadan sorumluluğunun olmayacağını belirtmiştir⁵². Cezalandırma amacına benzer şekilde bazı yazarlar da ceza koşulunun ceza işlevini yerine getirdiğini ileri sürmüşlerdir⁵³. Yine doktrinde

603'üncü maddesinin bir karşılığı bulunmamaktadır. İlgili hukuk sisteminde benzer bir hüküm bulunsaydı; kişisel teminatın kapsamının sınırlarının net şekilde belirlenmesi gerekliliği orada da ortaya çıkabilirdi.

⁵² Becker, m. 163, kn. 5; Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 5 ve kn. 5vd.

⁵³ Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, kn. 1207; Dimitri Santoro, **Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag**,

ceza koşulunun bu amacı, “zorlama/korkutma işlevi”⁵⁴ ya da “önleyici (caydırıcı) işlev”⁵⁵ olarak da ifade edilmiştir. Doktrinde ceza amacını, aşağıda açıklayacağımız amaçlara ilaveten sayan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁶.

Her ne kadar adında ceza ibaresi yer almış olsa da, aslında *burada asıl borcun ifasına zorlayarak, bu borcun teminat altına alınması* söz konusudur. Bu teminat altına alma, borcun ifa edilmesini, gereği gibi ifa edilmesini, zamanında veya yerinde ifa edilmesini sağlama şeklinde olabilir. Tabi ki de ceza koşulu olarak belirlenen miktarın aksi durumlarda ödenmesi düşüncesi, borçlu üzerinde bir korku ve baskı oluşturabilir ve bunun neticesinde borçlunun borcun ihlaline yönelik davranışlardan kaçınmasını, caymasını ve dolayısıyla asıl borcun ifa edilmesi hususunda zorlanmasını sağlayabilir;

Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001, ss. 24-25; Bentele, s. 9; Ozanoğlu, ss. 17-19; Taylan, s. 50; Er, s. 368. Borçlu üzerinde manevi baskı yaratan medeni bir ceza niteliğinde olduğu yönünde bkz. İnan ve Yücel, ss. 565-566. Benzer yönde bkz. Daniel Wuffli, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, (www.swisslex.ch), m. 160, kn. 4; Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement)**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1984, s. 277; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663. Ceza koşulunun miktar olarak yüksek olduğu durumlarda tazminat amacının yanında cezalandırma amacının da var olduğu yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 50. Sadece ifaya ekli ceza koşulunda ceza amacının söz konusu olacağı yönünde bkz. Oser ve Schönenberger, s. 702, kn. 12; Schoch, s. 32. Ceza koşulunun türünün amacını belirlemede önem arz ettiğine ilişkin başka görüşler için bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 6; Akkayan Yıldırım, s. 387. Kanaatimizce, ceza koşulu amaçlarını, ifaya eklenen ceza koşulunda ne derece gerçekleştirebilirse, seçimlik ceza koşulunda da aynı derecede gerçekleştirebilir. Hatta kanunkoyucunun, ifaya eklenen ceza koşulunda cezayı, yerinde ve zamanında ifa edilmemiş olmasının bir karşılığı olarak düşündüğü, doktrinde ifade edildiği gibi ceza niteliğinin, yani bir cezalandırma amacının olmadığı dahi söylenebilir. Olsa olsa cezalandırmanın değil, öncesinde caydırıcı bir etkisinin bulunduğu ifade edilebilir. Kaldı ki bu caydırıcı etki, aynı yolla seçimlik ceza koşulu türünde de gerçekleşmektedir. Bu açıdan ceza koşulunun bu amacının, ceza koşulunun türüne göre, birinde gerçekleşeceğini, diğerinde gerçekleşmeyeceğini ya da bir türünde daha ön plana olacağını söylemek yerinde değildir.

⁵⁴ Ozanoğlu, ss. 17-19.

⁵⁵ Katja Roth Pellanda, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2016, (www.swisslex.ch), Vorb. m. 160-163, kn. 5.

⁵⁶ Ehrat ve Widmer, ceza koşulunun güvence ve tazminat amacından bahsettikten sonra, ayrıca bir de ceza amacından söz ederek, güvence amacını ceza amacından ayırmıştır. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1. Şirket esas sözleşmelerinde, asıl borcun ihlalinin gerçekleşmesi halinde ortağın payının satın alınması şeklinde bir ceza koşuluna yer verildiyse, ceza koşulunun ceza amacının bulunduğu yönünde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1. Borçlunun yasal olarak ödeyeceği bir tazminatın üzerinde bir miktarda ödemek zorunda bırakılmasıyla bir ceza fonksiyonun da bulunduğu yönünde bkz. Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 5; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 2; Huguenin, kn. 1207. Ceza koşulunun, zorlama/korkutma işlevi ile telafi/tazminat işlevinin yanında, üçüncü olarak, ceza işlevinin bulunduğu yönünde bkz. Ozanoğlu, ss. 17-19. Ceza işlevinin daha çok ceza koşulunun tazminat yükümlülüğünün kapsamını aşması halinde hatta zarar olmasa da ceza koşulunun ödenmesinin gerekliliğinde etkili olacağı yönünde bkz. Ozanoğlu, ss. 17-19; Bentele, s. 11. Borçluyu ifaya zorlamak anlamında ceza amacının yüklenebileceği yönünde bkz. Akkayan Yıldırım, s. 381.

ancak baskı oluşturarak, zorlayarak, korkutarak, caydırarak asıl sağlanmak istenen amaç, asıl borcun belirtilen ve kararlaştırılan şekilde ifasının sağlanması konusunda bir güvence (teminat) oluşturmaktır. Dolayısıyla kanaatimizce “*güvence (teminat) amacı (işlevi)*” ibaresi, daha uygun bir terim olarak kabul edilmelidir⁵⁷.

Ceza koşulunun teminat amacının varlığına dayanak, Türk Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin birinci fıkrasıdır denilebilir: “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*”. Hükümden de açıkça anlaşıldığı gibi, alacaklının hiçbir zararı olmasa da, borçlu, kararlaştırılan ceza koşulunu ödemekle yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla borçlu, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla, alacaklının hiçbir zararı bulunmasa da bu miktarı ödeyeceğini bildiği için, asıl borcun ifası için daha çok çaba gösterecek ve böylelikle asıl borcun kararlaştırılan ve istenilen şekilde ifası güvence altına alınmış olacaktır.

Gerçekten asıl borcun tam bir şekilde ifasından daha ağır bir duruma maruz kalmak korkusu ile üzerinde manevi baskı oluşan borçlu, ceza koşulunu ifa etmek yerine, asıl borcun ifasını yerine getirmeyi tercih edecektir. Çünkü asıl borcun ifasını yerine getirmediği için, ceza koşulu ödeme borcu doğan borçlu karşısında alacaklı, daha elverişli imkânlarla sahip olacaktır. Şöyle ki, alacaklı, ceza koşulunun takibini yapabilmesi için borçluyu temerrüde düşürmek zorunda kalmayacak, ayrıca hiçbir zararı bulunmasa da ceza koşulunu talep etme hakkına sahip olduğu için, zararı ispat yüküne girmeden, çoğu zaman hâkim tarafından belirlenecek tazminat miktarından daha yüksek bir miktarı elde edecektir. Tüm bu sebeplerle, borçlunun durumunun ağırlaşması riski, onun üzerinde psikolojik baskı yaratacak ve özellikle daha ağır bir yükümlülükle karşılaşmak istemeyen borçlu, asıl borcu ifa etmeye yönelecek, ferî nitelikteki ceza koşulunu ödemekten kaçınmaya çalışacaktır⁵⁸.

⁵⁷ Güvence (teminat) amacı (işlevi) yönünden benzer şekilde bkz. Oser ve Schönerberger, s. 702, kn. 12; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey ve Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II**, 10. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, kn. 3782; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Saymen ve Elbir, Borçlar, ss. 838-839; A. Arkan, s. 4; İnan ve Yücel, ss. 565-566; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 6-7.

⁵⁸ Oser ve Schönerberger, s. 702, kn. 12; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 49; Bilge, s. 83; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 519. Aksi düşüncede olan bir görüşe göre ise, ceza koşulunun teknik anlamda teminat işlevi bulunmamaktadır. Çünkü ceza koşulu, alacaklının durumunu güçlendirmekle birlikte, gereği gibi ifaya yönelmiş bir garanti niteliğinde değildir. Bkz. Akkayan Yıldırım, s. 380.

İfade edilmeli ki, teminat altına alma amacının tam anlamıyla gerçekleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin birinci fıkrasındaki hükme de uygun olarak, özellikle, tarafların ceza koşulu miktarını yüksek tuttıkları durumlarda mümkün olacaktır⁵⁹. Buna karşı, ceza koşulunun indirimine tabi tutulmasıyla ilgili düzenlemenin varlığının, borçlunun ifa çabası üzerinde büyük bir olumsuz etkiye bulunması düşünülemez. Çünkü borçlunun ifa etmemesi durumunda ceza koşulunu ödemesi kesinken, ceza koşulunun indirilmesi sadece bir olasılık olarak kalmaktadır⁶⁰.

Ceza koşulunun teminat amacının, ceza koşulunun bir teminat aracıyla teminata bağlanmasıyla (teminatın teminatı şeklinde) daha da kuvvetlendirilmesi mümkündür. Şöyle ki, bu durumda, alacaklı, ceza koşulunun da güvence altına alınması şeklindeki dolaylı bir yolla, asıl borcun ifasını bir kat daha, hatta en yüksek mertebede güvence altına almış olacaktır; böylelikle, ceza koşulunun borçlu üzerinde yarattığı psikolojik baskı da artmış olacaktır⁶¹. Örneğin, ceza koşulunun özellikle bir rehinle güvence altına alındığı durumlarda; icra işlemleri kısaltılmış ve kolaylaştırılmış olacak⁶²; ceza koşulunun ödenmemesi durumunda alacaklı, haciz veya iflas yoluna başvurmak yerine rehnin paraya çevrilmesi yolundan faydalanacaktır.

Doktrinde de görüşümüzü destekler şekilde, ceza koşulunun en önemli ve esaslı amaçlarından birisinin, alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borcun ifasını güvence altına alma (teminat) amacı olduğu bazı yazarlarca isabetli şekilde ifade edilmiştir⁶³.

⁵⁹ Reck, s. 92; Schoch, s. 31-32; Bentele, s. 11; Eren, Genel Hükümler, s. 1205. Ceza koşulunun üçüncü kişi yararına kararlaştırıldığı durumlarda da, aynı amaca erişmek mümkündür. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 49, dn. 8; Akkayan Yıldırım, ss. 382-383.

⁶⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 49-50; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 36.

⁶¹ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3843; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 31; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 4a; Schoch, s. 109; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 73; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 164, dn. 26.

⁶² Schoch, ss. 109-110; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 73; Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, (Cezai Şart), s. 271.

⁶³ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Bernhard Berger, **Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008, kn. 1780; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 5; Ehrat ve Widmer, m. 160, kn. 1; Bilge, ss. 67, 83; Saymen ve Elbir, Borçlar, ss. 836-837; Birsan, s. 361; Feyzioğlu, s. 388; Eren, Genel Hükümler, s. 1205; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 727; Akıntürk ve Karaman, s. 163; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 792; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart (BK m. 158-161)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, (Cezai Şart), s. 96; İnan ve Yücel, ss. 565-566; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 662. Roma Hukukunda benzer yönde bkz. Knütel, ss. 49-51; Detlev Fischer, **Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung**, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1981, ss. 19-20. Teminat amacının, önemli ve esaslı amaçlardan biri değil de tek ve asıl amaç olduğu yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 14; Oser ve Schönenberger, s. 700, kn. 2; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 5. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009, kn. 71.02; Eren, Genel Hükümler, s. 1205; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 792; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 519.

İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında, ceza koşulunun asıl amacının önceden tespiti mümkün olmayan zararın tazmini olmayıp, asıl borcun ifasını teminat altına almak olduğunu belirterek ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacının ön planda olduğunu ifade etmiştir⁶⁴. Yargıtay ise, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama ve tazminatın tespit edilmesi olmak üzere iki temel amacının bulunduğunu ifade etmiştir⁶⁵.

Ceza koşulunun asli diğer amacı ise, *asıl borcun ihlali halinde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararların tazmin edilmesini kolaylaştırmaktır*. Ceza koşulunun bu amacı sayesinde alacaklı, kural olarak tazminat talep edebilmek için zararının varlığını ispat etmek zorunda olacakken; ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla salt borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ispat ederek zararına karşılık gelecek ceza koşulunu talep edebilecektir. Dolayısıyla ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla alacaklı, uğradığı zararın miktarını ve kapsamını ispat etme külfetinden de kurtulmuş olur⁶⁶.

Ceza koşulunun bu amacı şu şekilde gerçekleşecektir: Normal koşullarda, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, alacaklı, ilk önce borçluyu temerrüde düşürdükten sonra, uğradığı zararın tazminini isteyebilecek ve bu doğrultuda zararını ispat etmek zorunda olacaktır. İşte bu noktada ceza koşulu devreye girerek, alacaklıyı, zararı ispat yükünden kurtararak⁶⁷ daha güvenli bir konuma ulaştıracaktır. Bu durumda, ifa etmeme ya da gereği ifa etmeme sebebiyle doğan zararın miktarı,

⁶⁴ BGE 102 II 420, ss. 425-426, Er. 4 ve BGE 109 II 462, (relevancy.bger.ch, E.T.: 10.10.2018).

⁶⁵ Yarg. 13. HD., T. 25.12.1981, E. 1981/7896, K. 1981/8497, (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342, dn. 1); Yarg. 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 10.10.2018). Ceza koşulunun ifaya zorlama amacına daha çok vurgu yapıldığı karar için bkz. YHGK, T. 6.12.2017, E. 2017/15-2821, K. 2017/1552, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 10.10.2018).

⁶⁶ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 2; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Schwenzer, kn. 71.02; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 5; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 4; BGE 122 III 420, Er. 2a, s. 422, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 173, s. 506); İnan ve Yücel, s. 566; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 837; Birsen, s. 361; Feyzioğlu, s. 388; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999, s. 120; Eren, Genel Hükümler, s. 1205. Zararın belirlenmesinin zor olduğu ya da olumsuz edimin söz konusu olduğu durumlarda bu amacın ayrı bir önem taşıdığı yönünde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Berger, kn. 1780; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 2; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1371. Ceza koşulunun tazminatı önceden belirlemek amacının, sadece seçimlik ceza koşulu türünde geçerli olacağı yönünde bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 6. Ceza koşulunun türlerinin de göz önünde bulundurulmasıyla her somut olay bakımından, hangi amacı yerine getirdiğinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Akkayan Yıldırım, s. 387. Kanaatimizce ceza koşulunun türünün, amaçlarını yerine getirme bakımından bir önemi ya da önceliği bulunmamalıdır.

⁶⁷ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 2; Koller, Konventionalstrafe, kn. 25; von Tuhr ve Escher, s. 277; Schwenzer, kn. 71.02; Oser ve Schönenberger, s. 702, kn. 12; Bentele, ss. 10-11; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 161, kn. 3; Reck, s. 92; İnan ve Yücel, s. 566.

önceden götürü şekilde belirlenmiş olacaktır⁶⁸. Bununla birlikte, alacaklının hiçbir zarara uğramasa da ceza koşulunu talep edebilmesi sayesinde, borçlunun, ortada bir zarar bulunmadığı savunması da anlamsız olacaktır⁶⁹. Ayrıca zararın varlığı durumunda da, tazminat miktarının takdirinde hâkime düşen iş yükü de ortadan kalkarak hâkimin işi de kolaylaşacaktır⁷⁰. İlk bakışta ceza koşulunun alacaklıya ve yargılama sürecinde hâkime kolaylık getirdiği izlenimi uyansa da, aslında dolaylı yoldan da olsa, borçlunun da çıkarına uygun düşen bir işlev söz konusudur. Şöyle ki, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla borçlu için tazminatın bilinmezliği söz konusu olmayacak; borçlu, yükümlülüğünün ağırlığı konusunda bilgi sahibi olacaktır⁷¹.

Ceza koşulunun bu amacının da varlığı kabul edilmezse, ceza koşulunun kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi mümkün olamaz. Gerçekten; ceza koşulunun talep edilebilmesinin uğranılan zararın ispatı koşuluna bağlanması, söz konusu edimin ceza koşulu niteliğini ortadan kaldırır⁷².

Doktrinde bazı yazarlarca ceza koşulunun, tazminatı önceden ve götürü şekilde tespit ederek alacaklıyı zararı ispat külfetinden kurtardığı şeklindeki bu amacı, asıl ve temel amaç olarak ifade edilmektedir⁷³. Ancak, ceza koşulunun asıl ve temel amacı, alacaklının zararının tazmin edilmesinde kolaylık sağlama değildir⁷⁴. Çünkü kanunkoyucunun amacı böyle olsaydı, Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin birinci fıkrasındaki, söz konusu hükmünü açıklamak da mümkün olmazdı⁷⁵. Gerçekten, hükme göre ceza koşulu alacaklının zararına bağlı değildir; yani alacaklı herhangi bir zarara uğramamış olsa da, ceza koşulu muaccel olduysa, kendisine ifa edilecektir. Ayrıca, ceza koşulunun bu amacını tamamen gerçekleştirmesini, Türk

⁶⁸ Oser ve Schönerberger, s. 702, kn. 12; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 48; Birsen, s. 361.

⁶⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 48; Bilge, s. 84.

⁷⁰ Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 837; Birsen, s. 361; Feyzioğlu, s. 388.

⁷¹ Beck-Mannagetta, s. 2.

⁷² Bilge, s. 85.

⁷³ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 2; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 2; Sommer, ss. 59-60; Funk, s. 229; Feyzioğlu, s. 388. Avusturya Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Peter Bydliński, **Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil**, 4. aktualisierte Auflage, Springer Verlag, Wien, 2007, s. 234, kn. 10/27; Helmut Koziol ve Rudolf Welsch, **Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht**, 13. Neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2007, s. 22. Kısmen aksi görüşte olanlar için bkz. Göktürk, Cezai Şart, s. 398. Birsen, s. 361; Akkayan Yıldırım, ss. 382-383.

⁷⁴ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Saymen ve Elbir, Borçlar, ss. 838-839; Göktürk, Cezai Şart, s. 398; İnan ve Yücel, s. 566. Aksi görüş için bkz. Funk, s. 229; Akkayan Yıldırım, s. 381.

⁷⁵ Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 1; Becker, m. 160, kn. 14; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 839; Bilge, s. 83; İnan ve Yücel, s. 566.

Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin ikinci fıkrası ve 182’nci maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri de engellemektedir. Şöyle ki, alacaklı, Türk Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, borçlunun kusurunu ispatlayarak ceza koşulunu aşan zararını tazmin ettirebilir. Diğer yandan borçlu da, Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hâkimden aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunun indirilmesini talep edebilir. Sonuç olarak bu iki hüküm sebebiyle, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla zarar ve tazminat konuları hakkında taraflar arasında tam bir uyuşma sağlanamadığı; aksine bir uyuşmazlık doğma ihtimalinin bulunduğu söylenebilir, işte ceza koşulu, bu uyuşmazlıkları kısmen önleyebilmektedir⁷⁶.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu amacı ifade etmek üzere, kanımızca yerinde olmayarak; “denkleştirme işlevi (*Ausgleichsfunktion*)”⁷⁷, “telafi işlevi (*Wiedergutmachungsfunktion*)”⁷⁸, “tazminat işlevi (*Schadenersatzfunktion-/Ersatzfunktion*)”⁷⁹ veya “telafi/tazminat işlevi”⁸⁰ ifadeleri kullanılmaktadır. Taraflar arasında ceza koşulunun hiç kararlaştırılmadığı durumlarda, borcun ihlali söz konusu olduğunda, alacaklı, şartları gerçekleştiğinde zararını tazmin edebilecektir. Oysaki bu terimler, sanki ceza koşulunun kararlaştırılmış ya da belirlenmiş olmasıyla ancak alacaklının tazminat talep etme yetkisine kavuşması gibi bir anlam çıkarılmasına neden olmaktadır. Hâlbuki alacaklı, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla zararını tazmin etme hakkına kavuşmamaktadır. Bilakis zaten var olan tazminata kavuşmada kolaylık elde etmektedir. Dolayısıyla, yukarıda ceza koşulunun sahip olduğu bu işlevi ifade etmek üzere anılan terimlerin kullanılması yerinde değildir.

⁷⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 49, 50; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 38.

⁷⁷ Max Keller ve Christian Schöbi, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel/Frankfurt, 1982, s. 92; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Bentele, s. 10; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1. Alman Hukuku bakımından bkz. Volker Beuthien, “Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, München, 1973, s. 500; Steltmann, s. 25; Michael Ch. Bschorr ve Christian Zanner, **Die Vertragsstrafe im Bauwesen**, Verlag C.H. Beck, München, 2003, s. 15 vd.

⁷⁸ Eduard Böttcher, “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, **ZFA**, 1970, Y.1, s. 35.

⁷⁹ Schoch, s. 33; von Tuhr ve Escher, s. 277, dn. 6; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 5; BGE 68 II 169, s. 175, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018); Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663. Alman hukuku bakımından tazminat işlevinin gerçek anlamda bir tazminat sağlamak olmadığı yönünde bkz. Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 10-11.

⁸⁰ Ozanoğlu, ss. 17-19.

Yukarıda da görüldüğü üzere, Türk ve İsviçre doktrininde, sadece bir amaç üzerinde yoğunlaşarak açıklamalarda bulunmak yerine; genellikle, ceza koşulunun birden fazla amacına işaret edildiği gözlemlenmektedir. Kanaatimizce de ceza koşulu, hem “*asıl borcun ihlali durumunda alacaklıya ödenecek tazminatın önceden tespit edilerek tazminat miktarı üzerindeki muhtemel anlaşmazlıkları önlemek ve alacaklıya ispat kolaylığı sağlamak*” hem de “*borçluyu ifaya zorlatarak asıl borcu teminat altına alma*” amaç ve işlevlerine sahiptir⁸¹. Yargıtay da ceza koşulunun, hem ifaya zorlama

⁸¹ Aynı görüşte bkz. von Tuhr ve Escher, s. 277; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Berger, kn. 1780; Huguenin, kn. 1207; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 5; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 4; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 2; Koller, Konventionalstrafe, kn. 23 vd.; Reck, s. 92; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 48 vd.; Bilge, s. 81 vd.; Esat Arsebük, “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, **Adliye Ceridesi**, Nisan 1936, S. 16, (Cezai Şart), s. 992; O. Berki, ss. 281-282; Kanık, ss. 1071-1072; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 840; Arsebük, Borçlar Hukuku, ss. 980-981; Akıntürk ve Karaman, s. 163; Uçar, s. 14; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1374; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 715; Ahmet Tamer, “Tacırlar Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, **TAAD, Türkiye Adalet Akademisinin 10. Kuruluş Yılı Armağanı**, S.14, Y.4, Temmuz 2013, s. 734; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1370. Alman Hukuku bakımından da aynı görüş için bkz. Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 10-11; Wolfgang Fikentscher ve Andreas Heinemann, **Schuldrecht**, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, s. 87, kn. 141; Christian Grüneberg, **Beck’sche Kurz-Kommentare, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7**, 70. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011, § 339, kn. 1; Pierrick Le Goff, **Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen**, Tenea Verlag, Berlin, 2005, s. 10; Steltmann, s. 31; Alfred Söllner, “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht”, **Arbeit und Recht**, C.29, S.4, Nisan 1981, s. 98; Bschorr ve Zanner, ss. 12-17; Karsten Schmidt, **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5**, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2018, § 348, kn. 15; Klaus J. Hopt, **Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch**, (Hrsg. Adolf Baumbach ve Klaus J. Hopt), 38. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018, § 348, kn. 1; Detlev Joost, **Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h**, (Hrsg. Charsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost ve Lutz Strohn), 3. Auflage, Verlag C.H. Beck/ Verlag Franz Vahlen, München, 2015, § 348, kn. 2. Avusturya Hukuku bakımından da aynı yönde görüş için bkz. Beck-Mannagetta, s. 2; Hermann Wenusch, **ÖNORM B 2110, Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht**, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Wien, 2011, 6.5. Verzug, kn. 400; Bernhard Beisenkötter, **Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer Schadensersatz und Vertragsstrafe**, Münster, 1997, s. 69; Alexander Spunda, **Vertragsstrafe und Schadenersatz**, Wien, 2004, ss. 9-10. Roma Hukuku’nda da ceza koşulunun bu iki işlevinin varlığının kabulü yönünde bkz. Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 6. ergänzte Auflage, Springer, Zürich, 2006, s. 95; Umur, Ders Notları, ss. 314-315; Honig, (çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku Dersleri, s. 111; Honig, (çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku, s. 237; Di Marzo, (çev. Ziya Umur), s. 374; Umur, Lügat, s. 204; Erdoğan, s. 67; Kaynak, ss. 240-241; Nilgün Dinçer Araz, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, ss. 103-112. Roma Hukukunda ceza koşulunun başka bir işlevi de yok hükmündeki üçüncü kişi yararına sözleşmeyi geçerli hale getirmesidir. Bkz. Edouard Cuq, “Stipulatio”, Dictionnaire Des Antiquités Grevques Et Romatiennes, Tome 4, Partie II, (R-S), Paris, 1926, s. 1519’den aktaran Kaynak, s. 241; Erdoğan, s. 68, dn. 124; Dinçer Araz, s. 112. Aksi görüş için bkz. Kaynak, s. 241-244.

hem de tazminatın belirlenmesinde ispat kolaylığı olmak üzere iki ayrı amacı olduğunu kabul etmektedir⁸².

Kanaatimizce, peşinen, birbirine sıkı şekilde bağlı olan bu iki asli amaçtan birini diğerine tercih etmek doğru olmaz. Ceza koşulu, ister ifaya eklenen ceza koşulu ister seçimlik ceza koşulu olsun, her iki asli amaca da sahiptir. Ancak bu iki amacın, işlevlerini yerine getirmede zaman bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki; borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma amacının gerçekleşme zamanı, ceza koşulunun kararlaştırıldığı zaman ile asıl borcun ifa edileceği an arasındaki zaman dilimine rastlar. Oysaki alacaklının uğradığı veya uğraması muhtemel zararlarının tazmin edilmesini kolaylaştırma amacının gerçekleşmesi, asıl borcun ihlal edilmesinden sonraya rastlar. Hatta alacaklının gerçekte hiçbir zararı yoksa ceza koşulunun ikinci amacının gerçekleşmeyeceği de söylenebilir. Buna uygun olarak, ceza koşulunun, borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma şeklindeki birinci amacı, alacaklı zarara uğramış olsun ya da olmasın her halükarda gerçekleşecektir. İşte bu durumda, borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı en önemli ve esaslı bir amaç sayılabilir. Ancak, alacaklının zarara uğradığı diğer ihtimalde, her iki amaç da aynı değerde ve önemde olup, aralarında sıkı bir bağ vardır ve birini diğerine tercih etmek doğru değildir. Aslında iki amaç arasındaki temel farklılık, yukarıda belirtilmeye çalışıldığı gibi, sadece, görevini yerine getirme zamanı bakımındandır.

B. Ceza Koşulunun İkincil Öneme Sahip Amaçları ve İşlevleri

Ceza koşuluyla birlikte yukarıda saymış olduğumuz asli amaçlar ve işlevler yanında, doktrinde üzerinde fazlaca durulmadığı için daha çok ikincil öneme sahip olan bazı amaçları ve işlevleri de bulunmaktadır. Borçluyu sorumluluktan kurtarma, borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma ve sözleşmeden dönülmesini kolaylaştırma şeklinde açıklanan bu amaçların bize göre bu niteliği ayrıca değerlendirmeye muhtaçtır.

⁸² Yarg. 13. HD., T. 25.12.1981; E. 1981/7896, K. 1981/8497, (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342, dn. 1); Yarg. 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 10.10.2018).

Borçluyu sorumluluktan kurtarma amacı: Doktrindeki bir görüşe göre, ceza koşulunun çok düşük tutarda kararlaştırılmasıyla, sorumsuzluk anlaşmasına benzer bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İşte bu tür durumlarda ceza koşulu, borçluyu sorumluluktan kurtarma amacına hizmet etmekteyse de, böyle bir anlaşma kanuna karşı hile sebebiyle geçersiz sayılmakta ve bu amaç boşa çıkmaktadır. Kanuna karşı hile sayılmasının gerekçesi, tarafların, sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili Türk Borçlar Kanunu'nun 115'inci maddesindeki sınırlandırmayı dolanmak istemeleridir⁸³. Kanaatimizce, peşinen kanuna karşı hilenin varlığı sebebiyle geçersizlikten bahsetmek doğru olmayıp, tarafların iradelerine bakarak bir sonuca varmak gerekir. Şöyle ki, taraflar sözleşmede, ceza koşulu miktarını aşan zararın tazmin edilemeyeceğine ilişkin bir kayda yer vermişlerse, bu kayıt aynı zamanda bir sorumsuzluk kaydı olarak nitelendirilmelidir ve geçerliliği, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri (m. 115, m. 116) çerçevesinde değerlendirilmelidir⁸⁴. Eğer ilgili hükümlere aykırılık varsa, tarafların böyle bir anlaşma yapmaları, doktrindeki söz konusu görüşün de ifade ettiği gibi, kanuna karşı hile kapsamında değerlendirilip geçersiz sayılabilir. Ancak ikinci ihtimalde, taraflar, böyle bir kayda yer vermeyip de sadece Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin (m. 115, m. 116) uygulanmasından kaçınmak amacıyla, düşük bir miktarda ceza koşulu belirlemişlerse, burada ne bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından ne de kanuna karşı hileden bahsedilebilir. Çünkü alacaklı düşük miktardaki ceza koşulunu aşan bir zararının varlığı halinde, borçlunun kusurunu ispatlayarak bunu elde edebilir konumunu sürdürmüş olacak ki bu durumda zaten borçlu kısmen de olsa sorumluluktan kurtulamamış sayılacaktır. Bu ihtimalde, alacaklı ile borçlu, ilgili hükümlerin (TBK m. 115, m. 116) uygulanmasından kaçınarak, kısmen de olsa sorumsuzluğu hedefleyip buna ulaşamamış olsalar da, en azından borçlunun durumunu daha elverişli hale getirmiş olabilirler. Şöyle ki, sözleşmesel

⁸³ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 51; Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950, s. 249 vd. Kanuna karşı hilenin hem sorumluluğun tamamen ortadan kaldırılması hem de sınırlandırılması suretiyle gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 51. Ancak, ceza koşuluyla borçluyu sorumluluktan kurtarma amacı, kanaatimizce sadece sorumluluğun sınırlandırılması şeklinde gerçekleştirilebilir; ceza koşuluyla sorumluluktan tamamen kurtulmak mümkün değildir. Çünkü ceza koşulu olarak mutlaka mali bir değeri olan bir edim kararlaştırılmış olmalıdır. Bu edimin değeri zarardan düşük seviyede ise, ancak, sorumluluğun sınırlandırılmasından bahsedilebilir.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 51; Suat Sarı, "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 26-27.06.2008, ss. 303-304.

sorumluluk gereği var olan kusur karinesine göre borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulacakken, alacaklının bu yönde bir ispat zorunluluğu bulunmazken; ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla alacaklı, kendisini ispat yükü altına sokarak, borçlunun konumunu rahatlatmaktadır. Ancak borçlunun bu elverişli durumu, yine bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı şeklinde yorumlanamaz. Çünkü borçlu sorumluluktan kurtulmuş değildir; alacaklı Kanun'daki şartları yerine getirerek, her ne kadar aralarındaki sözleşmede, çok düşük bir miktarda ceza koşulu kararlaştırılmış olsa da, ceza koşulunu aşan bir zararın varlığı halinde bunu talep etme hakkına sahip konumdadır (TBK m. 180/II).

Borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma amacı: Borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelen borca ilişkin olarak, bu durumda dahi ceza koşulunun ödeneceğinin kararlaştırılmasıyla doktrinde, ceza koşulunun, borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir⁸⁵. Gerçekten bize göre de; ceza koşuluna ilişkin hükümler kural olarak tamamlayıcı nitelikte olduğundan ve taraflar bu yönde bir anlaşmaya varabileceklerinden, böyle bir amaç ve işlevin varlığı kabul edilebilir. Hatta tarafların, borçlunun kusuru bulunmasa dahi ceza koşulunun ifa edileceği yönünde kararlaştırmalarının mümkün olduğunu gösteren; Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki açık hüküm de bu sonucu desteklemektedir.

Sözleşmeden kolayca dönülmesini sağlama amacı: Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ceza koşulunun asıl amaçları ve işlevleri, borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl borcun ifasını teminat altına alma ve alacaklının uğradığı veya uğraması muhtemel zararlarının tazmin edilmesini kolaylaştırmadır. Ancak doktrinde bazı yazarlara göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtildiği üzere, ceza koşulu, sözleşmeden kurtulmayı yani dönme veya feshetme amacını da gerçekleştirebilir⁸⁶. Ancak biz, aşağıda değineceğimiz üzere,

⁸⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 51-52. Bu görüşe göre, bu durumda ceza koşulu, “*talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşme*” izlenimi yaratmaktadır. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 51-52. Ehrat ve Widmer de, bu durumda, borçlunun bir “*bağımsız garantisi*” olduğunu ve yaptırım gücünün daha yüksek olacağını ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 9.

⁸⁶ Akıntürk ve Karaman, s. 163.

ifayı engelleyen ceza koşulunu (dönme/fesih cezası) ceza koşulunun üçüncü bir türü olarak kabul etmediğimizden⁸⁷, bu amaç ve işlevin varlığını da kabul edemiyoruz.

V. CEZA KOŞULUNUN ÖZELLİKLERİ

A. Ceza Koşulunun Fer'i Nitelikte Olması

Ceza koşulu, “*asıl alacağa bağlı; fer'i*” niteliktedir⁸⁸. Ceza koşulu ancak bir asıl borca bağlı olarak varlık kazanabilir ve muaccel olana kadar asıl borcun hukuki kaderine bağlıdır⁸⁹, ayrıca ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının birtakım sonuçları da bulunmaktadır. İleride ceza koşulunun unsurları arasında daha detaylı değineceğimizden fer'ilik özelliği üzerinde daha fazla durmuyoruz.

B. Ceza Koşulunun Yan Hak Olması

Fer'ilik özelliğiyle bağlantılı şekilde ceza koşulu aynı zamanda “*yan hak*” özelliği de taşır⁹⁰. Yan haklar, alacak hakkına hizmet eden ancak alacaktan ayrı özel nitelikte haklardır. Yan haklar, alacak hakkını genişleten ve garanti altına alan yan haklar şeklinde ikiye ayrılabilir. Doktrinde, sadece ifaya eklenen ceza koşulundan bahsederek, bu ceza koşulu türünün, asli hak niteliğindeki alacak hakkının yanında,

⁸⁷ İfayı engelleyen ceza koşulunda, ceza koşulunun en önemli işlevlerinden biri olan borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun güvence altına alınması amacı ve işlevi de tam anlamıyla gerçekleşmez. Çünkü burada borcun hafiflemesi sonucu ağır basmaktadır. Bkz. Oser ve Schönerberger, s. 705, kn. 7; Schoch, s. 5; Bentele, ss. 21-22; Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353.

⁸⁸ Schoch, s. 13; Schwenger, kn. 71.03, 71.04; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 278; Keller ve Schöbi, s. 92; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Christian Schöbi, **Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990, s. 67; Bentele, s. 31; Reck, s. 99; Greiner ve Akikol, s. 1351; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 3; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7; Stephanie Hrubesch-Millauer ve Olivia Fuhrer, “Rechtsprechungs Panorama Einleitungsartikel und Personenrecht”, **AJP**, 2018, s. 640; Bilge, s. 67; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Funk, s. 229; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Tekil, s. 237; Reisoğlu, s. 455; İnan ve Yücel, s. 565; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377.

⁸⁹ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 10, 11, 25; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 6; Funk, s. 229; Eren, Genel Hükümler, s. 1207; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 859; İnan ve Yücel, s. 565; A. Arkan, s. 12; Gökçeoğlu, s. 38; Akıntürk ve Karaman, s. 165; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 721-722; Öktem Çevik, s. 100.

⁹⁰ Faiz bakımından benzer şekilde bkz. Murat Aydoğdu (Murat Aydoğdu ve Serkan Ayan), **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 4.

ceza koşulunu da talep etme yetkisi verdiğinden, alacak hakkını genişleten yan hak olduğu belirtilmiştir⁹¹. Bu durumda bize göre de ceza koşulunun alacak hakkını genişleten bir yan hak olma özelliğinin kabul edilmesi uygun olur; ancak ceza koşulunun asıl alacağı garanti altına alma (teminat) amaç ve işlevi göz önünde tutulduğunda, ceza koşulunun tüm türleri açısından garanti altına alan yan hak olma özelliği kabul edilebilir.

C. Ceza Koşulunun Esaslı veya Yan Nokta Olabilmesi

Ceza koşulu, asıl borcun kaynağının bir sözleşme olduğu durumlarda, sözleşmenin esaslı ve yan noktaları bakımından da değerlendirilmelidir. Ceza koşuluna ilişkin Kanun'daki düzenlemelere bakıldığında, bir ceza koşulunun varlığından söz edilmesi için, bir belirlemenin yani bu konuda bir anlaşmanın olmasının gerekliliği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, tarafların irade özerkliğinin doğal sonucu olarak, objektif yönden esaslı olmayan⁹² ve kanunen *ikinci derecede (yan) nokta* olan (TBK m.2/I)⁹³ ceza koşulu konusunda bir anlaşmaya varmaları halinde, ceza koşulu, asıl edimin ifasına bir güvence teşkil ettiği için ve niteliği gereği sözleşme yapma iradesinin zorunlu bir unsuru olduğu için, sözleşmenin *sübjektif esaslı noktası* olur⁹⁴. Buna bağlı olarak da bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için tarafların objektif ve sübjektif tüm esaslı noktalar üzerinde uyumuş olmaları gerekeceği için,

⁹¹ Bkz. von Tuhr, (çev. Cevat Edege), s. 22; Eren, Genel Hükümler, s. 29.

⁹² Ceza koşulunun, asıl sözleşmeden ayrı olarak; ceza koşulu sözleşmesiyle kararlaştırıldığı hallerde yanılgıya düşerek, ceza koşulunun o sözleşmenin objektif esaslı noktası olarak değerlendirilmemesi gerekir. Her ne kadar ayrı bir sözleşmede de kararlaştırılsa, ceza koşulunun asıl borca bağlı (fer'i) niteliği, onun objektif esaslı nokta sayılmasına engel bir özelliktir.

⁹³ Ceza koşulunun sözleşmenin yan noktası olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi, (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Şerh) s. 212. Ceza koşulunun objektif yan nokta olduğuna ilişkin bir görüş için bkz. Marc Wolfer, "Abschluss des Grundstückskaufvertrages / III. - V.", **Der Grundstückskauf**, (Hrsg. Alfred Koller), 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, (Grundstückskauf), kn. 95 vd. Kanaatimizce ceza koşulunun sözleşmenin objektif yan noktası olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz; çünkü ceza koşulunun varlığından bahsedebilmek için mutlaka taraflarca kararlaştırılmış olması gerekir. Dolayısıyla ceza koşulunun taraflar arasındaki bir sözleşmeye dâhil edilmemesi durumunda, artık o sözleşmenin bir noktası olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Bunun neticesinde, ceza koşulunun sözleşmenin sübjektif yan noktası olarak da nitelendirilmesi mümkün olmayacak ve bir boşluktan söz edilmeyeceği için de hâkimin boşluk doldurmasından da bahsedilemeyecektir.

⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 250; M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, (Ders Kitabı), s. 26. Benzer şekilde ceza koşulunun "*asıl sözleşmenin esaslı bir unsuru*" olduğuna ilişkin görüş için ayrıca bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1380.

sübjektif esaslı nokta olan ceza koşulu üzerinde anlaşma sağlanamadıysa, asıl sözleşme de kurulmuş olmayacaktır (TBK m.2/I)⁹⁵.

D. Ceza Koşulunun Koşula (Şarta) Bağlı Bir Borç Olmaması

Doktrinde ceza koşulunun iradi geciktirici koşula bağlı bir edim olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz (şüpheli) bir olay olarak nitelendirilebilir ve ceza koşulunun doğmasının bu olaya bağlanması, tarafların iradeleriyle gerçekleşmiştir. Ayrıca, ceza koşulunun bağlandığı sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi koşulunun, borçlunun bir fiili sonucu olduğu için iradi bir koşul; alacaklının lehine ceza koşulu talep hakkının doğmasının sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi koşulunun gerçekleşmesine bağlı olması sebebiyle bunun aynı zamanda geciktirici bir koşul olduğu ifade edilmiştir⁹⁶. Hatta bu görüş doğrultusunda doktrinde, ceza koşulunun, bir tür geciktirici koşula bağlı bir borç olmasına rağmen, Kanun'da özel hükümlerle düzenlendiği için, koşullara ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 170-176'ncı hükümlerinden önce, bu özel hükümlere tabi olacağı; bu hükümlerde boşluk bulunması halinde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde koşullara ilişkin hükümlerin uygulanabileceği ifade edilmiştir⁹⁷. Doktrinde bir görüş ise, ceza koşulunun bozucu koşula bağlı bir edim olduğunu ifade ettikten sonra, ceza koşulunun

⁹⁵ Bentele, s. 59.

⁹⁶ von Tuhr ve Escher, ss. 277-278; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3791; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 1; Schwenzer, kn. 71.01-71.02, 71.08; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 1, 2; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 7; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 1, 7, 22; Fröhlich-Bleuler, s. 340, kn. 1271; Bschorr ve Zanner, s. 10; Isabel Matt, **Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2014, s. 52; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 38; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 349; Eren, Genel Hükümler, s. 1207; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 519-520; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 796; Nomer, s. 434; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 353; Gökçeoğlu, s. 26; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 134; 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 Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 100; Çiğdem Kırcı, "Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", **Çankaya Üniversitesi'nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu**, (Ed. Emel Badur ve Gamze Turan Başara), 10-11 Haziran 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 126; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663.

⁹⁷ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 519-520; A. Arkan, s. 4; Herdem Belen, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, İstanbul, 2001, (Cezai Şart), s. 513.

özel olarak düzenlenmesi sebebiyle koşula bağlı borçlar için getirilen hükümlerin ceza koşulu hakkında uygulanmayacağını ifade etmiştir⁹⁸.

Kanaatimizce, doktrinde ifade edildiği gibi ceza koşulu ile koşula bağlı borçlar arasında benzerlikler bulunsa da, ceza koşulunun *koşula bağlı bir borç* veya *geciktirici iradi koşula bağlı bir borç* olduğu söylenemez⁹⁹. Hukuki işlemin sonuçlarının bağlandığı olguyu, teknik anlamda koşul olarak nitelendirebilmek için, her şeyden önce şüpheli bir olgunun varlığı gereklidir¹⁰⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun koşula ilişkin hükümlerine bakıldığında, “*gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olgu*”dan bahsetmekle yetinildiği, şüpheli olmasından ne anlaşılabileceğine ilişkin bir açıklamanın yapılmadığı görülür. Doktrinde, gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmamasının objektif nitelikte olmasının gerekli olduğu; sübjektif belirsizliğin; yani olgunun gerçekleşmesinin tarafların keyif ve arzusuna bırakılmasının koşula imkân vermeyeceği ifade edilmiştir¹⁰¹. Bununla bağlantılı olarak karar almayı etkileyen olgunun taraf iradelerinin dışında olmasının gerekmesi sebebiyle ancak dış bir olayın koşulun konusunu oluşturabileceği söylenebilir¹⁰². Bu görüş çerçevesinde, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi olgusu, hem objektif belirsizliğe sahip değildir hem de bir dış olay değildir. Buna göre ceza koşulu, koşula bağlı bir borç sayılamaz. Bununla birlikte koşula bağlı borçlarda koşulun gerçekleşmesinin tarafların keyif ve arzusuna bırakılabileceği görüşü¹⁰³ kabul edilse bile, ceza koşulu yine bazı özellikleriyle koşula bağlı borçlardan ayrılır. Şöyle ki, koşula bağlı borçlar, alacaklının ya da borçlunun iradesine tabi kılınabilirken, ceza koşulunda şüpheli olayın gerçekleşmesi sadece borçlunun iradesine tabi olmaktadır; aslında ceza koşulunda

⁹⁸ Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 716. Bozucu koşula (şarta) bağlı yaptırım olan ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında boşluk bulunması halinde koşula ilişkin hükümlerin uygulanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Hüseyin Ekinci, “İş Hukuku’nda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri”, **AD**, S.24, Ocak 2006, (İş Hukuku), s. 35.

⁹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Schoch, s. 7; O. Berki, s. 283; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980 ve dn. 4; Bilge, s. 56 vd. Kısmen aynı yönde görüş için bkz. Hatemi ve Gökyayla, s. 353.

¹⁰⁰ Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, (Şart), s. 47; Eren, Genel Hükümler, s. 1190.

¹⁰¹ Sirmen, Şart, ss. 48-51; Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, **AÜHF Dergisi**, C. 27, S. 3-4, 1970, ss. 225-226; Eren, Genel Hükümler, s. 1190.

¹⁰² Eren, Genel Hükümler, s. 1190. Gerçekten, koşula bağlı borçlarda, koşul olarak, belli özellikleri taşıması kaydıyla bu nitelikteki herhangi bir olgu kabul edilirken; ceza koşulunda, aranan bir unsur olarak olayın veya olgunun ihlal niteliğiyle sınırlı tutulmuş olması, ceza koşulu ile koşula bağlı borçların ayrıldığı bir diğer noktadır.

¹⁰³ O. Berki, s. 283; Eren, Genel Hükümler, ss. 1189-1190; Sirmen, Şart, s. 68; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 332.

koşulun gerçekleşmesi tam olarak borçlunun isteğine bırakılmış da değildir. Çünkü teknik anlamdaki iradi koşullarda borçlu, şartı yerine getirip getirmemekte tamamen serbest ve bu hususta bir yükümlülüğü bulunmuyorken; bunu gerçekleştirmeye zorlanamıyorken¹⁰⁴, ceza koşulunda borçlu, koşulun gerçekleşmesini kendi menfaati gereği önlemek zorunda kalmaktadır¹⁰⁵. Oysaki teknik anlamdaki koşulda, Türk Borçlar Kanunu’nun 175’inci maddesindeki, “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.*” şeklindeki hükümden de anlaşılacağı üzere, koşulun gerçekleşmesine engel olunması bazı durumlarda koşulun gerçekleşmesinin sayılması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla bu ihtimalde dahi burada teknik anlamda bir koşuldan bahsetmek doğru olmayacaktır¹⁰⁶.

Borçlunun borcunu hiç veya gereği ifa etmemesi, gelecekte gerçekleşme ihtimali olan şüpheli bir olgu olarak kabul edilse bile, teknik anlamda koşulun varlığından söz edebilmek için, bu olgu, tarafların iradeleriyle öngörülmüş olmalıdır¹⁰⁷. Oysaki ceza koşulundaki *asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması* koşulu, o hukuki işlemin sonuçlarını doğurması açısından Kanun’un gerçekleşmesini aradığı bir unsurdur. Bu unsur, günlük dilde koşul veya şart olarak nitelendirilse de, burada anlatılmak istenen aslında teknik anlamda koşul (şart) değil, ceza koşulu ödeme borcunun doğması için gerçekleşmesi gereken kanuni bir unsurdur¹⁰⁸. Kanuni bir unsur olduğuna ilişkin sonuç, kefalet sözleşmesi bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefil, Türk Borçlar Kanunu’nun 581 ve devamı maddelerine göre, asıl borcun ödenmemesi ihtimaline karşı sorumluluk altına girmektedir. Burada da asıl borcun ödenmemesi, teknik anlamda bir koşul olarak düşünülebilir. Ancak bu durum, kefilin sorumluluğunun doğması için gerçekleşmesi gereken kanuni bir unsurdur¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980 ve dn. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 1190; Bilge, s. 57.

¹⁰⁵ Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980 ve dn. 4; Bilge, s. 57; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 208.

¹⁰⁶ Bilge, ss. 5-7; O. Berki, s. 283; Kocaağa, Cezai Şart, s. 71.

¹⁰⁷ Sirmen, Şart, s. 52; Eren, Genel Hükümler, ss. 1186, 1189.

¹⁰⁸ Bilge, ss. 58-59; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 209; Sirmen, Şart, s. 85.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Sirmen, Şart, s. 85.

E. Ceza Koşulunun Bizzat Kendisinin Güvence Altına Alınabilmesi

Ceza koşulunun bizzat kendisinin de bir teminat aracıyla teminata bağlanması (teminatın teminatı şeklinde) mümkündür.

Doktrinde faydalanılabilecek teminat aracının, aynı teminat türlerinden; taşınır rehni olabileceği gibi, taşınmaz rehni olabileceği de ifade edilmiştir. Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 954'üncü maddesinin birinci fıkrasında, başkasına devredilebilen alacakların ve diğer hakların rehnedilebileceği ifade edilmiştir. Ancak alacağın niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. İşte bu noktada ceza koşulu alacağı da bu kapsamda sayılabilir ve taşınır rehniyle güvence altına alınabilir¹¹⁰. Benzer şekilde ceza koşulunun, taşınmaz rehni (ipotek) ile de güvence altına alınmasının önünde bir engel bulunmamaktadır¹¹¹.

Ceza koşulunun aynı teminatlar dışında şahsi bir teminatla mesela kefaletle teminat altına alınmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. Doktrinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 582'nci maddesinin birinci fıkrasındaki, *“Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak ve koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.”* (818 sayılı TBK m. 485/I) hükmüne dayanarak, ceza koşulunun tek başına kefaletle teminat altına alınmasının mümkün olduğu ifade edilmekteydi¹¹². Ancak, bu görüş 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 589'uncu maddesinin son fıkrası uyarınca, kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüz kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle, asıl borcun kefaletle teminat alındığı hallerde ceza koşulunun yasak kapsamında olması kadar, asıl borçtan bağımsız olarak tek başına ceza koşulunun da

¹¹⁰ Şarta bağlı veya gelecekteki alacakların, dolayısıyla ceza koşulunun da taşınır rehniyle güvenceye alınabileceği hakkında bkz. Schoch, ss. 118-119; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, (Eşya), ss. 712-713; Erol, ss. 80-81; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 77. Taşınır rehninin alacağa sıkı şekilde bağlı olmasıyla, ileride doğacak veya şarta bağlı alacaklar için taşınır rehninin kurulamayacağına ilişkin bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s. 275.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Schoch, ss. 117-118; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 77; Kocaağa, Cezai Şart, s. 275.

¹¹² Tunçomağ, Cezai Şart, s. 80; Kocaağa, Cezai Şart, s. 278.

kefaletle teminat altına alınması yasak kapsamında sayılmıştır¹¹³. Kanunkoyucunun bu hükümle varmak istediği amaç, kira sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer verdiği hükümde de (TBK m. 346) olduğu gibi, zayıfı koruma düşüncesidir.

F. Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Kural Olarak Tamamlayıcı Nitelikte Olması

Türk Borçlar Kanunu’nun ceza koşuluyla ilgili 181’inci maddesinin ikinci fıkrası, kısmen 182’nci maddesinin ikinci fıkrası ve 182’nci maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri dışında kalan tüm hükümleri tamamlayıcı niteliktedir¹¹⁴. Buna göre taraflar, ceza koşulunun hüküm ve sonuçları hakkında aksine anlaşmalar yapabilirler¹¹⁵.

VI. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında ceza koşulunun türlerine ayrılabilmesine olanak tanıyan düzenlemeler getirilmiştir (İBK m. 160)¹¹⁶. Bu türler doktrinde de genellikle kabul edildiği üzere, “*seçimlik ceza koşulu*”, “*ifaya eklenen ceza koşulu*” ve “*ifayı engelleyen ceza koşulu*” olarak sayılabilir. Ancak biz ifayı engelleyen ceza koşulunu (dönme/fesih cezasını), aşağıda detaylı şekilde açıklayacağımız gerekçelerle, ceza koşulunun türleri arasında kabul edemiyoruz.

¹¹³ Aksi görüş için bkz. Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 731, dn. 146; Kocağa, *Sözleşme Cezası*, ss. 167-168.

¹¹⁴ Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988, ss. 521-522; Arslanlı, s. 456; Tunçomağ, *Hukuki Mahiyeti*, s. 558; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 21. Sadece ceza koşulunun indirilmesi ile ilgili hükmün (TBK m. 182/III) emredici olduğu yönünde bkz. Cansel ve Özel, *Ceza Koşulu*, s. 715.

¹¹⁵ Arslanlı, s. 456; Tunçomağ, *Hukuki Mahiyeti*, s. 558; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s. 21; Gökçeoğlu, s. 34.

¹¹⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ceza koşulunun türlerine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak şirket esas sözleşmelerinde yer verilecek ceza koşuluyla ilgili hükümlere (TTK m. 481, 482/II, 483, 577/I-b.f, 595) bakıldığında, pay sahipleri tarafından yükümlülüklerin hiç yerine getirilmemesi, zamanında veya yerinde yerine getirilmemesi halinde ödenecek sözleşme cezasından bahsedildiği görülür. Dolayısıyla ticari işlerde kararlaştırılan ceza koşulunun hem ifaya eklenen ceza koşulu hem de seçimlik ceza koşulu olabileceği bu hükümler doğrultusunda söylenebilir.

Hem Türk hem de İsviçre Hukuku bakımından, Kanun sistematığına göre farklı türlerde ceza koşulunun düzenlenmesinde, ceza koşulunun asıl borçla olan ilişkisine göre, ya taleplerin yarışması ya da taleplerin toplanması kuralının kabul edildiği görülmektedir. Kanun'un 179'uncu maddesine göre (İBK m. 160), kural olarak taleplerin yarışması benimsenmişken, taleplerin toplanması istisnai olarak kabul edilmiştir¹¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeden taleplerin yarışması kuralının esas alındığı anlaşılmaktadır. Hükümde, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış bir ceza koşulunun varlığında, alacaklının aksine bir anlaşma yoksa ya asıl borcun ya da ceza koşulunun ifasını isteyebileceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, alacaklı ya ceza koşulunu ya da asıl borcun ifasını isteyebilecektir. Aksine anlaşma olmadıkça, alacaklının her iki talepten sadece birini ileri sürebileceğine ilişkin söz konusu hükümdeki yasal karine bu sonucu doğurmaktadır. Bu durumda seçimlik ceza koşulunun varlığından söz edilecektir. Kanuni düzenlemeler veya taraflar arasındaki anlaşmalar dolayısıyla her iki talebin bir arada ileri sürülmesi de mümkündür. Görüleceği üzere, kanunkoyucunun taleplerin toplanması kuralını kabul etmesi istisnai niteliktedir. Bu durumda da ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olacaktır. Bu husustaki kanuni düzenlemeye en belirgin örnek, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin ikinci fıkrasıdır. Hükme göre asıl borcun yerinde veya zamanında ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış bir ceza koşulunun varlığında, alacaklı çekincesiz olarak ifayı kabul etmiş olmadıkça veya açıkça vazgeçmiş olmadıkça hem asıl borcu hem de ceza koşulunu talep edebilecektir. Yine seçimlik ceza koşulunun varlığına rağmen, kanunun aksine anlaşmayı mümkün kılması sebebiyle (TBK m. 179/I), hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış bir ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olması mümkündür; bu durumda, da taleplerin toplanması kuralı geçerli olacaktır.

Taleplerin yarışması yönündeki yasal karine sonucunda; kararlaştırılan ceza koşulunun hangi türe dâhil olduğu konusunda şüphe olursa, o ceza koşulunun seçimlik

¹¹⁷ Roma Hukuku'nda da ceza koşulu bakımından taleplerin yarışmasının kural (bkz. Erdoğan, s. 67; Kaynak, s. 255; Dinçer Araz, s. 247), taleplerin toplanmasının istisna (bkz. Bkz. Kaser ve Knütel, s. 201, kn. 10; Honsell, Römisches Recht, s. 95; Ralf-Peter Sossna, **Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB**, Dunker & Humblot, Berlin, 1993, s. 9; Erdoğan, s. 68; Kaynak, s. 255; Dinçer Araz, s. 247) olduğu kabul ediliyordu.

ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı sonucuna varılmalıdır. Başka bir deyişle, somut olayda, diğer ceza koşulu türünün varlığının kabulü için ya bu yönde kanuni bir düzenlemenin (TBK m. 179/II/İBK m. 160/II) ya da tarafların anlaşmasının varlığı aranır¹¹⁸.

A. Seçimlik Ceza Koşulu

Sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmesi hali için bir ceza koşulu konulmuş ve aksine bir sözleşme yapılmamışsa, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da ceza koşulunu talep edebilir (TBK m. 179/I)¹¹⁹. Burada “seçimlik ceza koşulu (*Alternativkonventionalstrafe*)” söz konusudur ve açıkça görüleceği gibi, alacaklının sözleşmenin ifasını veya ceza koşulunu seçme hakkı bulunmaktadır. Burada, taleplerin yarışması ilkesinin sonucu olarak, alacaklıya kanunen verilmiş ve aralarında yarışma bulunan birden çok kanuni araçtan birinin seçilmesi söz konusudur¹²⁰.

Doktrinde seçme hakkının hukuki niteliği açısından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda bir görüş, seçimlik ceza koşulunun seçimlik borç olduğunu kabul ederken¹²¹; bir görüş tam anlamıyla seçimlik bir borç olmadığını, ancak, hakkında seçimlik borca ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceğini ifade

¹¹⁸ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 17 vd.

¹¹⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun şimdiki düzenlemeye karşılık gelen hükmü “*Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilâfına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.*” şeklindeydi. “*Akdin ... natamam olarak icrası*”, lafzi olarak her ne kadar borcun eksik ifası anlamında olsa da, bunun borcun gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, bu hususa açıklık kazandırarak, 179’uncu maddesinin birinci fıkrasında, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi ibaresine yer vermiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda da “*nicht richtigen Erfüllung (gereği gibi ifa etmeme)*” ibaresine yer verilmiştir (İBK m. 160).

¹²⁰ Huguenin, kn. 1219; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 12; Feyzioğlu, s. 393; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Reisoğlu, s. 456; İnan ve Yücel, s. 568; M. Ayan, s. 81; Yarg. 15. HD, T. 24.7.2006, E. 2006/2961, K. 2006/4723, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.01.2016). Benzer yönde bkz. Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 595. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Kaduk, StauK., Vorb. § 340, kn. 15.

¹²¹ T. Önen, s. 120. Aksi görüş için bkz. Becker, m. 160, kn. 28; von Tuhr ve Escher, s. 278; Bucher, s. 525; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Koller, Konventionalstrafe, kn. 60-61; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 13; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 18, m. 160, kn. 33; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 11; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 19; Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 595; Bilge, s. 97; O. Berki, s. 282; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 348, dn. 10; Feyzioğlu, s. 393, dn. 121a; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 106; Hatemi ve Gökyayla, s. 355. Alman Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Harm Peter Westermann, **Erman BGB, Kommentar**, (Hrsg. Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Harm Peter Westermann), 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2017, § 340, kn. 3.

etmiştir¹²². Başka bir görüş de seçimlik ceza koşulunda sadece alacaklıya tanınmış seçimlik bir yetkinin olduğunu ifade etmiştir¹²³. Kanaatimizce buradaki alacaklının seçme hakkı, kanunen tanınmış olan haklardan birinin seçilmesi şeklindedir, yoksa burada ne teknik anlamda seçimlik bir borçtan ne de seçimlik yetkiden bahsetmek doğru olur¹²⁴. Seçimlik borç ile seçimlik ceza koşulunun, ceza koşulunun muaccel olmasından sonra benzerliği ortaya çıksa da bu benzerlik, ikisinin farklı olduğu sonucunu değiştirmez. Şöyle ki, ceza koşulunun muacceliyetinden sonra, alacaklı, asıl borcun ifasından vazgeçtiğini borçluya bildirerek ceza koşulunun ifasını talep edebilir; eğer alacaklının böyle bir talebi yoksa borçlu asıl borcu ifa etmekle yükümlü olur. Seçimlik borçta ise, ifa edilecek tek bir borç vardır. Ayrıca, seçimlik borçlarda, seçim hakkının kullanılmasından önce, bu edimlerden birinin ifa edilmesi borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı imkânsız hale geldiğinde, borç ilişkisi sona ermeyip ifa yükümlülüğünün konusunu diğer edim oluştururken¹²⁵, ceza koşulu fer'i niteliği gereği asıl borcun sona ermesine bağlı olacak şekilde, kural olarak, sona erer¹²⁶. Ceza koşulunun muacceliyetinden önce ise, alacaklının beklentisinin asıl borcun ifası yönünde olması bakımından seçimlik yetkiyle benzerliği bulunabilir¹²⁷; ancak bu benzerlik, ceza koşulu muaccel olduktan sonra ortadan kalkar. Çünkü seçimlik ceza koşulunda, muacceliyetten sonra, biri asli diğeri yedek nitelikte iki ayrı borç değil; her biri birbirinden bağımsız iki ayrı borç vardır ve bu iki ayrı borçtan biri, ifanın

¹²² Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 32, dn. 5, ss. 106-107; Günay, Cezai Şart, s. 139.

¹²³ Keller ve Schöbi, s. 94; Bucher, s. 528; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3799; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Becker, m. 160, kn. 28; Oser ve Schönenberger, s. 704, kn. 5; von Tuhr ve Escher, s. 281; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 33; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 12; Reck, ss. 110-111; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 796; Bilge, s. 97; Feyzioğlu, s. 393, 393, dn. 121a; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 348, dn. 10; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Hatemi ve Gökyayla, s. 355. Aksi görüş için bkz. Gökçeoğlu, s. 30; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 106-107.

¹²⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1208; BGE 63 II 84, ss. 84-85, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 20.7.2018).

¹²⁵ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 18; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (1. Cilt), s. 294; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 816-817; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 106; Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 147; O. Berki, s. 282; Bilge, ss. 97-98; Eren, Genel Hükümler, s. 989.

¹²⁶ von Tuhr ve Escher, s. 278; Bentele, s. 32; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 106; O. Berki, s. 282; Kanık, ss. 1072-1073; Eren, Genel Hükümler, s. 992; Funk, s. 229; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 796; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 345, 346, 342 vd.; Bilge, ss. 54-55, 97-98.

¹²⁷ von Tuhr ve Escher, s. 278; O. Berki, s. 282; Kanık, ss. 1072-1073; Eren, Genel Hükümler, s. 992; Funk, s. 229; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 796; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342 vd.; Rona Serozan, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, (İfa), s. 90, kn. 20; Bilge, ss. 54-55.

konusunu oluşturur¹²⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, buarada, taleplerin yarışması ilkesinin de sonucu olarak, alacaklıya kanunen verilmiş ve aralarında yarışma bulunan birden çok kanuni araçtan birinin seçilmesi söz konusudur. Ayrıca ifade edilmeli ki, alacaklı lehine olan söz konusu bu seçme hakkının doğması, borçlunun borcu ihlal etmesi koşuluna bağlıdır¹²⁹. Bu nedenle alacaklı, borçlu borcunu ihlal etmediği sürece, asıl borcun ifasından vazgeçip ceza koşulunun ödenmesini isteyemez; yani ceza koşulu muaccel olana kadar, asıl borcun ifasını kabul etmekle yükümlüdür.

Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin birinci fıkrası hükmü, ikinci fıkra hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, ifanın zamanında veya yerinde yapılmaması şeklindeki borç ihlalleri dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini kapsadığı sonucuna varılmaktadır. Asıl sözleşmeden kaynaklanan edimin zamanında veya yerinde ifa edilmemesi hali, Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmü kapsamında olduğu için, birinci fıkranın kapsamına giren borca aykırılık halleri esas itibarıyla, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık hali ile gereği gibi ifa etmeme halleri olacaktır¹³⁰. Dolayısıyla aksinin sözleşmede kararlaştırılmamış olması şartıyla, bu durumlarda, alacaklı, ya asıl borcun ifa edilmesini ya da ceza koşulunun ödenmesini talep edebilecektir¹³¹. Ancak asıl borcun, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık sebebiyle ortadan kalkması halinde, alacaklıya tanınmış olan asıl borcun ya da ceza koşulunun talep edilebileceği şeklindeki seçim hakkı pek bir anlam ifade etmeyecektir¹³². Bu durumda, asıl borcun ifasının imkânsız olması sebebiyle, alacaklının asıl borç yerine tazminat isteme

¹²⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 33, dn. 9, 106-107.

¹²⁹ Wuffli, OFK, m. 160, kn. 12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 349; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 134; Hatemi ve Gökyayla, s. 353.

¹³⁰ Bentele, s. 88; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 133.

¹³¹ von Tuhr ve Escher, s. 281; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Huguenin, kn. 1219; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 348. Belirli süreli iş sözleşmesine yönelik seçimlik ceza koşulunda, işçinin ceza koşulunu ya da bakiye süreye ilişkin ücreti (TBK m. 438/I) talep edebileceği yönünde bkz. Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.8, S.31, 2011, ss. 913-959, (Cezai Şart), s. 933; Ahmet Koyuncu, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Bakiye Ücretin Ayrı Ayrı Talep Edilmesi”, **SIHD**, S.28, Aralık 2012, s. 112; Cevdet İlhan Günay, “İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu”, **Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2013, (İş Sözleşmesi), s. 33; Yarg. 9. HD., T. 22.09.2003, E. 2003/2474, K. 2003/15155, (Koyuncu, s. 112). Yargıtay’ın bu tür iş sözleşmelerinde yarışma ilkesine aykırı olacak şekilde, ceza koşulu ve bakiye ücretin kümülatif şekilde talep edilebileceğine ilişkin kararı için bkz. Yarg. 9. HD., T. 01.02.2011, E. 2010/16335, K. 2011/1775, (Koyuncu, s. 112).

¹³² Bentele, ss. 88-89; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 134.

hakkına sahip olacağı, dolayısıyla alacaklının ya zararın tazmin edilmesini ya da ceza koşulunun ödenmesini talep edebileceği ifade edilmelidir¹³³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrası hükmü, asıl borç ile ceza koşulu arasında bir seçim yetkisi tanımış olsa da, alacaklı, bu haklarından birisi yanında duruma göre 112 vd. ve 180'inci maddelerdeki kendisine tanınan tazminat hakkını da ayrıca talep edebilir. Salt ceza koşulunun kararlaştırılmış olması alacaklının ayrıca tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmaz¹³⁴. Bu kapsamda, alacaklı, asıl borcun ifasını seçmesi halinde, örneğin gereği gibi ifa etmemeden doğan zararının tazminini (TBK m. 112) isteyebileceği gibi; ceza koşulunu seçmesi halinde de, Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesindeki şartlar dâhilinde, yine ilgili hükümlere göre (örneğin TBK m. 112'ye göre) asıl borcun hiç ya da gereği ifa edilmemesi sebebiyle doğan ve ceza koşulu miktarını aşan zararının tazminini de isteyebilir¹³⁵. Pek tabi, tarafların, ceza koşulunun muacceliyeti halinde sadece ceza koşulunun istenebileceği; başka bir deyişle fazla zararın talep edilemeyeceği yönündeki anlaşmaları da saklıdır¹³⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki “*aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça*” ifadesinden de anlaşılabileceği üzere, hüküm emredici olmadığından; taraflar, borcun yerine getirilmemesi halinde, hem borcun ifasının hem de cezanın ödenmesinin talep edilebileceğini kararlaştırabilirler¹³⁷. Aksi yönde yapılan kararlaştırma açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Ancak böyle kararlaştırma halinde artık taleplerin yarışması değil, taleplerin toplanması ilkesi geçerli olacağı için, ceza koşulunun türü de değişecek; yani ortada seçime konu bir ceza koşulu olmayacak, ifa yanında istenebilen bir ceza koşulu olacaktır. Ceza koşulunun bu türü açısından

¹³³ Bentele, s. 89; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19; von Tuhr ve Escher, s. 281; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 134.

¹³⁴ Schoch, s. 45; Bilge, s. 98; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 136; Hatemi ve Gökyayla, s. 355.

¹³⁵ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 527; Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 136.

¹³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 797; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 528-529; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 351; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 136-137.

¹³⁷ Wuffli, OFK, m. 160, kn. 15; Bilge, s. 102; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 106; Feyzioğlu, s. 393; Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 797; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 528; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 351; Yarg. 15. HD., T. 7.3.1989, E. 2481, K. 1066, (Turgut Uygur, ss. 4289-4290); “*..Mukavelede aksine hüküm olmadıkça akdin icrası ya da seçimlik cezanın ödenmesi istenebilir. Somut olayda eksik işler bedeli de dava konusu olduğuna göre akdin icrasının istenildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede aksi de kararlaştırılmadığından cezai şart istemine ilişkin davanın reddi gerekir. Mahkemenin eksik işler yanında cezai şart isteminin de kabulü yasaya aykırıdır. ...*”, Yarg. 15. HD., T. 6.2.2008, E. 2007/5130, K. 2008/607, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

taraflar arasında bir uyuşmazlık söz konusu olursa, alacaklı hem ceza koşulunun hem de asıl borcun birlikte istenebileceği hususunda anlaşmanın varlığını (taleplerin toplandığını) ispatlamak zorunda kalacaktır. Bu zorunluluk, Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin birinci fıkrasındaki; ya ceza koşulunun ya da asıl borcun ifasının istenebileceği konusunda getirilmiş olan yasal karinenin bir sonucudur¹³⁸.

Doktrinde bir görüş, Kanun’un birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasında bu şekilde bir ayırım yapmasını eleştirmiş; seçimlik ceza koşulunda da taleplerin toplanması ilkesine uygun olarak, hem ceza koşulunun hem de ifanın talep edilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmiştir. Şöyle ki bu görüşe göre, yarışma veya toplanma ilkesinin asıl amacı, çifte ifayı engelleyerek menfaat dengesini gözetmektir. Bu amaç ise, ifanın tüm unsurları bakımından aynı şekilde hareket etmeyi gerektirir. Nasıl ki 179’uncu maddenin ikinci fıkrasında (İBK m. 160/II) ifanın “*zaman*” ve “*yer*” unsuru gözetilmekteyse, birinci fıkrasında da diğer unsurlar (ifanın tarafları; özellikle ifanın konusu) gözetilmektedir. İşte alacaklının, ifanın gereği gibi; tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine yönelik menfaatlerine hizmet eden bu unsurlar açısından bir farklılık getirilmemelidir. Dolayısıyla, birinci fıkradaki gereği gibi ifa etmeme hali için, tarafların yarışma değil toplanma ilkesini benimsediği kabul edilmeli, hatta şartların haklı göstermesi durumunda, hükmün lafzı göz ardı edilerek aynı sonuca varılmalıdır¹³⁹. Kanaatimizce de bu görüşe uygun olarak, Kanun’daki gereği gibi ifa etmeme yönünden ifanın unsurları arasında yapılan bu ayırım haklı bir nedene dayanmamaktadır. Ancak, taleplerin toplanması ilkesinin benimsenmesi, ceza koşulunun seçimlik olma niteliğini ortadan kaldırarak ifaya ekli ceza koşulu olması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, birinci fıkrada belirtildiği gibi, ancak tarafların bu yönde aksine anlaşma yapması halinde mümkündür. Tarafların anlaşması olmaksızın, Kanun’un açık hükmü karşısında aksine bir sonuca varmak yerinde olmayacaktır.

B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre (İBK m. 160/II), ceza koşulu, sözleşmenin belirli bir zamanda veya kararlaştırılan yerde ifa

¹³⁸ von Tuhr ve Escher, s. 283; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19b; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 15.

¹³⁹ Vedat Buz, “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, **AJP**, 4/2017, (Konventionalstrafe), ss. 496-497.

edilmemesi ihtimaline yönelik konulmuşsa, alacaklı hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte ceza koşulunun ifasını da isteyebilir. Bunun yanında taraflar da diğer borca aykırılık hallerini de kapsama alacak şekilde ifayla birlikte ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirler. İşte bu iki ihtimalde taleplerin toplanması ilkesi geçerli olacak ve ceza koşulu da “*ifaya eklenen ceza koşulu (kumulativkonventionalstrafe)*”¹⁴⁰ olarak adlandırılacaktır.

Tarafların kararlaştırması ihtimali bir yana bırakılacak olursa, Kanun’da, asıl borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi hali için öngörülen ceza koşulunun, asıl borcun ifasıyla birlikte istenmesi, işin niteliğine de uygun düşmektedir. Çünkü burada ceza koşulunun, ifanın tam ve doğru olarak gerçekleşmesine yönelik; özellikle de kararlaştırılan zamanda veya yerde ifa edilmesine hizmet eden amacı ön plandadır. Ayrıca, ihlal durumunda da zararın karşılanması amacına hizmet etmektedir¹⁴¹. Ancak, Kanun’da ifade edilen bu iki ihtimal dışında kalan diğer borca aykırılık hallerinde, kural olarak, Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin ikinci fıkrası değil, birinci fıkrası uygulanacaktır¹⁴².

Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin ikinci fıkrasında, ceza koşulunun, “*borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmasından*” söz edilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmede, mutlaka özel bir yer veya zaman belirtilmesi şart değildir. İfa yeri veya ifa zamanı açıkça

¹⁴⁰ Bilge, bu tür ceza koşulunu toplu veya ek ceza olarak adlandırmaktadır. Bkz. Bilge, s. 104.

¹⁴¹ Bkz. İnan ve Yücel, s. 569; YHGK, T. 27.9.2006, E. 2006/15-545, K. 2006/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016). Uygulamada ifaya eklenen ceza koşulunun en çok zamanında ifa edilmemesi hali için kararlaştırıldığı görülmektedir. Bkz. Yarg. 15. HD., T. 09.10.1979, E. 1979/1898, K. 1979/2012; Yarg. 13. HD., T. 16.10.1980, E. 1980/5002, K. 1980/5454; Yarg. 19. HD., T. 18.6.2001, E. 2001/1997, K. 2001/4666; Yarg. 15. HD., T. 12.1.2005, E. 2004/2921, K. 2005/101; Yarg. 19. HD., T. 16.01.2014, E. 2013/14851, K. 2014/1302, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

¹⁴² Alman Hukuku’nda, Türk ve İsviçre Hukuklarındaki ayırmadan farklı olarak, bütün gereği gibi ifa etmeme halleri bu kapsamda değerlendirilmiştir (BGB § 341). İlgili hükümde, borçlunun taahhüdünü gereği gibi ifa etmemesi, özellikle zamanında ifa etmemesi hali için ceza koşulu kararlaştırılmışsa, hem borcun hem de ceza koşulunun ifasının istenebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, zamanında ifa etmeme, ilgili hükümde sadece örnek olarak sayılmıştır. Nitekim edimin belirtilen yerde ifa edilmediği veya iyi bir kalitede veya gereken miktarda olmadığı durumlarda, edimin gereği gibi ifa edilmemiş sayılacağı ve ifaya eklenen ceza koşulunun söz konusu olacağı Alman doktrininde kabul edilmektedir. Bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 4-5; Walter Lindacher, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432)**, (Hrsg. Hs. Th. Soergel, W. Siebert, Hans-Joachim Mertens), 12. neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln, 1990, (BGB Kommentar), § 341, kn. 2-4; Westermann, § 341, kn. 1 vd.

belirtilmemişse Kanun'daki ifa yeri ve zamanına ilişkin tamamlayıcı nitelikteki hükümler (TBK m. 89-96) uygulanacaktır. Bu hükümlere göre belirlenen ifa yeri veya zamanında ifa edilmeme durumunda, eğer sözleşmede bu tür borca aykırılık için ceza koşulunun ifa edileceği kararlaştırılmışsa (örneğin sözleşmede ...zamanında ifa edilmediği takdirde... veya ...sözleşmenin yerinde ifa edilmediği takdirde... gibi ifadelerle yer verilmişse), ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olur¹⁴³.

Tarafların kararlaştırması ihtimalinde ise, yerinde veya zamanında ifa etmeme halleri dışında kalan diğer bütün borca aykırılık halleri için de 179'uncu maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulacağı yani ifayla birlikte ceza koşulunun da istenebileceği ifade edilmelidir¹⁴⁴. Tarafların kararlaştırması, herhangi bir şekle tabi değildir. Açık veya örtülü şekilde olabilir. Şöyle ki, ceza koşulunun miktarı veya tarafların ceza koşulunu belirlemedeki amaçları, durumun hal ve icabı, örtülü şekilde birlikte istenebileceği yönünde bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaştırılabilir¹⁴⁵. Federal Mahkeme sözleşmede yer alan "*diğer haklar saklı kalmak kaydıyla*" ifadesini örtülü anlaşma olarak yorumlamıştır¹⁴⁶. Ancak bu tür bir kayıt, aşkın zararın tazmini hakkındaki hükme (TBK m. 180/II) ilişkin de olabileceğinden, böyle bir sonuç diğer yorum araçlarıyla da desteklenmelidir¹⁴⁷. Örtülü anlaşma konusunda örneğin, ceza koşulunun çok az miktarda kararlaştırılmış olması ve ifadan beklenen menfaatin ceza koşuluna oranla çok yüksek olması halinde, alacaklının ifaya olan menfaatine vurgu yapılmak istendiği ve böylece asıl borcun ifası ile ceza koşulunun ifasının birlikte istenebilmesinin hakkaniyete uygun düştüğü söylenebilir¹⁴⁸. Başka bir örnek olarak;

¹⁴³ Bilge, s. 104; O. Berki, ss. 293-294; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 139-140. Doktrinde sadece kanunun belirlediği zaman ve yerde ifa edilmemesi durumunda ifa ile birlikte ceza koşulunun talep edilemeyeceğini, mutlaka sözleşme ile belirlenen yer ve zaman olması gerektiği de ifade edilmiştir. Bkz. Gökçeoğlu, s. 53; Hatemi ve Gökyayla, s. 356.

¹⁴⁴ von Tuhr ve Escher, s. 283; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3803; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 41; Bilge, s. 104; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 528; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 351; Hatemi ve Gökyayla, s. 356.

¹⁴⁵ Bkz. Becker, m. 160, kn. 33; Oser ve Schönenberger, s. 703, kn. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3804; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 41; BGE 122 III 420, Er. 3a, s. 424, (relevancy.bger.ch, E.T.: 31.7.2018); Bilge, s. 103; Günay, Cezai Şart, s. 84; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 45-47; Feyzioğlu, ss. 393-394; Hatemi ve Gökyayla, s. 356.

¹⁴⁶ BGE 42 II 244, (Bilge, s. 102).

¹⁴⁷ Oser ve Schönenberger, s. 704, kn. 6.

¹⁴⁸ Becker, m. 160, kn. 33; Oser ve Schönenberger, s. 703-704, kn. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3804; Koller, Konventionalstrafe, kn. 98; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 12; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 20; Bilge, s. 103; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 350-351; Günay, Cezai Şart, s. 84; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 45, 47; Feyzioğlu, ss. 393-394; Gökçeoğlu, s. 32; Hatemi ve Gökyayla, s. 356; Pınar Çağlayan Aksoy, "Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik

bir rekabet yasağı sözleşmesinde, alacaklının yasağa aykırı davranan borçludan hem yasağa uymasını hem de kararlaştırdıkları ceza koşulunun ifasını talep etmesi hem mantıklı bir kabul hem de durumun hal ve icabı gereğidir¹⁴⁹. Şöyle ki; alacaklının asıl menfaati, bu yasağa uyulmasını sağlamaktır, bunun için de ceza koşulu her halükarda uygulanması gerekli bir yaptırım olarak kalmalıdır. Aksi düşünceyle, bu yasağa uymak yerine ceza koşulunu talep etme seçeneğini alacaklıya sunmak anlamsızdır.

Rekabet yasağının özel bir uygulama alanı olan hizmet sözleşmesinde, bu yasak sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulu açısından Kanun'da (TBK m. 446/III-İBK m. 340b/III), ceza koşulu yanında yasağa aykırı davranışa son verilmesi için, sözleşmede yazılı olarak bu talebin açıkça saklı tutulması aranmıştır. Açıkça saklı tutulmasıyla birlikte işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışlarının da haklı göstermesi durumunda, işveren ayrıca yasağa aykırılığa son verilmesini isteyebilecektir. Bu şartlar yoksa ve aksine de bir anlaşma bulunmuyorsa, işveren sadece ceza koşulunu ve doğabilecek ek zararların ödenmesini talep edebilecektir (TBK m. 446/II, İBK m. 340b/II). Doktrinde, aksine anlaşmanın varlığını kabul etmenin, lehine şart konulan tarafın iradesine daha uygun olacağı; böyle durumlarda, aksine anlaşmanın varlığını ispatın sıkı şekilde istenmemesi gerektiği ve söz konusu durumun özel niteliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, tarafların, özellikle de lehine ceza koşulu getirilen tarafın amacı göz önüne alındığında, bu yorum şeklinin daha doğru olduğu sonucuna varılmaktadır; aksi durumda, alacaklının ceza koşulu aracılığıyla borçlu üzerinde bir baskı oluşturmak ve borçlunun taahhütlerine aykırı davranmasına engel olmak amacına ulaşamayacaktır. Çünkü borçlu taahhütte bulunduktan hemen sonra borcuna aykırı davrandığında, aynı miktarda ceza koşulunu ödeyecek ve böylece rekabet yasağından kurtulabilecektir¹⁵⁰. Bu görüş çerçevesinde, hizmet sözleşmelerinde rekabet yasağı açısından kararlaştırılan ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu

Sözleşmelerinde Cezai Şart-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler", **TBBD**, Temmuz-Ağustos 2017, Y.30, S. 131, s. 270.

¹⁴⁹ Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schulthess & CO. AG, Zürich, 1964, ss. 408-409; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 12; Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Koller, Konventionalstrafe, kn. 99; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 46; Reisoğlu, s. 456, dn. 9. Hatta İsviçre uygulamasında şirket sözleşmelerinde ortaklar arasındaki rekabet yasağını güçlendirmek için ceza koşulunun sıklıkla ifaya ekli olarak kararlaştırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 24.

¹⁵⁰ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 12; Koller, Konventionalstrafe, kn. 99; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 45-46; Feyzioğlu, ss. 393-394; Eren, Genel Hükümler, s. 1209.

olarak kabul edilmesinin daha yerinde olacağı sonucu çıkmaktadır. Aslında ifa zamanı bakımından durumun değerlendirilmesi ile de bu sonuca ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, rekabet etmeme borcu belli bir süre için kararlaştırılmaktadır; iş sözleşmeleri bakımından bu süre kural olarak iki yılı geçemez (TBK m. 445/I). Eğer ifa zamanı geniş anlaşılmaya müsaitse, sınırlı bir zamanda ifa etmeme şeklindeki bir borca aykırılık da, ifa zamanına aykırılık olarak nitelendirilebilir ve bu borca aykırılık halinde ceza koşulu ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda, bu ceza koşulunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, ifaya eklenen ceza koşulu olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesine göre borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi halinde asıl borçla birlikte ceza koşulunun da istenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, örneğin rekabet etmeme borcu açısından düşünecek olursak, alacaklı borçludan hem rekabet etmemesini hem de yasağa rağmen rekabet etmesi sebebiyle muaccel olan ceza koşulunun ifasını isteyebilmelidir. Ancak kanunkoyucu, iş sözleşmeleri bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak getirilen ceza koşulunu kural olarak, dönme cezası niteliğinde olduğunu kabul etmiş (TBK m. 446/II); ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olabilmesini yukarıda belirttiğimiz koşullara bağlamıştır (TBK m. 446/III).

Hizmet sözleşmelerine ilişkin rekabet etmeme örneği yanında kanaatimizce tüm yapmama (kaçınma) borçlarına ilişkin olarak kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu sayılması yerinde olur¹⁵¹. Örneğin, kiracının komşuluk ilişkilerine aykırılık hallerinde (örneğin halı silkelemesi, günün geç saatlerinde yüksek sesle müzik dinlemesi gibi), ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulmasında kararlaştırılan ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu olmalıdır¹⁵².

Açık veya örtülü bir anlaşma yanında hukuki ilişkinin niteliği de bir ifaya eklenen ceza koşulunun varlığına işaret edebilir. Örneğin kat mülkiyeti ilişkisinde bu ilişkinin herkes için kabul edilebilir koşullarda yürütülebilmesi önem taşır. Bu sebeple,

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. von Büren, ss. 408-409; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 41; Bucher, s. 529; Becker, m. 160, kn. 15; Oser ve Schönenberger, s. 704, kn. 6; Çağlayan Aksoy, s. 270.

¹⁵² Becker, m. 160, kn. 33; Bilge, s. 103; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 46-47. Burada, asıl borç, bir yapmama borcu olduğu için, alacaklının, borçlu kiracıdan, komşuluk ilişkilerine aykırı davranmama borcuna aykırı davranması halinde, ya aykırılığa son vermesini ya da ceza koşulunu isteyebilmesi şeklinde bir yetkiye sahip kılınması, ceza koşulunun ifaya zorlama amacını tam anlamıyla gerçekleştirmesine de engel olmaktadır. Aynı yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 46-47.

ortak yaşamı çekilmez kılacak davranışlardan, yükümlülüklere aykırılıklardan uzak durulması gerekir. Eğer, bu yükümlülüklerin ihlali için yönetim planına bir ceza koşulu konulduysa, bunun ifaya eklenen ceza koşulu olarak yorumlanması gerekir. Böylece, hem kat malikinin yükümlülüklerini yerine getirmesi hem de yerine getirilmemenin gereği olarak kararlaştırılan ceza koşulunun ifası, ilişkinin niteliğine daha uygun bir sonuç sağlayacaktır¹⁵³.

Ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu mu, ifaya eklenen ceza koşulu mu olduğu yönünde bir tereddüt olduğu durumlarda, seçimlik ceza koşulunun varlığı kabul edilmelidir¹⁵⁴. Özellikle böyle bir tereddüt, yerinde ve zamanında ifa etmeme dışında gerçekleşebilecek borca aykırılık halleri için öngörülmüş bir ceza koşulunun varlığı durumunda gündeme gelebilir. Çünkü yer ve zaman yönünden aykırılıklar açısından kabul edilen ceza koşulunun, kanunen ifaya eklenen ceza koşulu olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir (TBK m. 179/II). Ancak söz konusu hüküm emredici nitelikte olmadığı için, taraflar yer ve zaman yönünden aykırılıklarda da seçimlik ceza koşulu öngörebilirler, böyle bir anlaşmanın varlığını ileri süren taraf, iddiasını ispat yükü altındadır.

VII. CEZA KOŞULUNUN UYGULAMA ALANI

Ceza koşulunun geniş bir uygulama alanı vardır. Ceza koşulu, özel hukuk alanındaki hukuki işlemlerde, özellikle sözleşmelerde karşımıza çıkar. Uygulamada, sözleşmeler yanında tek taraflı hukuki işlemlerde, dernek tüzüklerinde, şirket ana sözleşmelerinde, kat mülkiyeti yönetim planında ceza koşuluna ilişkin hükümlere

¹⁵³ Bkz. Belen, Cezai Şart, ss. 532-534.

¹⁵⁴ Keller ve Schöbi, s. 94; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 12; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3803; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19b; Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Gökçeoğlu, s. 32; Hatemi ve Gökyayla, s. 356. Yargıtay, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi hali için kararlaştırılmış olan ceza koşulunun türü konusunda ifaya eklenen ceza koşulu nitelendirmesini kabul etmiştir. Bkz. "...Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen cezai şart hükümleri T.B.K.nun 179/II. (B.K. madde 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir. ...", Yarg. 19. HD., T. 17.12.2013, E. 2013/14654, K. 2013/19950; Yarg. 19. HD., T. 16.01.2014, E. 2013/14851, K. 2014/1302; Yarg. 19. HD., T. 24.05.2016, E. 2015/17632, K. 2016/9261, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 27.12.2017). Aynı yönde görüş için bkz. Nilay Şenol, **Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 86. Burada seçimlik ceza koşulunun varlığından söz etmenin daha doğru olacağı yönünde bkz. Çağlayan Aksoy, ss. 272-273.

sıklıkla rastlanılmaktadır¹⁵⁵. Borçlar hukuku başta olmak üzere, medeni hukukta, ticaret hukukunda ve iş hukukunda ceza koşuluyla karşılaşılabilir.

A. Borçlar Hukukunda

Borçlar Hukuku, ceza koşulunun en çok uygulama alanı bulduğu alanlardan biridir. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmelerinde, satış vaatlerinde, kira sözleşmelerinde, hizmet sözleşmelerinde (özellikle bu sözleşmeye eklenen rekabet yasaklarına yaptırım olmak üzere), eser sözleşmelerinde (özellikle inşaat sözleşmelerinde), atipik sözleşmelerde (özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde) yaygın şekilde ceza koşulu kararlaştırılmaktadır.

Borçlar Hukuku alanında incelenmesi uygun olan ve bazı farklı özellikleri dolayısıyla detaylıca değerlendirilmesi gereken bir başka konu da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerdir (ihalelerdir)¹⁵⁶. Konunun bu alanla ilgili olmasının sebebi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre, idarenin yaptığı alım, satım, kiralama gibi sözleşmeler ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinin alıcı veya satıcı olarak yaptıkları sözleşmelerin, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olmasıdır¹⁵⁷. Bu özelliği sebebiyle, bu sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar adli yargıda çözüme kavuşturulacaktır ve bu sözleşmeler, statü olarak Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olacaklardır¹⁵⁸. Hatta 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinde, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıkça

¹⁵⁵ Keller ve Schöbi, s. 91; von Tuhr ve Escher, s. 278; BGer, 14.5.2015, 5A_787/2014, Er. 5.3, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 17.9.2018); Stephanie Hrubesch-Millauer ve Nicole Thommen, "Personenrecht und Einleitungsartikel – ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015", **AJP**, 2016, s. 850; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 343; İnan ve Yücel, s. 567; Akıntürk ve Karaman, s. 163.

¹⁵⁶ YHGK, T. 28.3.2001, E. 2001/13-289, K. 2001/299; Yarg. 13. HD., T. 4.7.2003, E. 2003/4811, K. 2003/9158, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

¹⁵⁷ Mehmet Güven, "İdari Sözleşmelerin Uygulanmasında Tarafların Hak, Yetki ve Yükümlülükleri", **Ank.BD**, 1996/3, ss. 379, 385; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 563 vd.; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 1024-1025; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 530; Kemal Gözler, **İdare Hukuku, C. II**, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s. 2 vd.

¹⁵⁸ Gözübüyük ve Tan, s. 545; M. Güven, s. 386; YHGK, T. 21.3.2001, E. 2001/19-257, K. 2001/285, (Gözübüyük ve Tan, ss. 545-547); Harun Kale, "Kamu İhale Sözleşmelerinde Gecikme Cezasının Hukuki Niteliğinin Sonuçları", **THD**, C. 7, S. 67, Mart 2012, (https://jurix.com.tr/article/1540, E.T.: 18.10.2018), s. 89.

hükme bağlanmıştır. Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yanında, ilgili Kanun'un 36'ncı maddesinin atfıyla, Türk Borçlar Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacağından, bu sözleşmeler bakımından, Türk Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşuluyla ilgili hükümlerin (TBK m. 179-182) uygulanmasında bir kuşku bulunmamaktadır¹⁵⁹.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20'nci maddesine göre, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde idarenin sözleşmeyi feshedeceği düzenlenmiş ve gecikme halinde alınacak cezalar, bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde yer alması zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak, Kanun'da gecikme cezasının tanımı yapılmamıştır. Tip İdari Şartnamelerden, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 29'uncu, 41'inci ve 46'ncı maddelerinde, Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 44'üncü ve 54'üncü maddelerinde gecikme cezasından söz edilmiştir. Fakat hem Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20'nci maddesinde hem de tip idari şartnamelerde bahsi geçen gecikme cezasının, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte buradaki gecikme cezasının, 179'uncu madde anlamında ifaya eklenen ceza koşulundan bazı farklılıkları bulunmaktadır. Şöyle ki, ceza koşulunun, bağlı olduğu asıl sözleşme ile birlikte, o sözleşmenin bir hükmü olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, sonradan ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılması mümkündür. Ancak kamu ihale sözleşmeleri bakımından, 4735 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin ikinci fıkrasındaki emredici hüküm gereği, gecikme cezası ancak, asıl sözleşmenin bir hükmü olarak doğabilir¹⁶⁰. Bir diğer farklılık da ceza koşulunu taraflar kararlaştırıp kararlaştırmamakta serbest olmalarına rağmen; kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu husus idarenin takdirine bırakılmayıp zorunlu tutulmuştur. Ayrıca gecikme cezasının miktarı konusunda taraflar serbest değildir; tip sözleşmelerde, gecikme cezasının, sözleşme bedelinin

¹⁵⁹ YHGK, T. 26.03.1986, E. 1984/11-779, K. 1986/295, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 14.07.2017). İsviçre Hukuku bakımından benzer yönde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782.

¹⁶⁰ Kale, ss. 89-90.

belli bir yüzdesi kadar olacağı ya da bu yüzdeyi geçemeyeceği şeklinde düzenlemelere yer verilmektedir. Yine 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde sayılan mücbir sebep hallerinden birinin meydana gelmesi sebebiyle, işin süresinin uzaması da dâhil olmak üzere sözleşme hükümlerine aykırılık durumlarında, borçluya bir kusur yüklenemeyeceğinden, gecikme cezası muaccel olamayacaktır. Bu husus işin niteliği gereği ayrıca düzenlenmiştir. Bunların dışında bir mücbir sebep hali belirlemek de mümkün olmayacaktır¹⁶¹. Ceza koşulu ile ilgili Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen hükümler arasında ise bu konuya ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır (TBK m. 182/II). Bir diğer farklılık da Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20'nci maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre, sözleşme geriye etkili olarak sona erdirilmiş olsa dahi, idarenin bu hükme uygun olarak verdiği süreye kadar gecikme cezasının işleyeceğidir¹⁶².

B. Medeni Hukukta

Ceza koşulunun Medeni Hukukta uygulama alanı, Borçlar Hukukuna nazaran sınırlıdır.

Kişiler hukuku bakımından, tüzel kişi dernekler açısından, ceza koşulu önemli bir uygulama alanına sahiptir. Şöyle ki, dernekler, üyelikten doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesi durumu için tüzüklerine çoğu zaman ceza koşulu niteliğinde birtakım hükümler koyarlar. Uygulamada dernek cezaları (Vereinsstrafen) denilen bu para cezaları, nitelik olarak ceza koşuludurlar¹⁶³.

Aile Hukuku bakımından, kanaatimizce kişilik haklarının ihlali sonucuna yol açabileceği gerekçesiyle, nişanlanma veya evlenme sözleşmelerinde ceza koşuluna yer verilmesi mümkün değildir. Bu konuda, nişanlanma bakımından, 743 sayılı Medeni Kanun döneminde, Kanun'un 83'üncü maddesinde, "*Kanun, imtina eden nişanlıyı evlenmeye icbar için sava hakkı vermez ve evlenmekten imtina halinde tazminat*

¹⁶¹ Murat Arapgirli, "İhale Hukukunda Gecikme Cezası", **THD**, C. 8, S. 83, Temmuz 2013, ss. 89-90, 93.

¹⁶² Kale, s. 90.

¹⁶³ Schoch, s. 92 vd.; Becker, m. 160, kn. 2; von Büren, s. 408, dn. 220; Keller ve Schöbi, s. 91; von Tuhr ve Escher, s. 278; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 1; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 20; BGE 80 II 123, Er. 3.b., ss. 132-133, (relevancy.bger.ch, E.T.: 17.9.2018); BGer, 14.5.2015, 5A_787/2014, Er. 5.3, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 17.9.2018); Hrubesch-Millauer ve Thommen, s. 850; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 48.

verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir.” şeklinde bir düzenleme mevcuttu¹⁶⁴. 743 sayılı Medeni Kanun’un 83. maddesinin 14.11.1990 tarihli 3678 sayılı Kanun’un ikinci maddesi ile değişikliğinden önceki hali bu şekildeydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “cezaî şart” terimi tercih edilirken; aynı kurumun 743 sayılı Medeni Kanunu’nda “tazminat verilmesi şartı” şeklinde farklı bir terimle ifade edilmesi yerinde değildi¹⁶⁵. Daha sonra, ilgili hüküm, 14.11.1990 tarihli 3678 sayılı Kanunla yeniden düzenlenip şu hale getirildi: “*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezaî şart dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.*” ve ceza koşulunu ifade etmek üzere, “ceza şartı” terimine yer verildi¹⁶⁶. Bu terim görüldüğü üzere, 4721 sayılı Medeni Kanunu’nun 119’uncu maddesinde de aynen kullanılmış oldu ve bu maddede “*Nişanlılık evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.*” şeklinde hüküm getirildi. Hükümden de anlaşılacağı üzere, kanunkoyucu, nişandan caymayı zorlaştırmamak ve nişanlıyı evlenme sözleşmesi yapmaya zorlamamak için, taraflar arasında yapılan ve evlenmeden kaçınma durumunda ödeneceği kararlaştırılan cayma parası veya ceza koşulu içeren sözleşmelerden doğan borçları *eksik borç* olarak kabul etmiştir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Bu tür sözleşmelerin geçerli olmadığı yönünde bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Cüz 1**, 4. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1960, s. 20; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, **Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, (Aile), ss. 52-53; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55. Roma Hukuku’nda da ahlaka aykırı olması sebebiyle evlenmeye veya boşanmaya ilişkin ceza koşullarının geçersiz olacağı yönünde bkz. Erdoğan, s. 68, dn. 123; Dinçer Araz, s. 216 vd.

¹⁶⁵ Bu yönde eleştiri için bkz. Arsebük, Cezai Şart, s. 987, dn. 1.

¹⁶⁶ Bu düzenlemeyle açık şekilde eksik borç olduğu hükme bağlandı. Bu değişikliğin yerinde olmadığına ilişkin bkz. Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, ss. 65-66, dn. 177; Etem Saba Özmen, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, **TBBD**, Y.1995, S. 4, s. 528. Değişikliğin yerinde olduğuna ilişkin bkz. Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 2000, s. 692.

¹⁶⁷ Nihat Yavuz, **Uygulamada Nişan Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 52; Nevzat Koç, **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002, s. 59; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, (Aile), s. 21; B. Öztan, s. 65; E. S. Özmen, s. 565 vd.; İnan ve Yücel, s. 567; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 838; Akıntürk ve Karaman, ss. 163-164; Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu. “Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez” **TMK m. 119/f. 2 Üzerine Bir Değerlendirme**, **HHFD**, C. 7, S. 1, Haziran 2017, s. 223. Ancak buradaki ödemenin iade edilemeyeceği şeklindeki düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku)**, Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, (Aile Hukuku), ss. 19-20; B. Öztan, s. 66.

Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, 119'uncu maddenin varlığına gerek yoktur. Çünkü bu tür cezaların, tarafların üzerinde baskı yaratması ve evlenme serbestisi prensibine aykırı olarak evlenme kararına etki etmesi nedeniyle, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık söz konusu olacağı (TMK m. 23/II, TBK m. 27) için böyle bir kararlaştırma geçersiz sayılabilir¹⁶⁸. Hatta Türk Borçlar Kanunu'nun 81'inci maddesi çerçevesinde; ödenen cezanın iadesi konusunda bir yasak olduğu da göz önünde tutulabilir¹⁶⁹. Ancak, kanunkoyucunun özellikle evlenme iradesinin hiçbir baskıdan etkilenmeden oluşması gerektiği yönündeki düşünceye vurgu yapmak amacıyla 119'uncu maddeyi düzenlemek ve böylece bu hükmü muhafaza etmek istediği kabul edilse bile, bu kez, en azından böyle bir anlaşmanın geçersiz olduğunu ve ayrıca ifa edilen ceza koşulunun geri istenemeyeceğini belirtmesi yerinde olurdu. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nun 91'nci maddesindeki bizdekine benzer olan hüküm de 26.6.1998'de iptal edilmiştir. Bu iptale karşın, İsviçre Hukuku doktrinde, bu iptalin varılan sonucu değiştirmeyeceği, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla evlenme yükümlülüğü getirilemeyeceği ve böyle bir kararlaştırılmanın varlığında ceza koşulunun hükümsüz olacağı ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Miras hukuku bakımından, ifade edilmeli ki, hem İsviçre hem de Türk Hukuku bakımından doktrinde, ceza koşulunun sağlararası bir işlemle düzenlenmesi gerektiği, dolayısıyla, ölüme bağlı tasarruflarla ceza koşulunun belirlenmesinin söz konusu

¹⁶⁸ Geçersiz olduğu yönünde görüş için bkz. Ernst Götz, **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung, (Artikel 90-136 ZGB)**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1964, Art. 91, s. 29, kn. 7; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo Jungo, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, Schulthess, 2009, s. 192, kn. 11; Andreas Kletečka, **Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht**, 13. Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, s. 447; Bucher, s. 522, dn. 5; Schwenzer, kn. 71.04; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5; Bruno Huwiler, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, m. 90, kn. 63-65; B. Öztan, s. 65; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, M. Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 26; E. S. Özmen, s. 528. Aksi görüş için bkz. Numan Tekeliođlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", **YBHD**, Y.2, S. 2017/2, s. 167, dn. 41.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. Kudret Güven, "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme", **BÜHFD**, C. 2, S. 2, Temmuz 2016, II. 1. A. e., (<https://jurix.com.tr/article/5397>, E.T.: 18.10.2018). Aksi görüş için bkz. Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s. 692.

¹⁷⁰ Huwiler, BSK, m. 90, kn. 63-65; Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina E. Aebi-Müller, **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 5. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014, kn. 04.19.

olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁷¹. Doktrindeki ağırlıklı bu görüş, gerekçesini net olarak pek de açıkça ortaya koymuş değildir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların konusunu miras hukukuna ilişkin olmayan ölüme bağlı tasarruflar da oluşturabileceğinden ve bunlar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerli olmayacağından, kanaatimizce, bir borçlar hukuku kurumu olan ceza koşulu kurumunun mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarrufunda ya da bir miras sözleşmesinde yer almasında baştan bir yasak kabul etmek yerinde olmayacaktır¹⁷².

Eşya hukuku bakımından, özellikle kat mülkiyetiyle ilgili olarak, kat maliklerinin düzenleyecekleri yönetim planında, taahhütlerine uygun davranmayan ve özellikle yapılan masraflarda kendine düşen payı ödeme borcunu zamanında ödemeyen malike karşı, ceza koşuluna yer verilebilmektedir¹⁷³.

C. Ticaret Hukukunda

Ticaret hukukunda ticari nitelikteki sözleşmelerde, özellikle ticari işletmenin devri sözleşmesinde, şirket sözleşmelerinde, ceza koşuluna sıklıkla yer verilmektedir. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nda, anonim şirketler bakımından; hem ikincil yükümlülükler hakkında pay sahiplerinin esas sözleşmeyle ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulabileceği (TTK m. 481/II) hem de sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen pay sahipleri açısından esas sözleşmeyle ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulabileceği (TTK m. 482/III; TTK m. 483/I) hakkında hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler, ceza koşulunun ticaret hukuku bakımından en çok karşılaşıldığı yerlerden birinin şirket sözleşmeleri olduğunu teyit etmektedir.

Ayrıca, Ticaret Hukuku alanında, ceza koşuluna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen hükümlerden ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili hükmün uygulanması kabul edilmeyerek, kanunkoyucu tarafından bir bakıma sınır getirildiği ifade edilmelidir (TTK m. 22).

¹⁷¹ Becker, m. 160, kn. 1; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, ss. 860-861; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Bilge, ss. 44 vd., 47; İnan ve Yücel, s. 565; Feyzioğlu, s. 391; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Hatemi ve Gökyayla, s. 355.

¹⁷² Bu konudaki detaylı bilgi için bkz. "II. Bölüm, I. C. 1. b." başlığı altındaki açıklamalarımız. Hukukumuz bakımından ceza koşulunun vasiyetnameyle belirlenebileceğine ilişkin bir görüş de vardır. Bkz. Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980, dn. 2. Alman Hukukunda aynı yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 1.

¹⁷³ Belen, Cezai Şart, s. 522 vd.

D. İş Hukukunda

İş hukuku alanında da ceza koşuluna sıklıkla yer verildiği görülmektedir. Ceza koşuluna, işçi ile işveren arasındaki bireysel iş sözleşmesinin içinde bir kayıt olarak yer verildiği gibi, işyeri yönetmeliğinde¹⁷⁴ veya toplu iş sözleşmesinde¹⁷⁵ de yer verilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, hizmet sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olacağı ifade edilmiştir (TBK m. 420/I). Daha önce tek taraflı işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olacağıyla ilgili içtihatlar¹⁷⁶, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kanuni düzenlemeye kavuşmuştur¹⁷⁷.

Bu kapsamda söz konusu yasak nedeniyle, işçi aleyhine öngörülen ceza koşulunun geçerli olabilmesi, işveren aleyhine de bir ceza koşulu öngörülmüş olmasına, yani karşılıklı olarak bir ceza koşulunun varlığına bağlıdır. Yargıtay ve doktrinde ceza koşulunda karşılıklılık kavramı, sözleşmenin her iki tarafı için de ceza koşulu öngörülmüş olması ve ceza koşulunun ekonomik karşılığının da her iki taraf için eşit miktarda olması şeklinde açıklanmaktadır¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Becker, m. 160, kn. 4; von Tuhr ve Escher, s. 278; Bucher, s. 524; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 60; Günay, Cezai Şart, s. 93. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 315'inci maddesinde, iç yönetmelik kurallarının işçi bakımından hukuki sonuç doğurabilmesi, bunların işverence, iş sözleşmesinin kurulmasından önce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması koşuluna bağlanmıştır. Bkz. Sarper Süzek, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", **AÜHF Dergisi**, C. 44, S:1, 1995, (İç Yönetmelikler), s. 186.

¹⁷⁵ Reck, s. 93; Yarg. 9. HD., T. 24.4.2000, E. 2000/2120, K. 2000/6029, (Günay, Cezai Şart, s. 94, dn. 306).

¹⁷⁶ Yarg. 9. HD., T. 29.12.1997, E. 1997/18230, K. 1997/22730; Yarg. 9. HD., T. 27.3.2012, E. 2010/3110, K. 2012/10189; Yarg. 9. HD., T. 27.12.2010, E. 2010/37461, K. 2010/40824, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.10.2010).

¹⁷⁷ Yargıtay yeni tarihli bir kararında yerinde olarak, işveren lehine hem haklı hem de geçerli nedenle fesih bakımından ceza koşulu öngörülürken, işçi bakımından sadece haklı fesih halinde öngörülen ceza koşulunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 420'nci maddesine göre geçersiz olacağına hükmetmiştir Yarg. 9. HD., T. 16.2.2017, E. 2015/8121, K. 2017/1993, (www.lebiblyalkin.com.tr, Mevbank, E.T.: 21.12.2018).

¹⁷⁸ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 654; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 190; Sarper Süzek, "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İŞ**, C.6, S.4, 2002, (Fesih), s. 20, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/644.pdf>, E.T.: 1.11.2018); Başak Ozan, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.7, S.25, 2010, s. 149; Murat Demircioğlu, "İş Hukukunda Cezai Şart", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C.1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 164; Ekinci, **İş Hukuku**, s. 40. Ancak Özdemir, buradaki ceza koşulunun karşılıklı olmasının, her iki taraf için karşılıklı şekilde öngörülmesi olarak değil, ceza koşuluyla üstlenilen edimin iş sözleşmesi içinde bir karşılığının bulunması olarak anlaşılmasının doğru olacağını ifade etmiştir. Ayrıca yazara göre bu şekilde bir kabul, eğitim karşılığı öngörülen ceza koşulu için de hukuksal bir zemin oluşturacaktır. Bkz. Erdem

Doktrin ve uygulamaya göre, işçiye verilen eğitim karşılığı olarak ceza koşulu öngörülmesi halinde, ceza koşulunun tek taraflı olması geçersizliğe sebebiyet vermemekte, böyle bir kabul, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki menfaatler dengesine uygun düşmektedir¹⁷⁹. Yine buna ilişkin olarak eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesi durumunda, hâkimin takdir hakkını daha dikkatli kullanması gerektiği, çünkü artık burada bir zarar karşılığı değerden söz edileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, ceza koşulu olarak talep edilebilecek tutar, işveren tarafından ancak fiilen yapılmış masraflar kadar olabilecek, bunun üzerindeki tutar geçerli olmayacaktır¹⁸⁰. Hatta bir görüş, bu indirimden sonra kalan tutarın fahiş olması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin son fıkrasına göre indirim yapmanın mümkün olabileceğini ifade etmiştir¹⁸¹. Kanaatimizce, bu görüşün, zararın karşılanması düşüncesinden hareket ederek, çalışılan süre ile orantılı olarak

Özdemir, "İş Hukukunda Cezai Şart", **AÜEHFD**, C.9, S.3-4, 2005, (İş Hukukunda Cezai Şart), s. 411. Yargıtay da, işveren için kararlaştırılan miktarla sınırlı olarak işçinin taahhüt ettiği ceza koşulunu geçerli olarak kabul etmiştir. Bkz. YHGK, T. 8.6.2011, E. 2011/9-356, K. 2011/388; Yarg. 9. HD., T. 1.2.2011, E. 2010/16335, K. 2011/1775; Yarg. 9. HD., T. 27.12.2010, E. 2010/37461, K. 2010/40824, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.10.2010). Doktrinde, bu durumda ceza koşulunun tamamının geçersiz olacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 654.

¹⁷⁹ Akyiğit, s. 190; Polat Soyer, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", **İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 5, S.3, Nisan 2000, (Hizmet Akdi), s. 363 vd.; Polat Soyer, "Cezai Şart" (Karar İncelemesi), **Çimento İşveren Dergisi**, C.14, S.5, 2000, (Karar İncelemesi), ss. 30-31; Sabahattin Yürekli, "Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart (Karar İncelemesi)", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.2, İstanbul, 2001, ss. 1101-1102; 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, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7218.pdf, E.T.: 14.11.2017), s. 10; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.1, 2005, (Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart), s. 148 vd.; Ozan, s. 151; Ekinci, İş Hukuku, s. 40; Fevzi Demir, "Karar İncelemesi: Temsilcinin Sözleşmenin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart", **Kamu-İş Dergisi**, C. 9, S. 2007/1, s. 51; Mustafa Alp, "Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi", **SİHD**, S.19, Eylül 2010, s. 28; Demircioğlu, s. 165; Şakar, s. 173 vd.; Fehmi Gündüz, "Hizmet Akitlerinde Cezai Şart", **İst.BD**, C. 88, S.2014/3, Mayıs-Haziran 2014, s. 142. Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD., T. 1.2.2011, E. 2010/16335, K. 2011/1175; Yarg. 9. HD., T. 25.2.2010, E. 2008/18992, K. 2010/4977; Yarg. 9. HD., T. 30.6.2011, E. 2009/17330, K. 2011/19554, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Buna karşılık Mollamahmutoğlu, işçinin, işveren tarafından verilen çok özel ve yüksek maliyetli eğitim karşılığı olarak belirli bir süre işyerinde çalışma taahhüdüne aykırı davranması halinde öngörülen ceza koşulunun tek taraflı olması sebebiyle geçersiz olacağını; ancak, eğitimin işyeri dışında verilmesi ya da işyerinde veriliyor olsa dahi eğitim hizmetinin sağlanmasının dışarıdan gerçekleştirilmesi halinde, tek taraflı ceza koşulunun geçerli olacağını ifade etmiştir. Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 653.

¹⁸⁰ E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s. 148; E. Özdemir, İş Hukukunda Cezai Şart, s. 412; Ozan, s. 152; Demircioğlu, s. 166; İlknur Erseven Yıldız, **İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, ss. 178-179; Yarg. 9. HD., T. 30.6.2011, E. 2009/17330, K. 2011/19554, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

¹⁸¹ Erseven Yıldız, s. 179.

kararlaştırılan ceza koşulunda indirimde gidilmesi esasını kabul etmesi yerinde değildir. Çünkü bu ihtimalde, bir ceza koşulunun varlığından söz edilemez. İleride daha detaylı açıklayacağımız üzere, ceza koşulunun talebi, zararın varlığından bağımsızdır. Dolayısıyla, ceza koşulunun bu temel özelliği göz ardı edilmemelidir¹⁸². Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın ve doktrinin yukarıda sözü edilen sınırlamalarıyla, adeta iş hukukuna özğü bir ceza koşulu kavramı oluşturulduğu gözlemlenmektedir¹⁸³.

Bundan başka, Türk Borçlar Kanunu'nun 420'inci maddesinin birinci fıkrasındaki rekabet yasağı sözleşmelerinde öngörülen ceza koşuluna ilişkin hüküm, tek taraflı ceza koşulu getirilememesine ilişkin yasağın uygulanmayacağı bir diğer istisna olarak kabul edilmektedir¹⁸⁴. Hatta böyle bir ceza koşulu, konusu yapmama şeklinde bir edim olan asıl borcun ceza koşuluyla teminat altına alınmasının en belirgin örneğini oluşturmaktadır. Hizmet sözleşmesi dışında da taraflar rekabet yasağı sözleşmesi yapabilme imkânına sahiptirler. Ancak uygulamada hizmet sözleşmesindeki rekabet yasağı sözleşmelerine sıklıkla rastlanılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü ve devamındaki maddeler uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranışta bulunmak suretiyle işverenin zarara uğramasına neden olan işçinin işverenin zararını kural olarak tazminat hukukunun genel prensipleri çerçevesinde tazmin etmesi gerekecektir¹⁸⁵. Bunun sonucu olarak işverenin rekabet yasağına aykırı davranış sonucunda zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmesi gerekir. İşverenin uğramış olduğu zararı ispatlaması büyük zorluk oluşturaçağı için, işverenlerin, çoğunlukla bu tür durumlarda rekabet yasağı sözleşmesini ceza koşulu aracılığıyla güvence altına almaları kendilerinden beklenen bir davranış olacaktır¹⁸⁶.

¹⁸² Aynı yönde bkz. Gülsevil Alpagut, "İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart", **SİHD**, S.18, Aralık 2007, (Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart), s. 19. Nitekim Alman Hukuku'nda da bu tür kayıtlar, ceza koşulundan farklı olarak, "geri ödeme kayıtları" başlığı altında farklı hukuki koşullar altında değerlendirilmektedir. Bkz. Manfred Rehinder, "Die Rückzahlung von Ausbildungskosten", **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, s. 215 vd.

¹⁸³ Aynı yönde bkz. Erdem Özdemir, Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi", **SİHD**, Haziran, 2009, Y.4, S. 14, (Karar İncelemesi), s. 153.

¹⁸⁴ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, (İş Hukuku), ss. 351-352; Alpagut, Cezai Şart, s. 954; Veli Karagöz, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, (İş Sözleşmesi), s. 239 vd.; Ozan, s. 142; F. Gündüz, s. 149.

¹⁸⁵ Santoro, ss. 55-56; Süzek, İş Hukuku, ss. 351-352; Veli Karagöz, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)" **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S.1-2, 2009, (Rekabet Yasağı), s. 211.

¹⁸⁶ Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3787; Süzek, İş Hukuku, ss. 351-352; Karagöz, Rekabet Yasağı, s. 211.

Ceza koşulu iki tarafı gözeterek kararlaştırılmış olsa bile, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan işçinin haklı nedenle feshine ilişkin hükümlerin ceza koşuluyla ortadan kaldırılarak işçinin fesih hakkının engellenmesi mümkün değildir. Buna göre, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ceza koşulu ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır¹⁸⁷. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinde, tarafların, süresinden önce haksız feshini önlemek amacıyla ceza koşulu kararlaştırılabilmektedir. Uygulamada bu tür kayıtlara daha çok nitelikli işçilerle ilgili hizmetlerin ifasını konu edinen iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır¹⁸⁸. Bununla birlikte, sadece işçinin haksız fesihte bulunması hali için kararlaştırılan ceza koşulunun geçersiz olacağı ve işçiye bağlayamayacağı ifade edilmelidir¹⁸⁹.

Doktrinde, haksız feshe ilişkin olarak kararlaştırılan ceza koşulunun geçerliliği, iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olmasına bağlı kılınmış, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından kabul edilmemiştir. Bunun sebebi olarak da, İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin ihbar sürelerine uyularak sona erdirilmesinin zorunlu olması, buna aykırılık halinde de, miktarı Kanun'da açıkça belirtilen ihbar tazminatının gündeme gelecek olması, ihbar tazminatının işçi aleyhine olarak arttırılamaması, ihbar tazminatını aşan miktarda ceza koşulunun kararlaştırılması

¹⁸⁷ Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998, (Belirli), s. 194; Alp, s. 34 vd.; E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, ss. 151-152; E. Özdemir, İş Hukukunda Cezai Şart, ss. 415-416; Olcay Işık, "Türk Bireysel İş Hukukunda İş Akdi İle Öngörülen ve İşçi ile İşvereni Haksız Feshe Karşı Koruyan Cezai Şart Kavramına İlişkin Bir Tespit", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.6, S.21, 2009, ss. 180, 183; Nazlı Bulut, **İş Hukukunda Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 66; Yarg. 9. HD., T. 10.9.1986, E. 6357, K. 7837; Yarg. 9. HD., T. 17.6.1993, E. 654, K. 10541, (Alpagut, Belirli, s. 194, dn. 494); Yarg. 9. HD., T. 26.4.1993, E. 1992/11657, K. 1993/6758, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

¹⁸⁸ Yürekli, s. 1099; Karagöz, İş Sözleşmesi, s. 73 vd.; Ozan, s. 142; Şakar, s. 173; Demircioğlu, s. 167. Ceza koşulu, sadece genel bireysel iş sözleşmeleri için değil; çeşitli iş sözleşmesi türleri bakımından da öngörülmüş olabilir. Bkz. Reck, s. 93.

¹⁸⁹ Akyiğit, s. 190; Yarg. 9. HD., T. 17.11.1992, E. 8777, K. 12603; Yarg. 9. HD., T. 16.9.1994, E. 6706, K. 12103, (Alpagut, Belirli, ss. 197-198, dn. 502). Karşılaştırmak için bkz. Alpagut, Belirli, s. 198. Ancak, Yargıtay istisnai bazı durumlar için, sadece işçi aleyhine kararlaştırılmış olan ceza koşulunun geçerli olduğuna da karar vermiştir. Bkz. Yarg. 9. HD., T. 29.3.2000, E. 2000/507, K. 2000/4100, (Günay, Cezai Şart, ss. 49-50, dn. 184). Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu, s. 653. Soyer de, işçinin belirli süreli hizmet sözleşmesini haklı bir neden olmamasına rağmen feshetmesi halinde ceza koşulu ödeyeceğini öngören sözleşme kayıtlarının tek taraflı düzenlemeler olarak nitelendirilerek geçersiz sayılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Soyer, Hizmet Akdi, s. 366. Sadece işveren aleyhine ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi ancak bunun da işverenin İş Kanunu'nda belirtilen haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldıracak şekilde olmaması, hatta buradaki sınırın, sadece işveren aleyhine öngörülen ceza koşullarının tümü bakımından dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Yarg. 9. HD., T. 6.11.1991, E. 1991/11567, K. 1991/13949, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 7.11.2018).

halinde, ihbar tazminatının arttırılması anlamına geleceği için, ihbar tazminatının dolaylı olarak arttırılmasının önüne geçilmesi gerekçeleri gösterilmiştir¹⁹⁰. Yargıtay ise belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçi lehine ihbar tazminatının üzerinde ceza koşulu kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir¹⁹¹. Yine benzer şekilde Yargıtay, asgari süresi belirtilmiş belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunu da geçerli kabul etmektedir¹⁹². Yargıtay bir kararında da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, karşılıklılık ilkesinin gözetilmesi şartıyla ceza koşulu içeren hükümlerin kural olarak geçerli olduğunu; ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı ceza koşulunun geçerli olması için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir¹⁹³.

VIII. CEZA KOŞULUNUN BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Düzenleme Yeri Açısından Benzer Kurumlar

Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmındaki “Borç İlişkilerinde Özel Durumlar” başlıklı bölümün üçüncü ayrımında ele alınan ceza koşuluyla aynı ayırmada düzenlenmiş bazı benzer kurumlar bulunmaktadır. Bunlar, dönme cezası, bağlanma parası ve cayma parasıdır. Aynı yerde düzenlenme durumu, bu kurumları ceza koşuluna yaklaştırmaktadır. Bu sebeple biz de söz konusu bu kurumları, ceza koşulundan ayırt etmek bakımından aşağıda ayrı başlıklar altında karşılaştırmalı olarak inceleyeceğiz.

¹⁹⁰ Mollamahmutoğlu, s. 654; Demircioğlu, ss. 162-163; Şakar, s. 174; Sebla Demirtaş, “Cezai Şart”, **İst.BD**, C.84, S.2010/2, Mart-Nisan 2010, s. 857. Diğer gerekçeler için bkz. Işık, s.179.

¹⁹¹ Yarg. 9. HD., T. 6.11.1991, E. 1991/11567, K. 1991/13949, (Demircioğlu, s. 164, dn. 20). Aksi görüş için bkz. Mollamahmutoğlu, s. 655; Alpagut, Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, ss. 18, 20; Bulut, s. 52.

¹⁹² Yarg. 7. HD, T. 8.9.2014, E. 2014/8096, K. 2014/16394; Yarg. 7. HD, T. 20.11.2014, E. 2014/12841, K. 2014/21287, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 18.02.2016); Yarg. 9. HD., T. 16.2.2017, E. 2015/8121, K. 2017/1993, (www.lebibyalkin.com.tr, Mevbank, E.T.: 21.12.2018).

¹⁹³ YHGK, T. 1.3.2017, E. 2015/989, K. 2017/386, (www.lebibyalkin.com.tr, Mevbank, E.T.: 21.12.2018).

1. Dönme Cezası

Dönme cezası, doktrinde kimi yazarlarca ceza koşulunun üçüncü bir türü olarak sayılsa da, bizce, birazdan açıklayacağımız sebeplerle, bu kurumu ceza koşulunun bir türü olarak saymaya olanak yoktur. Kabulümüz çerçevesinde dönme cezasını, benzer kurumlar başlığı altında açıklamayı uygun görüyoruz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçlu, hukuki işlemde kararlaştırılan tutarı ödeyerek sözleşmedeki asıl borcundan kurtuluyorsa, bu, “*dönme (fesih) cezası (Wandelpön)*”¹⁹⁴ adını alır. Bu tür ceza koşulunu ifade etmek için, doktrinde başkaca terimler de kullanılmaktadır. Bu terimler; “*ifayı engelleyen ceza koşulu*” (*Exklusivkonventionalstrafe*)¹⁹⁵, “*inhisarcı/inhisari cezai şart (ceza koşulu)/bertaraf edici cezai şart (ceza koşulu)*”¹⁹⁶, “*ifa yerine cezai şart (ceza koşulu)*”¹⁹⁷, “*dönme tazminatı*”¹⁹⁸ ve “*kurtulma (dönme veya cayma) parası (akçesi)*”¹⁹⁹ şeklindedir. Biz bundan sonraki açıklamalarımızda, bu kurumu ceza koşulunun bir türü olarak saymadığımız için, içinde ceza koşulu ifadesine yer vermeyen “*dönme cezası*” terimini tercih edeceğiz²⁰⁰.

¹⁹⁴ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 530; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 352 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 725; A. Arkan, s. 13; Belen, Cezai Şart, s. 519; Tutar, Dönme Cezası, s. 4 vd. Dönme cezası terimi yerine ifayı engelleyen ceza koşulu teriminin kullanılmasının sakıncaları açısından bkz. Feyzioğlu, s. 395. İsviçre Hukukunda “*Wandelpön*” terimini tercih edenler için bkz. von Tuhr ve Escher, s. 283; Becker, m. 160, kn. 36; von Büren, s. 410; Keller ve Schöbi, s. 95; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3810; Bucher, s. 529; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 4; Bentele, s. 21; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25; Huguenin, kn. 1229; Berger, kn. 1801 vd.; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 6, m. 160, kn. 44 vd.; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 18; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 16.

¹⁹⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47; Eren, Genel Hükümler, s. 1210 vd.; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 144. “*Exklusivkonventionalstrafe*” terimi için bkz. Bucher, s. 529; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 4; Huguenin, kn. 1229; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 18.

¹⁹⁶ Bilge, s. 105. İnhisari ceza koşulu ile dönme tazminatının (ifayı engelleyen ceza koşulunun) aynı anlamda olmadığına ilişkin bkz. Mehmet Erdem, “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 663-684, (Dönme Tazminatı), s. 680; 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, Y.2016, (Dönme Cezası), s. 251, dn. 10.

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 800 vd.; Ancak bu terimin, seçimlik ceza koşulu için kullanıldığı yönünde haklı eleştiriler için bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 527 vd.

¹⁹⁸ Erdem, Dönme Tazminatı, s. 679 vd.

¹⁹⁹ Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, ss. 388-389. Benzer şekilde “*cayma cezası (dönmeye ilişkin cezai şart)*” ifadesi için bkz. Turgut Uygur, s. 4322 vd., “*dönme akçası*” ifadesi için bkz. Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007, (Sözleşmeden Dönme), ss. 221-228.

²⁰⁰ İfade edilmeli ki, taraflar arasında, belli bir miktar ödeyerek sürekli bir borç ilişkisini sona erdirmeye hakkı kararlaştırılmışsa, dönme cezası, fesih cezası olarak nitelendirilecektir. Örneğin, belirli süreli

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Hükümden anlaşıldığı üzere, taraflar arasında bu konuda bir uyuşmazlık olduğunda, borçlu, kararlaştırılan tutarı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının olduğunu iddia ediyorsa, ispat yükü de kendisinde olacaktır²⁰¹. Bunun ispatlanamaması durumunda, alacaklı lehine karar verilmesi, yani, ihlalin niteliğine göre Kanun'daki karineler çerçevesinde, seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulunun bulunduğu kabul edilmesi gereklidir²⁰². Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre kararlaştırılan miktar karineten, dönme cezası olarak değil, seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmiştir.

Dönme cezası, sözleşmeden keyfi olarak dönülmesi durumunda söz konusu olur²⁰³. Borçlunun Kanun'un verdiği hakka dayanarak sözleşmeden dönmesi halinde ceza koşulu söz konusu olmaz. Örneğin borçlunun Türk Borçlar Kanunu'nun 123 ile 125'inci maddeleri arasındaki hükümlere göre sözleşmeden dönmesi halinde, dönme cezası kararlaştırılmış olsa bile, bunun ödenmesi gerekmez sözleşmeden dönmesi mümkündür²⁰⁴.

Dönme cezasında, sadece dönme bildiriminde bulunulması sözleşme ilişkisinin ortadan kaldırılması için yeterli değildir, ayrıca söz konusu miktarın ödenmiş veya en

ipoteekli kredi sözleşmeleri, fesih cezasının uygulama bulduğu alanlardan biridir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 27.

²⁰¹ Schoch, s. 4; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3812; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 26; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 48; Bucher, s. 530; Bilge, s. 106; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; İnan ve Yücel, s. 568.

²⁰² Bilge, s. 106; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 149-150.

²⁰³ Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak hiçbir şekle bağlı olmayan ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Yazılı veya sözlü beyanda bulunulabileceği gibi, iradeyi belirten fiiller de dönme beyanının yerine geçecektir. Bkz. Berger, kn. 1803; Erdem, Dönme Tazminatı, ss. 681-682. Yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olan dönme beyanı, bir defa kullanıldıktan sonra geri alınamayacaktır. Bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, (Yenilik Doğuran Haklar), s. 452 vd.; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 682. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun önerinin ve kabulün geri alınmasına ilişkin 10'uncu maddesinin kıyasen uygulanması neticesinde, dönme beyanının geri alındığına ilişkin beyan, dönme beyanından önce veya aynı anda muhataba ulaşırsa ya da daha sonra ulaşmakla birlikte muhatap geri alındığına ilişkin beyanı daha önce öğrenmiş olursa geri alma geçerli kabul edilmelidir. Bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 452; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 682.

²⁰⁴ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; A. Arkan, s. 14; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 681; Öktem Çevik, s. 106; Yarg. 9. HD., T. 10.9.1986, E. 1986/6357, K. 1986/7837, (Uçar, s. 36).

azından ödenmesi teklif edilmiş olmalıdır²⁰⁵. Borçlunun cezayı ödeyerek sözleşmeden dönmeye yönelik beyanını ne zamana kadar kullanabileceği ve kullanması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, dönme cezasında borçlu her zaman sözleşmeden dönebilir; sözleşmenin ifasına kadar dönülebileceği kuralı, cayma parası bakımından söz konusudur²⁰⁶. Diğer bir görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkının ne zamana kadar kullanılabileceği konusunda taraflar bir süre belirlemiş olabilirler; böyle bir belirleme yoksa sözleşmeden dönme imkânı, en geç sözleşmenin ifasına başlanmasına kadar olacaktır; cayma parası ile dönme cezası arasında böyle bir ayırım yapılması haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır²⁰⁷. Doktrindeki başka bir görüş ise, alacaklının talebine rağmen borçlunun susması ve borcunu da ifa etmemesi halinde, borçlunun sözleşmeden döndüğünün kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁰⁸. İsviçre hukukunda kabul edilen bir görüşe göre ise, borçlu, dönme beyanını en kısa sürede açıklamalıdır; bunu yapmazsa, bu hakkından vazgeçtiği kabul edilir ve borcunu ifa etmemiş kabul edilir. Bu durumda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesinin birinci fıkrası (TBK m. 179/I) uygulama alanı bulur ve alacaklı ya asıl borcun ifasını ya da ceza koşulunun ifasını talep edebilir²⁰⁹.

Dönme cezasında borçlunun kanunen belirtilmiş seçimlik bir hakkının bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, borçlu dilerse ifayı yerine getirerek sözleşmeyi ayakta tutabilir, dilerse dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Ancak burada seçimlik bir borç söz konusu değildir²¹⁰. Çünkü seçimlik borçlarda, borçlu,

²⁰⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 352-353; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Belen, Cezai Şart, s. 519; Öktem Çevik, s. 106. Dönme beyanında bulunulmasının, dönmenin hükümlerini gerçekleştirmesi için yeterli olduğu yönünde bkz. Erdem, Dönme Tazminatı, s. 683. Yücel, dönme cezasının ifaya eklenen veya seçimlik ceza koşulundan farklı olarak, daha sözleşme yapıldığında ödendiği görüşündedir. Hatta yazar, dönme cezasının da indirilmesinin mümkün olduğu görüşünde olup, dönme cezasının baştan ödenmiş olmasının indirime engel olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Özge Yücel, "Fahiş Cezai Şartın Tenkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. 3, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 2950. Bize göre, sözleşme yapıldığında tutarın baştan ödenmesi cayma parasında söz konusu olan bir özelliktir. Bu sebeple yazarın görüşüne katılamıyoruz.

²⁰⁶ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 542.

²⁰⁷ Erdem, Dönme Tazminatı, s. 681. Nitekim Erdem'e göre, dönme cezası, cayma parasının başka bir görünüm şekli olup, hukuki nitelik olarak ondan pek farklı bir kurum değildir; ikisi arasındaki tek fark, cayma parası sözleşme kurulurken diğer tarafa peşin olarak verilirken, dönme cezasının sözleşmeden dönülmesi halinde ödenmek üzere taahhüt edilmesidir. Bkz. Erdem, Dönme Tazminatı, s. 679.

²⁰⁸ Bilge, s. 87.

²⁰⁹ von Tuhr ve Escher, s. 283, dn. 47; Bentele, s. 23; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 16.

²¹⁰ Seçimlik borç olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Schoch, s. 4; Bilge, s. 107; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 725-726; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumahoğlu, s. 388. Seçimlik yetki

seçim beyanında bulunmadığı veya edimlerden birini ifa etmediğı takdirde, alacaklı seçimlik bir dava (HMK m. 112) açmak zorunda olacak ve bizzat kendisi seçim yapamayacak olup²¹¹, dönme cezasında ise alacaklının açacağı dava seçimlik dava olmayacaktır.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, dönme cezasının, her ne kadar ceza koşulu ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiş olsa da bir ceza koşulu olmadığı ifade edilmelidir²¹². Çünkü dönme cezası ile seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulu arasındaki farklılıklar azımsanmayacak derecededir. Şöyle ki, seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulu, borçlunun borcunu ihlal etmesini ararken, dönme cezası, borcun ihlal edilmesi şartı aranmaksızın, belirli bir miktarın ödenmesi koşuluyla borçluya sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı verir. Bu sebeple, seçimlik/ifaya eklenen ceza koşulu, alacaklı yararına iken; dönme cezası, borçlu yararına konulmuş bir kayıt olarak nitelendirilebilir²¹³. Ayrıca, dönme cezasında borçlu, borca aykırı davranışı olmasa dahi, cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Bu sebeple, dönme cezası, ceza koşulundan farklı olarak, ifayı teminatla kuvvetlendirmez, aksine onu zayıflatır²¹⁴. Dolayısıyla dönme cezasının, borçlunun durumunu daha elverişli hale getirmesi ve onun üzerinde ifaya yönelik manevi baskı yaratmaması gerekçeleriyle,

olduğuna ilişkin görüş için bkz. Serozan, İfa, s. 91, kn. 23; seçimlik yetkiye benzediğine ilişkin görüş için bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1376.

²¹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 988; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 352, 815.

²¹² Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3810; von Büren, s. 410; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 46; Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 530; A. Arkan, s. 13; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 154; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 388; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 725-726; Belen, Cezai Şart, s. 519; Öktem Çevik, s. 105; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1376; Kapancı, Dönme Cezası, ss. 249-251; Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 169; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 663, dn. 6. Dönme cezasının, Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinin ikinci fıkrası anlamında cayma tazminatı (parası) olduğuna ilişkin görüş için bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1376. Dönme cezasının ceza koşulunun üçüncü bir türü olduğuna ilişkin aksi görüş için bkz. Tutar, Dönme Cezası, ss. 28, 35, 61 vd.; Tutar, Cezai Şart, s. 3.

²¹³ Keller ve Schöbi, s. 95; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25; Feyzioğlu, s. 396; Ünal, s. 169. Hatta Ünal, diğer ceza koşulu türlerinin kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olabileceğini; ancak dönme cezasının, bu ayırt edici özellikleri sebebiyle hiçbir zaman kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Ünal, s. 169.

²¹⁴ Becker, m. 160, kn. 35; Oser ve Schönenberger, s. 705, kn. 7; Schoch, s. 5; Keller ve Schöbi, s. 95; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 4; Bentele, ss. 21-22; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 6; Bilge, s. 105; Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; A. Arkan, ss. 13-14; Akıntürk ve Karaman, s. 166; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 679; Öktem Çevik, s. 105; Tutar, Dönme Cezası, s. 63.

kendisine uygulamada nadir olarak başvurulması sonucunu doğurmuştur²¹⁵. Dönme cezasının ceza koşulundan bir diğer farkı da, seçimlik ceza koşulu türü bakımından kendisini gösterir. Seçimlik ceza koşulunda, asıl borcun ifası ya da ceza koşulunun ifa edilmesi konusundaki seçim hakkı alacaklıya tanındığı halde; dönme cezasında seçim hakkı borçluya tanınmıştır. Buna göre borçlu, ya asıl borcu ifa ederek borcundan kurtulacak ya da kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden kurtulabilecektir²¹⁶.

Dönme cezasının, ceza koşulu olmamasının bazı sonuçları vardır. Bunlardan biri, dönme cezasında, borçlunun sözleşmeden dönmesi halinde alacaklı, sadece sözleşmede belirtilen ceza miktarını alabilecek; zararı daha fazla olsa dahi, bunu tazmin ettiremeyecektir²¹⁷. Çünkü dönme cezasının amacı, ceza koşulundan farklı olarak, kararlaştırılan cezanın ödenmesiyle borçluya ifadan kaçınma imkânı vererek onun durumunu kuvvetlendirmektir²¹⁸; dolayısıyla, borçludan daha yüksek bir tazminat istenmesi halinde bu amaç zedelenecektir. Kanunkoyucunun, aşağıda değineceğimiz üzere, rekabet yasağına ilişkin olarak kararlaştırılmış dönme cezasında aşan zararın tazmin edilmesinin mümkün olduğunu benimseyerek (TBK m. 446/II), bu kabulden ayrıldığı görülmektedir²¹⁹: “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak işçi bu miktarı aşan zararı

²¹⁵ Oser ve Schönerberger, s. 705, kn. 7; Schoch, s. 5; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 47.

²¹⁶ Ayrıca dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisinin alacaklıya da tanınabileceği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 145-146; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 679.

²¹⁷ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3815, dn. 50; Funk, s. 231; Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 535; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 359; Feyzioğlu, ss. 396, 401, dn. 137; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 47, 121; Turgut Uygur, s. 4259; Demirtaş, s. 856; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, ss. 388-389; M. Ayan, s. 82; A. Arkan, s. 18; Alpagut, Cezai Şart, ss. 952-953; Karagöz, Rekabet Yasağı, s. 212; Hatemi ve Gökyayla, s. 358; Gökçeoğlu, s. 55; Hüseyin Ekinci, “Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi”, AD, Y.93, S.10, Ocak 2002, (Zarar İlişkisi), s. 101; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 683; Tutar, Dönme Cezası, s. 63; Yarg. 15. HD, T. 19.03.1998, E. 1998/684, K. 1998/1085, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016); Yarg. 15. HD., T. 15.11.1990, E. 1771, K. 4823; Yarg. 15. HD., T. 12.11.1990, E. 1727, K. 4686, (Turgut Uygur, s. 4324). Pietruszak da zaten alacaklının aşan bir zararı bulunmayacağı için ilgili hükmün uygulanmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 16. Aksi görüş için bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25. Ehrat ve Widmer, alacaklının varsayımsal olarak bir zararının bulunmayacağını; gerekirse, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 161’inci maddesinin ikinci fıkrasının (TBK m. 180/II) uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25.

²¹⁸ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 6; Reisoğlu, s. 458; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 388.

²¹⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 121; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 311.

gidermek zorundadır.”. Hükümden de anlaşılacağı üzere, zararın dönme cezasını aşması halinde, alacaklı işveren bu miktarı isteme hakkına sahip olacaktır.

Dönme cezasının aşırı olduğu gerekçesi ile indirilmesinin mümkün olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, dönme cezasının aşırı olması halinde, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin son fıkrasının kıyas yoluyla uygulanmasıyla indirilmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir²²⁰. Bize göre de kıyasen uygulamayla indirim mümkün olmamalıdır, başka bir deyişle dönme cezası, aşırı olduğu gerekçesiyle indirilememelidir. Çünkü hukukta, sözleşmeyle bağlılık (ahde vefa), temel bir ilkedir. Asıl olan tarafların bağlı oldukları sözleşmenin gereğini yerine getirmeleridir. Oysaki dönme cezasında, sözleşmenin keyfi olarak ihlal edilmesi neticesine bağlanmış hukuki bir sonuç bulunmaktadır. Ayrıca, herhangi bir neden olmaksızın sözleşmeden dönerek dönme cezasını ödeme yükümlülüğü altına giren de bizzat borçlunun kendisidir. Ahde vefa ilkesine aykırı ancak aralarındaki sözleşmeye uygun olarak, hiçbir haklı neden olmaksızın sözleşmeden dönmeye karar veren borçlu, miktar aşırıysa, böyle bir davranışta bulunmak zorunda değildir; ifası mümkün olan asıl edimi ifa ederek de aşırı miktarı ödemekten kurtulabilir. Dönme cezasının indirilmesi imkânının tanınması yönünde aksi bir kabulde, borçlu bakımından sözleşmeden dönme cazip hale geleceği için, bu durum, dönme cezasının amacına ve yukarıda belirttiğimiz temel ilkeye aykırılık oluşturmaktadır.

Sözleşmede kararlaştırılan edimin ceza koşulu mu, yoksa dönme cezası mı olduğu yönünde tereddüt olduğu takdirde, ceza koşulu lehine yorum yapılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki, “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona*

²²⁰ von Büren, s. 411; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3824; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25, m. 158, kn. 14; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 46; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 16; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 532; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öktem Çevik, s. 106; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 684; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 389; Kapancı, Dönme Cezası, s. 260. Dönme cezasını ceza koşulunun bir türü olduğu gerekçesiyle indirimin mümkün olabileceği yönünde aksi görüş için bkz. Bentele, s. 22; Alfred Koller, “Reugelder bei Grundstückkaufverträgen”, **ZBJV**, 145/2009, ss. 73-82, (Reugeld), s. 82, dn. 17; Funk, s. 230; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; Feyzioğlu, s. 396; Günay, Cezai Şart, s. 156; Ömer Çınar, “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.8, S. 16, Güz 2009, ss. 91-115, (Cezai Şartın İndirilmesi), s. 94; Mustafa Kağan İzmirli, **Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 46; Tutar, Dönme Cezası, s. 112. Farklı gerekçelerle aynı kabul için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, ss. 222-228.

erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” şeklindeki hükmü bunu açıkça ifade etmektedir. Bu hükme göre, tarafların sözleşmedeki tutarın dönme cezası olduğu yönündeki iddialarını ispat etmeleri gerekecektir²²¹.

Dönme cezasının özel olarak düzenleme alanı bulduğu bir hüküm, hizmet sözleşmesi kapsamında işçiye getirilen rekabet etmeme borcuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 446’ncı maddesinin ikinci fıkrasıdır²²². Hükme göre, *“Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.”* Burada da dönme cezasıyla ilgili Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm gibi, dönme yetkisi sadece bir tarafa; işçiye verilmiştir. Kanunkoyucu, burada, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla kararlaştırılan tutarı, karine olarak dönme cezası niteliğinde kabul etmiştir. Dolayısıyla söz konusu hüküm ile 179’uncu maddede düzenlenen hüküm arasında, işçi lehine olacak şekilde ispat bakımından bir farklılık bulunduğu görülür: 179’uncu maddeye göre, kararlaştırılan tutarın dönme cezası olduğunu borçlu ispat yükü altındayken; 446’ncı maddeye göre tutarın dönme cezası olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle işçi tutarın dönme cezası olduğunu ispatla yükümlü olmayıp, aksini iddia eden alacaklının yani işverenin ispatlaması gereklidir. Dolayısıyla, işverenin, rekabet yasağına aykırı davranılması halinde; ceza koşuluyla birlikte asıl borcu isteyebilmesi için, bu yönde bir anlaşmanın varlığını ispatlaması gerekecektir. Doktrinde, hizmet sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin dönme cezası hakkında boşluk olan hallerde, Türk Borçlar Kanunu’ndaki ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, özellikle aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün uygulama alanı bulabileceği de ifade edilmektedir²²³.

²²¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 531; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Belen, Cezai Şart, s. 519; Öktem Çevik, ss. 105-106. Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, kurtulma parasının (dönme cezasının) daima sözleşmeyle hedeflenen asıl edimin değerinden daha düşük olması gerektiğini, çünkü buradaki amacın borçlunun sorumluluğunu arttırmak değil; hafifletmek olduğunu; dönme cezasının değerinin asıl edimin değerinden yüksek olması durumunda bunun dönme cezası değil, ceza koşulu olduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 389. Aksi görüş için bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 13.

²²² Bentele, s. 92; Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, (Rekabet), s. 81. Türk Borçlar Kanunu’nun 446’ncı maddesindeki hizmet sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin tutarın borçlu lehine bir pişmanlık akçesi (cayma parası) niteliğinde olduğu yönünde bkz. Birsen, ss. 364-365.

²²³ Schoch, s. 82; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 48; Alpagut, Cezai Şart, s. 952; Koyuncu, ss. 11-112.

Dönme cezasının özel olarak düzenleme alanı bulduğu diğer bir hüküm, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 50'nci maddesinin dokuzuncu fıkrasıdır. Bu düzenlemede, ön ödemeli devre tatil sözleşmelerinde tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu hükme bağlanmıştır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcının talep edebileceği tazminat, sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadardır. İşte burada, kanunkoyucu tarafından üst sınırı belirlenmiş bir dönme cezası vardır. Doktrinde, buradaki tutarın ceza koşulu (cezai şart) olduğunu ifade eden bir görüş de bulunmaktadır²²⁴. Ancak biz, buradaki tutarı dönme cezası olarak kabul ettiğimiz ve dönme cezasını da ceza koşulunun üçüncü bir türü olarak kabul etmediğimiz için, bir üst terim olarak ceza koşulunun kullanılmasını uygun bulmuyoruz.

2. Bağlanma Parası

Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinde düzenlenen bağlanma parası, 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki deyişimiyle "*pey akçesi*", sözleşme görüşmelerinin bittiği ve sözleşmenin kurulduğuna kanıt olarak, bir tarafın diğer tarafa sözleşme kurulurken verdiği bir miktar paradır. İlgili düzenlemenin ikinci fıkrasında, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parasının asıl alacaktan düşüleceği belirtilmiştir. Buna göre kanunkoyucunun; bağlanma parasının asıl alacaktan mahsup edilmesi yönündeki genel kabulüyle, *adi bir karine* getirdiği görülmektedir.

Bağlanma parası iki amaca hizmet eder: Birincisi, *sözleşmenin yapıldığına kanıt oluşturmak*, diğeri de *kısmi ifa* amacıdır. Ancak ifade edelim ki, bağlanma parasının kısmi ifadan ziyade kanıt oluşturma amacı ön plandadır. Bağlanma parası aynı zamanda, *sözleşmenin ifasını veya tazminatın elde edilmesini de kolaylaştırmaktadır*²²⁵. Bağlanma parasının bu amaçlarına bakıldığında, ceza koşulu ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bağlanma parası da ceza koşulu da, sözleşmeyi

²²⁴ Ömer Çınar, **Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, m. 50/Çınar Şerhi, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Milli Şerh), ss. 831-832.

²²⁵ Bucher, ss. 515-516; Nisim Franko, "Pey Akçesinin Mahiyeti", **İÜHFİM**, Y.1996, C. 55, S. 1-2, ss. 257-258; Andreas Furrer ve Markus Müller Chen, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess, Zürich, 2008, s. 567, kn. 79; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 2; Pellanda, HandK., m. 158, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 33; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 901; Öktem Çevik, s. 110; Hatemi ve Gökyayla, s. 361; B. Yağcıoğlu, ss. 1215-1216.

güçlendirmek, borcun ifasını sağlamak, ödenmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağının hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmak amacıyla borçlunun alacaklıya birtakım garantiler sağlamasına yarayan teminat araçlarıdır²²⁶. Hem bağlanma parası hem de ceza koşulu, herhangi bir hukuki işlem için kararlaştırılabilir. Her ikisinde de ifası gereken bir asıl borç bulunmaktadır. Dolayısıyla hem bağlanma parası hem de ceza koşulu, asıl borç ilişkisine bağlı, fer'i özelliğe sahiptir²²⁷.

Bağlanma parası ile ceza koşulu, aralarındaki benzerliklere rağmen, aslında önemli farklılıkları bulunan kurumlardır. Öncelikle, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen paranın karineten bağlanma parası olduğu kabul edilir²²⁸. Dolayısıyla, bağlanma parası, sözleşme yapılırken borçlu tarafından alacaklıya peşin olarak verildiği halde; ceza koşulu, sadece taahhüt edilir²²⁹; ifası da ancak sözleşme kurulduktan sonra, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında gerçekleşir²³⁰. Sonrasında, bağlanma parasının sadece para olabileceği görüşü kabul edildiğinde, ceza koşulunun mali bir değer taşıyan her türlü edim olabilmesi bakımından da bağlanma parasından farklılık taşıdığı söylenebilir²³¹.

3. Cayma Parası

Cayma parası, 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki ifadeyle “zaman-ı rücu”, sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan birinin diğerine vermiş olduğu bir paradır. Cayma parasında parayı veren, verdiğini alan tarafa bırakması karşılığında, alan taraf ise aldığının iki katı tutarını ödemesi karşılığında sözleşmeden dönme hakkına sahip

²²⁶ B. Yağcıoğlu, s. 1251.

²²⁷ YHGK, T. 20.5.1964, E. 1963/751, K. 1964/388, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 26.11.2016).

²²⁸ Öncelikle örf ve âdete bakılacağı, örf ve adetten de verilen paranın neyi ifade ettiği çıkarılamıyorsa, Türk Borçlar Kanunu’nun 177’nci maddesinin birinci fıkrasındaki “*bağlanma parası karinesi*”ne başvurulacağı yönünde bkz. İnan ve Yücel, ss. 561-562.

²²⁹ Keller ve Schöbi, s. 96; Gil Scheitlin, **Fälle zum Obligationenrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, (Hrsg. Claire Huguenin ve Basil Hotz), Schulthess Verlag, 2014, s. 114; Eren, Genel Hükümler, s. 1215; B. Yağcıoğlu, s. 1252; YHGK, T. 20.5.1964, E. 1963/751, K. 1964/388, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Bağlanma parası (arra conformatoria) ile ceza koşulu arasındaki farklılığın Roma Hukuku’nda da kabul edildiği yönünde bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), s. 373; Umur, Lügat, s. 26; Umur, Ders Notları, s. 314; Kaynak, ss. 249-250; Duygu Tahan, “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 2017, s. 217; Dinçer Araz, s. 80.

²³⁰ Scheitlin, s. 114; Bilge, s. 53; Tiryaki, s. 55; İnan ve Yücel, s. 567; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 713-714; B. Yağcıoğlu, s. 1252.

²³¹ B. Yağcıoğlu, s. 1252.

olur (TBK m. 178). Doktrinde cayma parası, “cayma akçesi” veya “pişmanlık akçesi” olarak da adlandırılmıştır.

Doktrinde cayma parası daha çok, sözleşmeden cayılması durumunda bir miktar paranın ödenmesi özelliği sebebiyle, ceza koşulunun bir türü olarak kabul etmediğimiz dönme cezasıyla kıyaslanmaktadır²³². Şöyle ki hem cayma parasında hem de dönme cezasında, kanunun verdiği yetki çerçevesinde dönme hakkının kullanılmış olması halinde, dönme cezası veya cayma parası etkisini kaybeder. Bu durumda dönme cezası ödenmezken; cayma parasının da iadesi gerekir²³³. Ayrıca cayma parası da dönme cezası da borçluya sözleşmeden dönüp dönmeme konusunda bir seçim hakkı verir²³⁴. Hatta bu hakkın kullanılmasında haklı bir nedene de ihtiyaç yoktur. Böylece, her iki kurumun da borçlunun durumunu hafiflettiği, borçluya bir rahatlık sağladığı söylenebilir. Çünkü ikisinde de borçlu tek yanlı olarak asıl edimi ifa etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedir²³⁵.

Dönme cezasının cayma parasından farklı özellikleri ise şöyledir: Cayma parası, sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa verilirken; dönme cezası, o esnada sadece taahhüt edilir²³⁶. Dolayısıyla cayma parasının sözleşmenin kurulması sırasında verilmesi, asıl edimin artık ifa edilmeyeceği anlamı taşımazken; dönme cezasının dönme hakkının kullanılması durumunda ödenmesi, artık asıl edimin ifa edilmeyeceğini kesin olarak ortaya koymaktadır²³⁷. Ayrıca cayma parasında parayı

²³² Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 4; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 18; B. Yağcıoğlu, ss. 1252-1253.

²³³ Erdem, Dönme Tazminatı, s. 681; B. Yağcıoğlu, s. 1253.

²³⁴ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25; m. 158, kn. 2; Frédéric Krauskopf, **Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts**, (Hrsg. Peter Gauch, Victor Aeppli, Hubert Stöckli), 7. nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich, 2009, m.158, kn. 2; Erdem, Dönme Tazminatı, ss. 680-681.

²³⁵ Keller ve Schöbi, s. 95; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 25; Pellanda, HandK., m. 158, kn. 3, m. 160, kn. 6; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 726.

²³⁶ von Tuhr, (çev. Cevat Edege), s. 775; Keller ve Schöbi, s. 97; Becker, m. 158, kn. 9; von Tuhr ve Escher, s. 288; Bucher, s. 518; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3811, 3868; Huguenin, kn. 1203; von Büren, s. 411; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 14; Schoch, s. 5; Furrer ve Müller Chen, s. 567, kn. 80; Pietruszak, KurzK., m. 158, kn. 6; Pellanda, HandK., m. 158, kn. 7; Scheitlin, s. 114; Rıza Düzceer, “Pey Akçesi ve Zımanı Rücu”, **AD**, Y.47, S. 3, Mart 1956, s. 346; Bilge, s. 53; Şinasi Tandoğan, “Pey Akçesi ve Zaman-ı Rücu”, **Ank.BD**, Y.1949, S. 58-59, s. 36; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 32; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; İnan ve Yücel, s. 567; Eren, Genel Hükümler, s. 1217; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 801; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 542; Abdülkerim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 389; Öktem Çevik, s. 110; B. Yağcıoğlu, ss. 1254-1255. Yargıtay da her ne kadar taraflar arasında cayma parasından bahsedilmiş olsa da henüz ödenmemiş bir miktarsa, bunun ceza koşulu (dönme cezası) niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bkz. Yarg. 12. HD., T. 20.12.2005, E. 2005/22379, K. 2005/25546, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

²³⁷ Becker, m. 158, kn. 9; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; B. Yağcıoğlu, s. 1255.

alan iki katı tutarında parayı ödeyerek sözleşmeden dönebilirken, böyle bir olanak kural olarak, dönme cezası alacaklısına tanınmamıştır²³⁸. Yine dönme cezası kararlaştırıldığında, borçlu kural olarak her zaman bu tutarı ödeyerek sözleşmeden dönebilirken; cayma parasında sözleşmeden dönme, en geç asıl borcun ifa edilmesi zamanına kadar mümkün olabilir²³⁹.

Cayma parası, asıl inceleme konumuz olan ceza koşuluyla da belli açılardan benzerlik gösterir. Şöyle ki, her ikisinde de ifası gereken bir asıl borç ve bu asıl borca bağlı bulunan bir fer'i (yan) borç bulunması gerekir. Bu yan borç, birinde cayma parası iken, diğerinde ceza koşuludur. Ayrıca her iki kurumda da amaç bir teminat oluşturmaktır. Teminat amacı, borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağının hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmakla gerçekleşmiş olur. Cayma parası da, bağlanma parasında olduğu gibi, kural olarak asıl edimin değerinden daha düşüktür. Ceza koşulu da, kural olarak asıl edimin değerinden daha düşük olarak kararlaştırılmaktadır.

Cayma parasının yukarıdaki benzerliklerine rağmen, ceza koşulundan ayrıldığı noktalar da bulunmaktadır. Öncelikle, cayma parası, sözleşme yapılırken verilen bir para olma özelliğiyle ceza koşulundan ayrılmaktadır. Bundan başka cayma parası, sözleşmeden caymayı kolaylaştırdığı için, sözleşmeyle bağlılığı zayıflatırken, ceza koşulu tarafları ifaya zorlamak ve ifa etmeme halinde alacaklının tazminat alacağını peşin olarak belirlemekle sözleşmenin ifası ve bağlılığı açısından kuvvetlendirilmesini sağlar²⁴⁰. Sonrasında, ceza koşulunda ilgili hükme göre alacaklı, borçlunun kusurunu ispat ettiği takdirde, ceza koşulunu aşan zararının tazminini talep edebilir. Ancak cayma parasında böyle bir hüküm yoktur; sözleşmeden dönülmesi sebebiyle uğranılan zarar cayma parası miktarını aşsa bile, alacaklının alacağı cayma parasıyla sınırlıdır.

²³⁸ von Tuhr, (çev. Cevat Edege), s. 775; Oser ve Schönerberger, s. 705, kn. 7; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 14; Schoch, s. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3870; Huguenin, kn. 1203; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 32; İnan ve Yücel, s. 567; s. 1217; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 801; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 542; A. Yıldırım, s. 389; Öktem Çevik, s. 110; Adem Özmen, **Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 48; B. Yağcıoğlu, s. 1255.

²³⁹ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 542; Öktem Çevik, s. 111; Kapancı, Dönme Cezası, s. 265; B. Yağcıoğlu, ss. 1255-1256.

²⁴⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 33; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 901; Öktem Çevik, s. 110; Hatemi ve Gökyayla, s. 361; Marc Wolfer, **Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage**, (Dissertation), Dike Verlag Zürich/St. Gallen, 2012, (Reugeld), s. 17, kn. 48. Roma Hukuku'ndaki cayma parasının (*arra poenentialis*) da ceza koşulundan bu açılardan farklı olduğu yönünde bkz. Kaynak, ss. 250-251; Tahan, s. 219; Dinçer Araz, s. 79.

Bununla birlikte cayma parası için de tarafların aşan zararların istenebileceği yönünde bir düzenlemeyi benimsemelerine de engel yoktur; ayrıca sadece cayma parası ile sınırlı tutmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda da alacaklının cayma parası dışında kalan zararlarını tazmin edebileceği kabul edilebilir²⁴¹. Diğer bir farklılık da, cayma parası sözleşmeden dönülmesiyle hüküm doğurduğu halde, ceza koşulu, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde hüküm doğurur²⁴². Son olarak, ceza koşulunun aşırılığı nedeni ile hâkimden indirilmesinin istenebilmesi, hatta hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirebilme yetkisinin bulunmasına rağmen; cayma parasında böyle bir indirim imkânı yoktur²⁴³. Ancak doktrinde bazı yazarlar, aksi görüşte olup hâkimin aşırı ceza koşulunu indireceğine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III; 818 sayılı BK m. 161/III; OR 163/III) kıyas yoluyla cayma parasına da uygulanabileceğini ifade etmişlerdir²⁴⁴. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kanunkoyucu, cayma parasının da ceza koşulu gibi hâkim tarafından indirilebileceğini istemiş olsaydı, onun, bunu hükme bağlaması beklenirdi. Çünkü genel eğilim, hâkime re'sen yetki verilen hususların Kanun'da düzenlenmesi (TBK m. 182/III, TBK m. 617/II; TMK m. 102/IV, TMK m. 169, TMK m. 183, TMK m. 199/III, TMK m. 254/II, TMK m. 254/IV, TMK m. 351/II ve daha birçok düzenlemede olduğu gibi) yönündedir. Bu noktada kanunkoyucunun düzenleme getirmekten kaçınması karşısında, ortada *bilinçli bir boşluk* olduğu da söylenebilir²⁴⁵. Yargıtay da, indirim yapılamayacağı şeklindeki görüşümüzü destekler şekilde, bağlanma parasının, cayma parasının ve ceza koşulunun birbirinden nitelik olarak farklı olduğunu, ilgili hükümlerin de birbirinden tamamıyla ayrı olduğunu kabul ederek, ceza koşulundaki

²⁴¹ B. Yağcıoğlu, ss. 1240, 1256.

²⁴² Hermann Becker, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V, İsviçre BK. 151-183, Türk BK. 149-181**, çev. Osman Tolun, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1973, s. 213; Pellanda, HandK., m. 158, kn. 7; İnan ve Yücel, s. 567; Wolfer, Reugeld, s. 17, kn. 48.

²⁴³ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 11-13; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3867, 3824; Pietruszak, KurzK., m. 158, kn. 6; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142; Öktem Çevik, s. 110; Düzceer, s. 347; Feyzioğlu, s. 381; Eren, Genel Hükümler, s. 1217; A. Yıldırım., s. 380; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 541; M. Ayan, s. 79; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 678; B. Yağcıoğlu, s. 1257.

²⁴⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 353, 341; Nurullah Kunter, "Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart", **Adliye Ceridesi**, Y.31, 1940, s. 973; Reisoğlu, s. 455; Wolfer, Reugeld, s. 88 kn. 272, s. 98 kn. 294; Koller, Reugeld, s. 82, s. 82 dn. 14.

²⁴⁵ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, Ankara, 1993, s. 133; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s. 99; B. Yağcıoğlu, s. 1243.

indirime ilişkin hükmün kıyas yoluyla cayma parası için uygulanmayacağını kabul etmiştir²⁴⁶.

B. Amaç ve İşlevi Açısından Benzer Kurumlar

Öyle kurumlar vardır ki, ceza koşulunun yukarıda belirttiğimiz amaç ve işlevlerinin bazılarını bünyelerinde barındırırlar ve bu özellikleri sebebiyle bunların ceza koşulundan ayırt edilmesi güçlük taşıyabilir. İşte benzer amaç ve işlevlere sahip olarak; gerçek olmayan ceza koşulu, götürü tazminat, cezalandırıcı tazminat ve üçüncü kişinin edimini taahhüt kurumlarını bu başlık altında inceleyeceğiz.

1. Gerçek Olmayan Ceza Koşulu

Doktrinde, bu kurumu ifade etmek için “*bağımsız ceza koşulu (selbständige Strafrevereinbarung)*” veya “*gerçek olmayan ceza koşulu (unechte Konventionalstrafe)*” terimleri tercih edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu, gerçek olmayan ceza koşulunu hükme bağlamamış olup, bu kurum doktrinde açıklanmaya çalışılmaktadır.

Bir kimse, yapmak, vermek ya da kaçınmak şeklinde bir edimi yerine getirmekle yükümlü olmadığı halde, o edimi yerine getirmemesi durumu için bir tutar ödemeyi üstlenmişse, ortada gerçek olmayan bir ceza koşulu vardır²⁴⁷. Aslında gerçek olmayan ceza koşulunda, ceza koşulunun asıl borca bağımlılığı (fer’iliği) ortadan kaldırılmakta, adeta ceza koşulu asıl borçtan soyutlanmaktadır.

Gerçek olmayan ceza koşulunun amaç ve işlevi, özellikle yerine getirilmemesi

²⁴⁶ “...BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamıyla ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz...” YHGK, T. 24.1.1970, E. 1966/4-1348, K. 1970/50, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016); Yarg. 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016).

²⁴⁷ Schoch, s. 11; von Tuhr ve Escher, s. 286; Bucher, s. 525; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3849; Bentele, s. 13; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.3; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 19; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 9; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 17; Beisenkötter, s. 67; Bschorr ve Zanner, s. 18; Matt, s. 53; Hammer, s. 58. Roma Hukukunda da aynı yönde bkz. Knütel, s. 27; Sossna, s. 9; Kaser ve Knütel, s. 201, kn. 11; Becker, m. 160, kn. 8; Honsell, Römisches Recht, s. 95; Söllner, s. 98; Dinçer Araz, s. 79.

halinde yasal olarak yaptırım öngörülmemiş durumlara sözleşmesel bir yaptırım getirmektir²⁴⁸. Örneğin, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı sonucunda asıl borç sona ermekle birlikte, buna rağmen ceza koşulunun ifası öngörülmüşse (TBK m. 182/II), ortada gerçek olmayan ceza koşulu vardır²⁴⁹.

Gerçek olmayan ceza koşulunun yaptırım getirme düşüncesiyle, gerçek ceza koşulundan ayrıldığı söylenebilir. Daha önce incelediğimiz üzere, gerçek ceza koşulunda tazminatın elde edilmesini kolaylaştırma işlevi her zaman ortaya çıkmayabilir, oysaki gerçek olmayan ceza koşulunda bu işlev her zaman ön plandadır²⁵⁰. Ayrıca, gerçek olmayan ceza koşulunda, daha önce var olan bir borcun ifasını teminat altına alma işlevi söz konusu değildir. Burada bağımsız bir taahhütte bulunularak, asıl edimden soyutlanma söz konusudur. Oysaki gerçek ceza koşulu, mutlaka asıl bir edimin varlığını gerekli kılar. Başka bir deyişle gerçek ceza koşulu fer'i bir borçtur²⁵¹. Bununla birlikte gerçek olmayan ceza koşulunun değerini yüksek seviyede tutmak, borçlu üzerinde zorlama ve psikolojik bir baskı oluşturma özelliğini ön plana geçirerek; sanki o davranış taahhüt edilmiş gibi borçluyu bağlayacaktır²⁵². İşte bu gibi hallerde gerçek olmayan ceza koşulu, gerçek ceza koşuluna daha fazla yakınlık gösterecektir.

Gerçek olmayan ceza koşulu hakkında hangi hükümlerin uygulanacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, gerçek olmayan ceza koşulunun, şarta bağlı bir borç olduğunu; şarta bağlı borçlar hakkındaki ve sözleşmesel borçlara ilişkin Borçlar Kanunu'nun genel kısmındaki hükümlerin bunlar hakkında da uygulanabileceğini kabul etmektedir²⁵³. Başka bir görüş ise, gerçek olmayan ceza koşulunun aynı gerçek ceza koşulu gibi şarta bağlı bir borç olduğunu, dolayısıyla bu açıdan ve borçlu üzerinde

²⁴⁸ Ramon Mabillard, "Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe", *AJP*, 2005, s. 550; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.3.

²⁴⁹ Bentele, s. 30; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 80. Bu durumda ceza koşulunun fer'i niteliğinin ortadan kalkacağı yönünde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 9; Oser ve Schönenberger, m. 163, kn. 9; Aksoy, s. 1008. Bununla birlikte ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, özellikle aşırı ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 9; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3848; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 4. Buradaki ceza koşulunun (kanımızca gerçek olmayan ceza koşulunun demek daha doğrudur) garanti işlevinin bulunduğuna ilişkin bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Bucher, s. 527. Burada borçlunun bağımsız bir garanti taahhüdünde bulunduğu yönünde bkz. Aksoy, s. 1008.

²⁵⁰ Mabillard, s. 549; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.3.

²⁵¹ Koller, Konventionalstrafe, kn. 53; Bucher, s. 525; Bentele, s. 13; Mabillard, ss. 550, 559; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.3; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 17; Hammer, s. 58.

²⁵² Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn.62; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 39.

²⁵³ Wuffli, OFK, m. 160, kn. 9; Mabillard, s. 552; Matt, ss. 53-54.

yarattığı baskının benzerliği dolayısıyla, gerçek olmayan ceza koşulu hakkında, ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasının kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. Hatta bu görüş, 182'nci maddenin ikinci fıkrası gereğince; gerçek ceza koşulunda olduğu gibi, gerçek olmayan ceza koşulunda da, kusuruna dayanmasa da imkânsızlık halinde sorumlu olunacağını ayrıca taahhüt edilmesinin gerektiğini de belirtmiştir²⁵⁴. Bir başka görüş ise, gerçek olmayan ceza koşulunu seçimlik borç olarak kabul etmekle birlikte, hakkında, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir²⁵⁵. Başka bir görüş de, gerçek olmayan ceza koşulunun niteliği konusunda bir değerlendirmede bulunmadan, gerçek ceza koşulu hakkındaki hükümlerin gerçek olmayan ceza koşulu hakkında uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁵⁶.

Ceza koşuluna ilişkin hükümlerin gerçek olmayan ceza koşulu hakkında uygulanacağı kabul edilirse, bu kabul, özellikle aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III) uygulanabilmesi bakımından önem arz eder. Doktrinde de, anılan hükmün gerçek olmayan ceza koşulu hakkında kıyasen uygulanması çoğunluk tarafından kabul edilmektedir²⁵⁷. Çünkü gerçek ceza koşulunda olduğu gibi; gerçek olmayan ceza koşulunda da borçlu, üzerinde oluşan baskı sonucunda aynı korumaya muhtaçtır²⁵⁸.

²⁵⁴ Schoch, 11; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 40.

²⁵⁵ Becker, m. 160, kn. 8, m. 163, kn. 26; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3849; Bucher, s. 525; von Tuhr ve Escher, ss. 286-287; Mabillard, s. 552; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 9; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.3; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 9.

²⁵⁶ Bentele, s. 14; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 19; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 9; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 17; Koller, Konventionalstrafe, kn. 55.

²⁵⁷ Leo Seeliger, **Das richterliche Ermässigungsrecht nach § 343 B.G.B.**, Druck von E. Appelhans & Comp., Braunschweig, 1905, s. 27; Schoch, s. 11; Koller, Konventionalstrafe, kn. 55; von Tuhr ve Escher, s. 287; Grüneberg, Palandt, § 343, kn. 2; Bschorr ve Zanner, s. 19; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 17; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 143-144; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 211; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 95; A. Özmen, s. 70. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (TBK m. 182/III) kıyasen değil, doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğu yönünde bkz. Mabillard, s. 554. Alman Medeni Kanunu'nun 348'inci maddesindeki, tacirin ticari işletmesiyle ilgili borcuna ilişkin aşırı ceza koşulunun indirilmesi yasağının, gerçek olmayan ceza koşulu bakımından da geçerli olacağına ilişkin görüş için bkz. Schmidt, § 348, kn. 15.

²⁵⁸ Seeliger, s. 27; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 143-144.

2. Götürü Tazminat

Götürü tazminat, sözleşmeye aykırılık halinde doğacak olan zarara ilişkin tazminatın taraflarca götürü olarak önceden belirlendiği kendine özgü nitelikte bir kurumdur²⁵⁹. Götürü tazminat, asıl sözleşmede bir kayıt olarak yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşmeyle de kararlaştırılabilir²⁶⁰. Görüldüğü üzere götürü tazminatta, tarafların borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun ödeyeceği tazminat miktarını önceden belirlemeleri söz konusudur.

Götürü tazminatın talep edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar; asıl sözleşmede bulunan ve anlaşmaya konu olan yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, bu ihlalin borçlunun kusuruyla veya kusursuz olarak sorumlu tutulduğu bir halde meydana gelmiş olması, söz konusu ihlal nedeniyle bir zararın doğmuş olması ve sözleşmenin ihlali ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması şeklinde sayılabilir²⁶¹. Götürü tazminatın talep edilmesi için mutlaka bir zararın varlığı gereklidir. Bu anlaşmayla alacaklı, çoğunlukla zararın varlığını ispatlamaktan muaf tutulmuş konumdadır²⁶². Ancak, bu sadece ispat yükünün yer değiştirmesi olarak algılanmalıdır, yoksa götürü tazminatın ödenmesi için, mutlaka bir zararın varlığı şarttır. Borçlu, borca aykırılıkta herhangi bir zararın gerçekleşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir²⁶³. Hiçbir zararın meydana gelmemesi halinde dahi borçlunun sorumlu tutulacağı yönünde bir anlaşmanın, her ne kadar anlaşmada götürü tazminat ifadesi geçse de, götürü tazminat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁶⁴.

²⁵⁹ Kadir Berk Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, (Götürü Tazminat), ss. 656-657; Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBB**, Mart-Nisan 2017, Y.29, S. 129, ss. 196-197.

²⁶⁰ Kapancı, Götürü Tazminat, ss. 656-657; Parlak Börü, s. 197.

²⁶¹ Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, 5. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2011, kn. 709; Bucher, s. 525; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Kapancı, Götürü Tazminat, ss. 660-661; Mehmet Erdem, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2009, (Götürü Tazminat), s. 106; Parlak Börü, ss. 199-202.

²⁶² Peter Gottwald, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432**, (Hrsg. Wolfgang Krüger), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003, Vorb. § 339, kn. 30; Hess, s. 163 vd.; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil**, 14. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, ss. 383-384; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Bucher, s. 525; Erdem, Götürü Tazminat, s. 108.

²⁶³ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Bucher, s. 525; Gottwald, MünchK., Vorb. § 339, kn. 30.

²⁶⁴ Erdem, Götürü Tazminat, ss. 108-109.

Doktrinde ve yargı kararlarında genel olarak kabul edildiği üzere götürü tazminat ile ceza koşulu birbirinden ayırt edilmesi gerekli farklı kurumlardır²⁶⁵. Bizce de götürü tazminat, kanunen düzenlenmiş ceza koşulundan farklı; kesin ve önceden kararlaştırılmış bir tutarın ödenmesine ilişkin *sui generis* (kendine özgü) bir kurumdur²⁶⁶. Dolayısıyla ceza koşuluna ilişkin hükümlerin özellikle aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III, İBK m. 163/III) götürü

²⁶⁵ Bucher, s. 525; Huguenin, kn. 1212; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782, 3851; Thomas Fischer, **Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, s. 161 vd.; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Schwenzer, kn. 71.16; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Koller, Konventionalstrafe, kn. 18; Ernst A. Kramer ve Thomas Probst, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundkurs**, 2. aktualisierte Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, (Grundkurs), s. 242; Fröhlich-Bleuler, ss. 341-342, kn. 1273. Avusturya Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Beck-Mannagetta, s. 17. Hukukumuz bakımından bkz. Erdem, Götürü Tazminat, ss. 109, 121-122; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, ss. 121-122, 153-154; Köksal Kocaağa, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, **TBBD**, S.74, 2008, (İnşaat), ss. 149-154; Tekelioğlu, s. 179; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 178; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 675; Ozanoğlu, s. 23 vd.; Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 338-339; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 133; Aksoy, s. 1005. Ceza koşuluyla götürü tazminatın örtüştüğü yönünde aksi görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 29-30; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 861; Baştuğ, s. 210; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 91; Sarı, s. 303; Usta, s. 104; Tutar, Dönme Cezası, ss. 33-35; Tutar, Cezai Şart, s. 6. Alman Hukukunda da “*Birlik*” görüşüne göre de her iki kurum birbiriyle yakın özellikler taşıması sebebiyle götürü tazminat, ceza koşulu olarak kabul edilmeli; dolayısıyla götürü tazminata da ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bkz. Josef Esser ve Eike Schmidt, **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen**, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, s. 267 vd. Bu görüşü savunan yazarlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. D. Fischer, s. 72 vd.

²⁶⁶ Götürü tazminatın kendine özgü yapıda bir sözleşme olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. Birinci Uzun, ss. 90, 121, 153; Tekelioğlu, s. 178; Kabaklıoğlu Arslanyürek, ss. 125-126; BGE 109 II 462, (relevancy.bger.ch, E.T.: 12.10.2018); BGer, 25.10.2005, 4C_241/2005, Er. 3.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 11.7.2018). Alman hukukunda “Tek işlevlilik” görüşüne göre de her iki kurumun işlevlerinin farklı olması; ceza koşulunun sadece borçluyu ifaya zorlama işlevinin bulunması sebebiyle götürü tazminatı kendine özgü bir kurum olarak kabul etmektedir. Bkz. Walter F. Lindacher, **Phänomenologie der “Vertragsstrafe”**, Athenäum Verlag, Frankfurt-Main, 1972, (Vertragsstrafe), ss. 211-212. Hess de, götürü tazminatı farklı bir kurum olarak kabul etmiştir. Bkz. Hess, s. 93 vd., 244. Aynı yönde bkz. Le Goff, s. 17.

tazminat hakkında uygulanması mümkün değildir²⁶⁷. Aksi yönde görüşler²⁶⁸ bulunsa da kıyasen uygulama ile indirim yapılabilmesinin kabulü, götürü tazminatın niteliği ile de bağdaşmaz. Çünkü götürü tazminat, adından da anlaşılacağı gibi, kesin bir meblağı ifade eder.

Her iki kurumun farklı olduğu ifade edilmekle birlikte, birbirine benzeyen bazı özellikleri de bulunmaktadır. Bu özellikler, götürü tazminatın da ceza koşulu gibi, fer'i nitelikte olması ve alacaklının uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini kolaylaştırmasıdır. Bu benzerlikler, götürü tazminatın ceza koşulundan ayırt edilmesini bazı hallerde güçleştirebilir. Hatta sözleşmeye konulan bazı kayıtların ceza koşulu mu, yoksa götürü tazminat mı olduğu konusu tereddüt uyandırabilir²⁶⁹. Aynı şekilde Anglo-Amerikan Hukuk sisteminde de götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki sınırların çizilmesi meselesi üzerinde önemle durulmaktadır. Çünkü “götürü tazminat anlaşması (*liquidated damages*)” geçerli iken; “ceza koşulu anlaşması (*penalty*)” geçersiz sayılmaktadır²⁷⁰. Geçerlilik tartışması karşısında, bu

²⁶⁷ Koller, Konventionalstrafe, kn. 18; T. Fischer, s. 163; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 803; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Öktem Çevik, ss. 102-103; Erdem, Götürü Tazminat, ss. 99, 109, 121-122; Dirican, s. 68; Kocaağa, İnşaat, s. 154; Ozanoğlu, s. 30; Birinci Uzun, ss. 121-122, 153-154; Parlak Börü, ss. 217, 223; Tekelioğlu, ss. 179-180; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 178; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 133. Alman Hukuku için bkz. Beuthien, s. 501 vd.; Larenz, s. 383; Fikentscher ve Heinemann, s. 87, kn. 141; Joachim Gernhuber, **Bürgerliches Recht, Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene**, 2. vollständig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, s. 356; Gottwald, MünK., Vorb. § 339, kn. 30; Beisenkötter, s. 72; Le Goff, s. 17; Rüdiger Pamp, **Handelsgesetzbuch Kommentar**, (Hrsg. Harmut Oetker), 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2017, § 348, kn. 22; Wulf Henning Roth, **Handelsgesetzbuch Kommentar**, (Hrsg. Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf Henning Roth, Winfried Morck), Verlag C.H. Beck, 8. Auflage, München, 2015, § 348, kn. 22. Alman doktrininde “Ayırma” görüşüne göre, her iki kurum birbirinden tamamen farklı kavramlardır ve bu iki kavrama farklı hükümlerin uygulanması gerekir; bu çerçevede zararı aşan götürü tazminat, borçlar hukukuna ilişkin genel hükümler, özellikle zenginleşme yasağı çerçevesinde denetlenmelidir. Bkz. Bötticher, s. 35 vd.; Beuthien, ss. 498-502; Beisenkötter, s. 72 vd.; Martin Lohr, “Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis”, **MDR**, 2000, s. 430.

²⁶⁸ Bucher, s. 525; Huguenin, kn. 1212; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3851; Bentele, s. 21; Schwenzer, kn. 71.16; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 716; Sarı, ss. 303-304; Sanlı, s. 339. Alman Hukuku için bkz. Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 89; Grüneberg, Palandt, § 343, kn. 2. Fiili zararın açık bir şekilde götürü tazminat tutarından düşük olduğu istisnai durumlarda kıyas yoluyla uygulamanın mümkün olduğu yönünde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Bucher, s. 525; Huguenin, kn. 1212.

²⁶⁹ Larenz, s. 384; Gauch, kn. 710; Bentele, s. 20; Krügler ve Schmitt, s. 77. İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki zorlukları ifade etmiştir. Bkz. BGE 110 II 380, (relevancy.bger.ch, E.T.: 12.10.2018); BGE 109 II 462, (relevancy.bger.ch, E.T.: 12.10.2018).

²⁷⁰ William S. Harwood, “Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code”, **Fordham Law Review**, C. 45, S. 7, 1977, (http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol45/iss7/3, E.T.: 2.10.2018), ss. 1349-1381; Gerrit De Gest ve Filip Wuyts, “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, **Encyclopedia of Law and Economics**

hukuk sistemlerinde yapılan tespit, hukuki niteliğinin belirlenmesi ve buna uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından değil; anlaşmanın geçerli olarak var olup olmaması açısından önem taşıyacaktır. Bu hukuk sistemlerinde, borçlunun sözleşmeye uyması için zorlanması kabul görmemekte, aksine sözleşmenin ihlali, yaptırıma açık şekilde bir yol olarak sunulmaktadır. Dolayısıyla bu durumda yaptırım olarak, zararın karşılanması yönelik bir anlaşmaya cevaz verilmektedir.

Hukukumuz bakımından Kanun’da ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farkı ortaya koyan bir düzenlemenin bulunmamasının yanında; yargı kararlarında da aralarındaki farka ilişkin sağlıklı bir değerlendirmenin bulunduğu söylenemez. Yargıtay’ın, bazı kararlarında götürü tazminat ile ceza koşulu kavramlarını birbirine karıştırdığı²⁷¹, bazı kararlarında da ceza koşulunu ifade etmek üzere kira tazminatı²⁷²

4610, 2000, (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.524.7106&rep=rep1&type=pdf>, E.T.: 2.10.2018), s. 141 vd.; Deborah S. Coldwell, Altressa Q. Burchett Williams ve Melissa L. Celeste, “Liquidated Damages”, **Franchise Law Journal**, C. 29, S. 4, (Bahar 2010), s. 212; Ignacio Marín García, “Enforcement Of Penalty Clauses In Civil And Common Law: A Puzzle To Be Solved By The Contracting Parties”, **European Journal of Legal Studies**, C. 5, S. 1, Bahar/Yaz 2012, s. 82; Michael Presmann, “The Two Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework For Exploring The Penalty Clause Debate”, **Virginia Law and Business Review**, C. 7, S. 4, Bahar 2013, s. 657 vd.; Emily Nordin, “The Penalty Clause Bias”, **Maastricht Journal Of European And Comparative Law**, C. 21, S. 1, 2014, ss. 164-166; Erdem, Götürü Tazminat, ss. 110-111; Akkayan Yıldırım, ss. 387-388; Duygu Yavuztürk, “Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective (Amerikan ve İngiliz Hukuku Perspektifinden İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 2011, ss. 229-238; Parlak Börü, ss. 196, 220; Sanlı, s. 337. Yargı kararı için bkz. Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983, (Yavuztürk, s. 229). Anglo Amerikan Hukuk Sistemlerindeki “liquidated damages” (götürü tazminat) kavramının ceza koşulu (penalty clause) kavramını da kapsar şekilde kullanımı için bkz. Yavuztürk, s. 225 vd.

²⁷¹ YHGK, T. 16.4.1986, E. 1984/13-730, K. 1986/416, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 16.10.2017). Bununla birlikte Yargıtay’ın “*gecikme cezası (tazminatı)*” kavramını kullanıp da esasen götürü tazminatı kastederek, götürü tazminat ile ceza koşulunu ayırt ettiği kararları için bkz. Yarg. 15. HD., T. 19.2.1979, E. 1978/2510, K. 1979/318, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 09.10.2017); Yarg. 15. HD., T. 26.9.1984, E. 1986/1001, K. 1986/2746, (Uçar, s. 77); Yarg. 15. HD., T. 25.1.2005, E. 2004/2633, K. 2005/152, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 09.10.2017). Yargıtay bazı kararlarında, ceza koşulu ile gecikme tazminatı kavramlarının farklı olduğunu ve gecikme tazminatından Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrası (818 sayılı BK m. 161/III) uyarınca indirimin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Yarg. 15. HD, T. 01.12.2011, E. 2010/5031, K. 2011/7084; Yarg. 15. HD, T. 10.12.2009, E. 2008/7723, K. 2009/6681; Yarg. 15. HD., T. 27.3.1980, E. 1980/778, K. 1980/791, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 09.10.2017). Ceza koşuluna ilişkin indirim hükmünün uygulanabileceğine ilişkin görüş için bkz. Sarı, ss. 303-304; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 716.

²⁷² Kira tazminatının ceza koşulu olmadığı yönünde bkz. Yarg. 15. HD., T. 6.5.1980, E. 1980/1165, K. 1980/1172, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Aynı yönde bkz. İzzet Karataş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları: Cezai Şart, Cezayı Aşan Zarar, Munzam Zarar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 332. Kira tazminatının ceza koşulu olmayıp da götürü tazminat olduğu yönünde bkz. Nomer, s. 434; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Erdem, Götürü Tazminat, s. 109. Kira tazminatının hem ceza koşulu hem de götürü tazminat olmadığı yönünde bkz. Usta, ss. 104, 179 vd. Kira tazminatının ifaya eklenen ceza koşulu olduğu yönünde bkz. Yargıtay 15. HD., T. 8.7.2004, E. 2003/6165, K.

veya gecikme cezası²⁷³ kavramlarından bahsederek bu kavramları bilinçsizce kullandığı, böylece terim ve kavram birliğini sağlayamadığı görülmektedir.

Bu kavram karmaşası ve tereddütler karşısında, ceza koşuluyla götürü tazminat arasındaki farklılıkların somut bir şekilde ortaya konulması büyük önem taşımaktadır.

Götürü tazminat ile muhtemel zarar miktarı önceden belirlenerek, taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilaflar önlenmektedir²⁷⁴. Yine götürü tazminat asıl borcun ifasını teminat altına almaktan ziyade ispatı kolaylaştırmaktadır²⁷⁵. Sayılan bu amaçlar, götürü tazminatta birinci planda olmasına rağmen, ceza koşulunda ikinci planda kalmaktadır, bu sebeple her iki kurumun farklılık taşıdığı belirtilebilir²⁷⁶. Burada muhtemel zararın tazmin edilmesi amacının ceza koşulunda ikinci planda olması, ceza koşulunun muaccel olmasından sonra bu amacın gerçekleşeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü biz, ceza koşulunda her iki amacın da aynı değere sahip olduğu, ancak işlevlerini eş zamanlı olarak değil, kademeli olarak yerine getirdiği kanaatindeyiz. Doktrinde bundan başka, ceza koşulunda var olan; borçlu üzerinde psikolojik baskı yaratarak borçluyu ifaya zorlama amacının götürü tazminatta

2004/3813, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 28.9.2018). Kararın eleştirisi için bkz. Kocaağa, İnşaat, ss. 155-156.

²⁷³ Yarg. 15. HD., T. 14.9.1994, E. 1994/540, K. 1994/4922, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 09.10.2017). Benzer yönde bkz. Yarg. 15. HD., T. 14.12.2011, E. 2010/6625, K. 2011/7493, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 09.10.2017).

²⁷⁴ Beuthien, s. 498; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Kramer ve Probst, Grundkurs, s. 249; Fröhlich-Bleuler, ss. 341-342, kn. 1273; Bentele, s. 19; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (İnşaat), s. 203 vd.; Ozanoğlu, ss. 27-28; Kocaağa, İnşaat, ss. 150, 153; Erdem, Götürü Tazminat, s. 98; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Tekelioğlu, s. 179.

²⁷⁵ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Schwenzer, kn. 71.16; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Fröhlich-Bleuler, ss. 341-342, kn. 1273; Kramer ve Probst, Grundkurs, s. 249; Bentele, s. 19; Holger Pauly, “Aktuelle Entwicklungen zur Wirksamkeit einer Vertragsstrafe”, **MDR**, 2005, s. 781; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Ozanoğlu, ss. 27-28; Kocaağa, İnşaat, ss. 150, 153; Öktem Çevik, s. 102; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 677; Parlak Börü, s. 207 vd.; Tekelioğlu, s. 179.

²⁷⁶ Gernhuber, s. 356; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3782; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Larenz, s. 384; Pauly, s. 781; Kocaağa, İnşaat, s. 150; Ozanoğlu, ss. 24-25; Parlak Börü, ss. 221-222; Tekelioğlu, s. 179.

bulunmadığını ifade eden görüşler bulunduğu gibi²⁷⁷; bizim de katıldığımız şekilde, bu amacın dolaylı olarak da olsa bulunduğunu kabul eden görüşler de vardır²⁷⁸.

Götürü tazminatın kanunda düzenlenmiş örneklerinin bulunduğu doktrinde bir görüş olarak ifade edilmiştir²⁷⁹. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüt faizine ilişkin 120'nci maddesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ihbar tazminatına ilişkin 17'nci maddesi, İcra-İflas Kanunu'nun icra inkâr ve kötünîyet tazminatına ilişkin 67'nci maddesi gibi hükümler buna örneklerdir. Bu görüş kabul edilirse, götürü tazminat ile ceza koşulu arasında başka bir farklılık da doğmuş olacaktır. Bu farklılık, götürü tazminatın kanundan kaynaklanabilmesi ihtimalinin de varlığıdır. Hâlbuki ceza koşulu sadece hukuki işlemde doğabilir.

Götürü tazminat talebi için kural olarak zararın bulunması gerekliliği de götürü tazminatı ceza koşulundan ayırır²⁸⁰. Borçlu, götürü tazminatı ödememek veya daha az miktarda ödeme yapmak istiyorsa, zararın bulunmadığını veya zararın götürü tazminat miktarından az olduğunu ispatlayabilir²⁸¹. Somut olayda gerçekleşen zarar, götürü tazminat tutarından düşükse, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, borçlunun bunu ispatlayarak, zarar miktarınca ödeme yapabilme imkânı vardır. Bu kabul, aynı zamanda, tazminatın hiçbir şekilde zarara uğrayanın haksız zenginleşmesine yol açmaması gerektiği düşüncesiyle de uyumludur²⁸². Ancak, taraflarca aksinin

²⁷⁷ Bentele, ss. 20-21; Larenz, s. 383 vd.; Bschorr ve Zanner, s. 21; Fröhlich-Bleuler, ss. 341-342, kn. 1273; Erdem, Götürü Tazminat, s. 123; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Ozanoğlu, s. 28; Öktem Çevik, s. 102; Kocaağa, İnşaat, s. 153; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 677; Dirican, ss. 67-68; Tekelioğlu, s. 179. Ehrat ve Widmer, götürü tazminatta ayrıca ceza fonksiyonunun da bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12. Aynı yönde bkz. Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10.

²⁷⁸ Kapancı, Götürü Tazminat, s. 666; Birinci Uzun, ss. 147-148; Beuthien, ss. 497-498; Gauch, kn. 710; Krügler ve Schmitt, s. 78; Parlak Börü, s. 208. Kocaağa, bu amacın yan etki olarak götürü tazminatta da bulunduğunu daha sonraki bir çalışmada ifade etmiştir. Bkz. Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 180.

²⁷⁹ Birinci Uzun, s. 204 vd.

²⁸⁰ Bucher, s. 525; Bentele, s. 19; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 12; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 10; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 18; Beuthien, s. 498; Fikentscher ve Heinemann, s. 87, kn. 141; Larenz, s. 384; Beisenkötter, s. 75; Bschorr ve Zanner, s. 21; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 798; Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Ozanoğlu, s. 29; Kocaağa, İnşaat, s. 153; Öktem Çevik, s. 102; Kapancı, Götürü Tazminat, ss. 677-678; Parlak Börü, s. 222; Birinci Uzun, ss. 148-149; Aksoy, s. 1005.

²⁸¹ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 798; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 661. Aksi yönde görüş için bkz. Nomer, s. 434.

²⁸² Bkz. Beuthien, ss. 515-516; Demet Çelikaş, **2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayın No: 0905.87.BY.005.033, İzmir, 1987, (Karayolları Trafik Kanunu), ss. 122-123; Kocaağa, İnşaat, s. 153. Doktrinde bir görüşe göre, götürü tazminatın aşırılık denetimi somut olayda gerçekleşen özel sebepler veya kanunda yer alan yasal hükümler kapsamında olabilir. Bkz. Kocaağa İnşaat, s. 154; Birinci Uzun, s. 121; Tekelioğlu, ss. 174-175. Bu görüşe göre aşırılık denetimiyle kastedilenin tazminattan indirim olup olmadığı açık

kararlaştırıldığı, yani götürü tazminat tutarının hiçbir surette değiştirilemeyeceğinin benimsendiği ihtimalde, zarar tutarı daha düşük olsa bile, borçlu, götürü tazminat tutarını ödemek zorunda kalabilir²⁸³. Ceza koşulunda ise alacaklının bir zarara uğraması şart olmadığı gibi (TBK m. 180/I), borçlu, alacaklının hiçbir zarara uğramadığını ispatlayarak ceza koşulunu ödemekten de kurtulamaz. Bir diğer durum ise, zararın götürü tazminattan fazla olmasıdır. Bu durumda, ancak beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkmış olması halinde ve alacaklının bu aşan zararı ispatlaması koşuluyla bunun talep edilebilmesi söz konusudur²⁸⁴. Bu noktada alacaklının aşan zarar yanında borçlunun kusurunu ispatlamasına gerek yoktur. Hâlbuki ceza koşulunda alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorundadır (TBK m. 180/II)²⁸⁵. İşte ceza koşuluyla götürü tazminat arasındaki bir diğer farklılık da budur²⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre (İBK m.160/II), alacaklı ifayı kabul sırasında ceza koşulunu talep hakkını saklı tutmazsa, ceza koşulunu talep hakkını kaybederken; götürü tazminat bakımından saklı tutma gerekli değildir²⁸⁷.

Doktrinde, ceza koşulu ile götürü tazminat arasında bir farklılık olarak; götürü tazminatta, borçlunun asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmesi gerekliliğine karşın; ceza koşulunun talep edilmesi bakımından, borçlunun mutlaka kusurlu olmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir²⁸⁸. Biz, ilerleyen bölümlerde de inceleyeceğimiz üzere, ceza

değildir. Buradaki ifade, tazminattan indirim olarak anlaşılırsa, taraflarca götürü tazminatın hiçbir surette değiştirilemeyeceğinin kabul edildiği hallerde isabetli olacaktır. Oysaki böyle bir kararlaştırma yoksa zarar miktarının da götürü tazminattan düşük olduğu ihtimalde, borçlu bu hususu ispatlayarak, götürü tazminat tutarı kadar yüksek bir meblağı ödemek zorunda kalmayıp, gerçek zarar meblağı neyse onu tazmin edebilme hakkına sahiptir. Bu mesele ise aslında zararın miktarını ispat meselesidir.

²⁸³ Nitekim Kapancı'ya göre de aksinin kararlaştırıldığı durum, mutlak götürü tazminat niteliğinden ifade edilmelidir. Mutlak-nisbi götürü tazminat ayrımı, götürü tazminatta indirim yapıp yapılamayacağı meselesi açısından önem taşımaktadır. Bkz. Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678. Bizce de götürü tazminatın hiçbir surette değiştirilemeyeceğinin kabul edildiği yani Kapancı'nın ifadesiyle "mutlak götürü tazminat"ın söz konusu olduğu durumda, tazminattan indirim sebeplerine (TBK m. 51-52) göre indirime gidebilmek mümkün olmalıdır.

²⁸⁴ Aynı yönde bkz. Nomer, s. 434.

²⁸⁵ Bkz. Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678; Parlak Börü, ss. 222-223.

²⁸⁶ Ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşulunu aşan zararın tazmin ettirilebileceğine ilişkin hüküm, ceza koşulunun götürü tazminat olarak nitelendirilmesini engellemez; bu istisnai bir hükümdür. Bkz. Usta, ss. 104-105.

²⁸⁷ Hatemi ve Gökyayla, s. 354; Kocağa, İnşaat, ss. 150-151; Ozanoğlu, ss. 25-26; Birinci Uzun, s. 151; Öktem Çevik, s. 102; Tekelioğlu, s. 180.

²⁸⁸ Birinci Uzun, s. 150; Tekelioğlu, s. 180.

koşulunun hüküm doğurabilmesi için kural olarak kusurun varlığını aradığımız için; bu noktada bir farklılık bulunmadığını düşünüyoruz.

Götürü tazminat ile ceza koşulunun farklılığının ortaya konulmasında, sözleşmede kullanılan terimlerin tek başına ayırt edici özellikte olmadığı da belirtilmelidir. Federal Mahkeme de kararlarında, tarafların “tazminat” veya benzer şekilde nitelemelerinin yasal düzenlemeden ayrı bir belirleme yaptıkları anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir²⁸⁹. Zaten sözleşmelerde yer alan kayıtlar ve niteliğine ilişkin değerlendirmeler her zaman tarafların gerçek amacını yansıtmayabilir²⁹⁰. Bu sebeple tarafların hukuki işlemi yaptıkları sırada gerçek amaçlarının ne olduğu tespit edilmeli²⁹¹, bunun için de irade açıklamaları güven ilkesine göre yorumlanmalı ve sözleşmenin lafzı ve diğer şartlar birlikte değerlendirilmelidir²⁹². Şayet zararın karşılanması temelinde taraflar ortak arzularını açıklamışlarsa, götürü tazminatın varlığı yorumuna üstünlük tanınmalıdır. Ortak arzu, borçlu üzerinde borcun ifasına yönelik bir baskı yaratmaya yönelik ise bu kez de ceza koşulunun varlığı yorumu yapılmalıdır. İkinci durumda alacaklı için, uğrayacağı zararın karşılanmasından ziyade sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi önem taşımaktadır²⁹³. Yine, tarafların öngördükleri edimin değeri, varsayımsal olarak uğranılabilecek zararın çok üzerinde ise bir ceza koşulunun varlığı; aralarında büyük bir fark bulunmuyorsa götürü tazminatın varlığı yorumunda bulunulabilir²⁹⁴.

Yukarıda ele aldığımız ayırt edici özelliklerin varlığına rağmen, doktrinde, ortada ceza koşulundan veya götürü tazminattan hangisinin bulunduğu konusunda

²⁸⁹ BGE 95 II 532, Er.5, s. 539; BGE 109 II 462, Er. 4.a, s. 468, (relevancy.bger.ch, E.T.: 6.7.2018). Fikentscher ve Heinemann’a göre de tarafların kararlaştırdıkları ceza koşulu kaydının asıl amacının zararın tazmin edilmesi olduğu (ausgleichsfunktion) durumlarda, tarafların nitelendirilmesine bakılmadan bu anlaşma götürü tazminat olarak nitelendirilmelidir. Bkz. Fikentscher ve Heinemann, s. 87, kn. 141.

²⁹⁰ Becker, m. 160, kn. 39; S. Ayan, İnşaat, s. 206; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 186; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 678; Birinci Uzun, s. 157.

²⁹¹ Becker, m. 160, kn. 39; Gernhuber, s. 356; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 186; Birinci Uzun, s. 157; Tekelioğlu, s. 180. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında da alacaklı lehine öngörülen ceza koşulunun yorumunda söz konusu kayıtlar hangi amaca ulaşmak istendiğine ağırlık verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. BGE 121 III 118 Er. 4b/aa, (relevancy.bger.ch, E.T.: 17.10.2018).

²⁹² BGE 122 III 420, Er. 3a, s. 424, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 173, s. 508); BGE 121 III 118 Er. 4b/aa, (relevancy.bger.ch, E.T.: 17.10.2018); Öktem Çevik, s. 103.

²⁹³ S. Ayan, İnşaat, ss. 205-206; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Erdem, Götürü Tazminat, s. 102; Birinci Uzun, ss. 154-155; Tekelioğlu, s. 180.

²⁹⁴ Kapancı, Götürü Tazminat, ss. 679-680; Birinci Uzun, s. 158; Tekelioğlu, ss. 180-181. Kararlaştırılan miktarın büyüklüğünün temel ayırıcı kıstas olduğu yönünde bkz. S. Ayan, İnşaat, s. 206.

tereddüte düşülebileceği belirtilmiştir. Bu konuda bir görüşe göre götürü tazminatın varlığı sonucuna ulaşmak her iki tarafın da menfaatlerine uygun düşer²⁹⁵. Diğer bir görüşe göre ise, kanunkoyucunun ceza koşulunu Kanun'da düzenlemesi, iradesinin bu yönde olması sebebiyle ceza koşulunun varlığını kabul etmek yerinde olur²⁹⁶. Bize göre, yukarıda ele aldığımız ayırt edici özellikler somut olayda yeterince irdelendiğinde böyle bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır.

3. Cezalandırıcı Tazminat

Cezalandırıcı tazminat, doktrinde “*özel ceza*” veya “*medeni ceza*” olarak da adlandırılmaktadır²⁹⁷. İsviçre ve Alman Hukukunda ise bu kurum “*strafschaden(s)ersatz/ceza tazminatı*” terimiyle ifade edilmektedir²⁹⁸. Cezalandırıcı tazminat, özel hukuk anlamında tazminatın da üstünde bir tutara hükmedilmesi anlamına gelir. Bu tutar, zarara sebep olan kişinin kötünyeti; başka bir deyişle onun başkalarının haklarını önemsememesi sebebiyle meydana getirdiği zararı aşacak seviyededir. Böylece zarara sebep olan kimse üzerinde daha fazla yaptırım söz konusudur²⁹⁹. Ceza hukuku ve medeni hukuk alanlarının sınırlarının henüz belli

²⁹⁵ Kılıçoğlu, Borçlar, s. 803; Kapancı, Götürü Tazminat, s. 679; Birinci Uzun, ss. 163-164; Parlak Börü, s. 224. Alman doktrinindeki benzer görüş için bkz. Beuthien, ss. 500, 511 vd.; Fikentscher ve Heinemann, s. 87, kn. 141.

²⁹⁶ Theres Oertli, **Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe**, Luzern, 2004, kn. 292, dn. 440'den aktaran Birinci Uzun, s. 163.

²⁹⁷ İbrahim Gül, **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

²⁹⁸ Heinrich Honsell, “Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus”, **Festschrift für Harm Peter Westermann, Zum 70. Geburtstag**, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, (Strafgedanke), ss. 328-329, 331; Reto Heizmann, **Strafe im schweizerischen Privatrecht Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015, s. 242, kn. 523; Dieter Medicus, “Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht –Kommerzialisierung, Strafschadensersatz Kollektivschaden”, **Juristen Zeitung**, Zum 66. Deutschen Juristentag, Y.61, S. 17, 1. Eylül 2006, (https://www.jstor.org/stable/20828392?seq=1#metadata_info_tab_contents, E.T.: 2.10.2018), ss. 809-810; Volker Behr, “Strafschadensersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens”, **ZJS**, 3/2010, ss. 292-296.

²⁹⁹ David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, **Villanova Law Review**, C. 39, 1994, s. 364; Vanessa Wilcox, “Punitive Damages in England”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, (Ed. Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox), Springer Verlag, Germany, 2009, ss. 7-53; Bailey Kuklin, “Punishment: The Civil Perspective of Punitive Damages”, **Cleveland State Law Review**, C. 37, S. 1, 1989, s. 1 vd.; Cedric Vanleenhove, **Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union**, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, s. 1; Selin Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, ss. 74-86; Başak Başoğlu, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin

olmadığı ve Ceza Kanunu hükümlerinin özel hukuk ilişkilerinde de uygulama bulduğu eski hukuk dönemlerinde cezalandırıcı tazminata daha fazla rastlandığı söylenebilir. Bu sebeple cezalandırıcı tazminatın, tazminat ile cezanın birleşiminden oluşmuş karma bir kurum olma özelliği vardır³⁰⁰. Daha çok Common Law kökenli İngiliz Hukuku'na dayanan cezalandırıcı tazminat kurumunun en çok uygulama alanı bulduğu hukuk sistemi Amerikan Hukukudur³⁰¹. Açıklamalarımız, ceza koşulu ile arasındaki farkı belirlemek amaçlı olacağı için, tek model üzerinden; daha çok Amerikan Hukukundaki model üzerinden olacaktır³⁰².

Cezalandırıcı tazminatın, cezalandırma, tazminat ve caydırma olmak üzere üç temel işlevi vardır³⁰³. Cezalandırıcı tazminata, taşıdığı cezalandırma amacı sebebiyle, sadece haksız fiil niteliğindeki belli davranışlar bakımından hükmedilmektedir³⁰⁴. Dolayısıyla Amerikan ve İngiliz Hukukunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için söz konusu borca aykırılığın aynı zamanda haksız fiil niteliğinde bir davranış olması aranmaktadır³⁰⁵. Görüldüğü üzere cezalandırıcı tazminatta belirleyici etken, failin kasıtlı eylemidir; fail cezalandırılmak istendiği için de kusur önemli bir rol oynar³⁰⁶. Cezalandırıcı tazminat, takdiri bir yaptırımdır. Bu tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceğine ve ne kadar miktarda belirleneceğine mahkeme karar verecektir³⁰⁷. Bu miktar belirlenirken sadece failin davranışı değil, onun böyle bir davranışta bulunurken izlediği amaç, elde ettiği

Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C. II, İKÜHFD, C.15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, s. 618.

³⁰⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 43.

³⁰¹ John J. Kennelly, “Punitive Damages and Insurance Coverage Questions - Another view”, **Air Law**, C. 7, S. 1, 1982, s. 11; Scott Donahey, “Punitive Damages in International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, C. 10, S. 3, 1993, ss. 67-68; Charles Calleros, “Punitive Damages, Liquidated Damages and Clauses Pénales In Contract Actions: A Comparative Analysis Of The American Common Law And The French Civil Code”, **Brooklyn Journal of International Law**, C. 32, S. 1, 2006, ss. 74-75; John Y. Gotanda, “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 42, S. 2, 2004, s. 393; Wilcox, ss. 7-53; Kuklin, s. 5 vd.; Kyriaki Noussia, “Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?”, **Journal of International Arbitration**, C. 27, S. 3, 2010, ss. 278-279; Özden Merhacı, ss. 74-86; Başoğlu, s. 618.

³⁰² İngiliz Hukukundaki cezalandırıcı tazminat (exemplary damages) ile Amerikan Hukukundaki cezalandırıcı tazminat (punitive damages) arasındaki farklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Donahey, s. 69; Özden Merhacı, ss. 99- 133.

³⁰³ Ernest J. Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, **Chicago Kent Law Review**, C. 78, S.1, Nisan 2003, s. 93 vd.; Calleros, s. 80 vd.; Kuklin, s. 8 vd.; Özden Merhacı, ss. 87-97; Gül, ss. 198-206; Başoğlu, s. 619.

³⁰⁴ Weinrib, ss. 93-94; Özden Merhacı, s. 113; Gül, ss. 213-214; Başoğlu, s. 619.

³⁰⁵ Weinrib, ss. 93-94; Gül, s. 241; Başoğlu, s. 619.

³⁰⁶ Owen, s. 364; Özden Merhacı, ss. 134 vd.; Gül, s. 245 vd.; Başoğlu, s. 621.

³⁰⁷ Gotanda, s. 422; Gül, ss. 256-257; Başoğlu, s. 622.

menfaat, sebep olduğu zararın boyutu, ekonomik durumu gibi etkenler değerlendirilir³⁰⁸. Cezalandırıcı tazminatın kanun tarafından belirlenmiş bir sınırı olmadığı için gerekli sınır, Federal Mahkemenin ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kararlarıyla çizilmektedir³⁰⁹.

Türk Hukukunda, daha çok kamu hukuku alanında³¹⁰ karşılaşılabilen cezalandırıcı tazminata, özel hukuk alanında yer olmadığı söylenebilirse de doktrinde bazı Kanunlarda buna dağınık şekilde verildiği savunulmaktadır³¹¹. Özel hukuk alanında sınırlı uygulama alanı bulmasının gerekçesi, sorumluluk hukukunda geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesidir. Bu ilke çerçevesinde, zarardan bağımsız bir şekilde tazminata hükmedilemez; zarar tazminatın üst sınırıdır.

Tüm bu özellikleriyle cezalandırıcı tazminatın, ceza koşulundan farklı bir kurum olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama, zararın ve tazminatın elde edilmesini kolaylaştırma amaçları ön planda iken ve bize göre cezalandırma ve caydırma amacı taşımıyorken; cezalandırıcı tazminatta, cezalandırma, tazminat ve caydırma amacı ön plandadır³¹². Dolayısıyla bu iki kurumun, sadece tazminat amacı taşıması yönündeki benzerliği karşısında; diğer amaçlar yönünden farklılık taşıdığını ifade edebiliriz.

Ayrıca diğer bir farklılık da, ceza koşulunun doğmasına sebep olan borç ilişkisi, başta sözleşme olmak üzere çeşitli kaynaktan doğabilmesine rağmen;

³⁰⁸ Owen, ss. 364, 384-388, 412; Özden Merhacı, s. 148 vd.; Başoğlu, ss. 622-623.

³⁰⁹ Bkz. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al., 538 U.S. 408, (2003), (<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/538/408.html>, E.T.: 2.10.2018). Söz konusu kararda mahkeme, cezalandırıcı tazminatın maddi tazminatın on katından az olması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer yönde başka bir karar için bkz. Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007), (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/>, E.T.: 2.10.2018); Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471, (2008), (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/471/>, E.T.: 2.10.2018).

³¹⁰ Başoğlu, ss. 625-626.

³¹¹ Rekabet Kanunu'nun 58'inci maddesinin ikinci fıkrası ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68'inci maddesindeki düzenlemelerin cezalandırma amacı taşımaları ve tazminat miktarının zarar ile sınırlı olması kuralı ile çelişmeleri sebebi ile cezalandırıcı tazminat olup olmadığının, bir medeni hukuk cezası olup olmadığının değerlendirilebileceği yönünde bkz. Özden Merhacı, ss. 190-200; Gül, ss. 349-355; Başoğlu, ss. 626-627. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin de bir cezalandırıcı tazminat olduğu yönünde bkz. Gül, ss. 356-357; Başoğlu, s. 628. Cezalandırıcı tazminat ile icra inkâr ve kötünîyet tazminatı arasında önemli benzerlik olduğuna ilişkin bkz. Özden Merhacı, ss. 216-217. TBK m. 7, TBK m. 81, TMK m. 510, m. 578, m. 610 hükümlerinin cezalandırma amacı taşıdığı yönünde bkz. Başoğlu, s. 626.

³¹² Tunçomağ, Cezai Şart, s. 43; Gökçeoğlu, s. 28. Katılmasak da ceza koşulunun cezalandırma amacının ve caydırıcılık işlevinin bulunduğunu kabul eden görüş çerçevesinde aradaki benzerliğin daha fazla olduğu hatta amaç yönünden bir farklılık kalmadığı da ileri sürülebilir.

cezalandırıcı tazminatta kaynak sadece haksız fiildir³¹³. Yine cezalandırıcı tazminatta bir zararın doğmuş olması şartken; ceza koşulu zarar olmasa da ödenmesi gereken bir borçtur (TBK m. 180/I)³¹⁴. Yine, ceza koşulunun ifası için mutlaka taraflar arasında kararlaştırılmış olması gerekirken; cezalandırıcı tazminata hükmetmek mahkemenin takdirindedir³¹⁵.

4. Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt

Üçüncü kişinin edimini taahhütte, bir kimse, üçüncü bir kişinin başkasına olan borcunu ifa etmediğinde, onun uğrayacağı zararı karşılamayı taahhüt eder (TBK m. 128), böylece borcun ifa edilmemesinden doğan zararlar güvence altına alınmış olur³¹⁶. Fakat üçüncü kişinin edimini taahhütte, hem taahhüt eden hem de ediminin sonuçları taahhüt edilen kişi, o edimi yerine getirmek yükümlülüğü altına girmez. Çünkü taahhüt eden kişi, o edimi değil, onun zararlı sonuçlarını taahhüt etmiştir; ayrıca, taahhüt eden kişi, edimin sonuçları taahhüt edilen kişinin temsilcisi de değildir. Bu sözleşmeyle üstlenilen borç, ceza koşulu veya kefalet sözleşmesi gibi fer'i borç değil, tamamen bağımsız nitelikte bir borçtur³¹⁷.

İfa etmemenin sonuçlarına karşı alacaklıyı korumak yani teminat amacı bakımından, ceza koşulu ile üçüncü kişinin edimini taahhüt arasında bir benzerlik bulunsa da taşıdığı özellikler yönünde aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan biri, ceza koşulunun fer'i; üçüncü kişinin edimini taahhüdün bağımsız bir borç olmasıdır. Diğer ise, ceza koşulunda, çoğu zaman alacaklı ve borçlu şeklinde ikili bir yapı bulunuyor iken, üçüncü kişinin edimini taahhütte alacaklı ve borçlu dışında üçüncü kişi de bu ilişkiye dâhil olarak üçlü bir yapının söz konusu olmasıdır³¹⁸.

³¹³ Christian Lenz, **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, s. 93; Gül, s. 295.

³¹⁴ Lenz, s. 92; Gül, s. 295.

³¹⁵ Lenz, ss. 92-93; Gül, s. 295.

³¹⁶ Becker, m. 111, kn. 1-2; Eren, Genel Hükümler, s. 1177; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 406; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 37.

³¹⁷ Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Schwarz, (çev. Bülent Davran), s. 404; Eren, Genel Hükümler, s. 1179; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 407-408; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 37. Doktrinde, böyle bir sözleşmenin bir garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu çoğunluk görüşçe kabul edilmektedir. Bkz. Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Becker, m. 111, kn. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3920 vd.; Eren, Genel Hükümler, ss. 1177, 1179.

³¹⁸ Bentele, s. 18; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 13; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 11; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 19; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 37; Eren, Genel Hükümler, s. 1178; Gökçeoğlu, s. 25.

Ceza koşuluna ilişkin ikili yapıda borçlu, aynı ilişki için ek bir teminat verirken; üçüncü kişinin edimini taahhüde ilişkin üçlü yapıda ise, teminat, taahhüde yabancı olan başka bir hukuki ilişkiye yönelik verilmektedir.

C. Fer'ilik Özelliği Açısından Benzer Kurumlar

İlk bakışta fer'ilik özelliğiyle göze çarpan temerrüt faizi ve kefaletin, bu özelliği yanında başkaca özellikleriyle de ceza koşuluna benzer olmaları, bu kurumların ayrı bir başlık altında incelenmesini haklı kılmıştır. Hatırlatmak gerekir ki, bağlanma parasının ve cayma parasının da fer'ilik özelliği bulunmaktadır. Biz bunları yukarıda farklı bir başlık altında ele aldığımız için burada sadece ismen belirtmekle yetiniyoruz.

1. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, bir para alacağı sebebiyle temerrüt şartlarının doğumu halinde, alacaklı açısından, zararın doğup doğmadığına ve borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, ödenmek zorunda kalınan faiz olarak tanımlanabilir³¹⁹. Zararın varlığının aranmaması sebebiyle doktrinde bir görüş temerrüt faizini *zarar şartına bağlı olmayan bir götürü tazminat* olarak nitelendirmektedir³²⁰. Diğer bir görüş de zarar şartının aranmaması sebebiyle temerrüt faizinin bir tazminat niteliğinde olamayacağını ifade etmiştir³²¹. Doktrinde başka bir görüş de, zararın varlığının aranmaması açısından ceza koşulu ile benzerlik göstermesi sebebiyle, temerrüt faizinin *kanunun belirlediği bir ceza koşulu olduğunu* ifade etmiştir³²².

³¹⁹ Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, ss. 133-137; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 102.

³²⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 930; Serozan, İfa, s. 221; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 511; Eren, Genel Hükümler, s. 1124; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 42. Doktrinde bir görüşe göre, temerrüt faizinde zararın varlığı çok kuvvetle muhtemel olduğu için, kanunkoyucu tarafından zararın varlığı varsayılmıştır. Dolayısıyla, temerrüt faizinin tazminat niteliğinde olup olmasının değerlendirilmesinde, zararı ispat zorunluluğu bulunup bulunmadığı bir ölçüt olamaz. Bkz. Barlas, s. 136.

³²¹ von Büren, s. 370.

³²² Arsebük, Cezai Şart, ss. 987-988. Aksi görüş için bkz. Helvacı, s. 90; Karahasan, Cezai Şart, ss. 486-487. Doktrinde bir görüşe göre, akdi temerrüt faizinin, yasal temerrüt faizi oranını aşması halinde, bu bir ceza koşulu klozu olarak anlaşılabilir. Bkz. Bucher, ss. 522-523.

Kanaatimizce, temerrüt faizi ile ceza koşulu arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, temerrüt faizi tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya kanundan doğarken; ceza koşulu, bir hukuki işleme dayanır. Ayrıca kaynağı ne olursa olsun temerrüt faizi para borçlarında söz konusu iken; ceza koşulu, kural olarak, her türlü borç için kararlaştırılabilir. Diğer bir fark da, temerrüt faizinin para borçlarının zamanında ifa edilmemesi halinde ödenmesine karşılık; ceza koşulunun başka borca aykırılık halleri için de söz konusu olabilmesidir. Temerrüt faizi ile ceza koşulu amaçları bakımından da birbirinden farklılık gösterirler. Temerrüt faizinin amacı, para borcunun geç ifasından dolayı alacaklının uğrayacağı zararın önceden götürü şekilde belirlenmesi iken; ceza koşulunun amacı, sadece muhtemel zararın tazmin edilmesini sağlamak (kolaylaştırmak) değil, borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını da sağlamaktır³²³. Ayrıca temerrüt faizi ödeme borcunun doğması, temerrüt şartının gerçekleşmesine bağlı iken; ceza koşulunda, ceza koşulu ödeme borcunun doğması temerrüt şartının gerçekleşmesine bağlı değildir³²⁴.

Temerrüt faizi ile ceza koşulu arasında, kusur bakımından da bir farklılık olduğu söylenebilir. Temerrüt faizi, temerrüdün kanundan kaynaklı doğrudan doğruya sonucu olup, bir nevi kusursuz sorumluluk hali iken³²⁵; ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun borcun ihlalinde kusurlu olması şartı aranmaktadır.

Aşkın zararın tazmin edilmesi bakımından da her iki kurumu karşılaştırmakta fayda vardır. Uygulamada çoğunlukla, ceza koşulu, alacaklının uğradığı zarar miktarını karşılayan ve hatta bu miktarı aşan tutarda kararlaştırılmaktadır. Bazı durumlarda, başlangıçta olası zararın tam olarak tespit edilememesi gerçeği karşısında, kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşacak şekilde zarar ortaya çıkabilir ve bunun talep edilebilmesine cevaz vermek hakkaniyete uygun düşer³²⁶. Nitekim kanunkoyucu da buna imkân vermiştir (TBK m. 180/II). Buna benzer bir duruma temerrüt faiziyle ilgili Türk Borçlar Kanunu'nun 122'nci maddesinde de rastlanır. Ancak bu iki kurumun aralarında, ispat yükü açısından bir farklılık bulunmaktadır. Temerrüt

³²³ Helvacı, s. 90; Karahasan, Cezai Şart, s. 486.

³²⁴ Aynı yönde bkz. Helvacı, s. 90.

³²⁵ Eren, Genel Hükümler, ss. 1123-1124; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 929-930; Serozan, İfa, s. 221; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 718; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 503; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 41.

³²⁶ Oser ve Schönerberger, s. 705, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 123; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 305.

faizinde aşkın zararın tazmininde, borçlu kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlü tutulmuşken; ceza koşulunda alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamakla yükümlü tutulmuştur. Görüleceği üzere, temerrüt faizinde, alacaklı sadece aşkın zararını ispatla yetinirken, ceza koşulunda ayrıca borçlunun kusurunu da ispatlamak zorundadır³²⁷.

2. Kefalet

Kefalet sözleşmesinde, kefil, asıl borçlunun alacaklısına karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt eder³²⁸. Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında yapılır. Kefilin alacaklıya karşı borç altına girebilmesi için asıl borçlunun rızasına, hatta bundan haberdar olmasına gerek yoktur³²⁹.

Kefaletin fer'i özelliğe sahip olması yanında, asıl borcu teminat altına alma işlevi açısından da ceza koşulu ile benzerliği bulunmaktadır. Ancak bu iki kurum arasında, bilhassa unsurları bakımından farklılık bulunmaktadır. Öncelikle kefalette, kefilin asıl borç ilişkine yabancı olması söz konusuyken; ceza koşulunda, asıl borçlu ile ceza koşulu borçlusunun aynı kişi olması söz konusudur³³⁰. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi üçüncü kişi konumundaki kefil ile alacaklı arasında gerçekleşmesine rağmen; ceza koşulu, asıl borcun borçlusu ile alacaklısı arasında kararlaştırılmaktadır.

Ayrıca kefalet sözleşmesi, Kanun'da belirtilmiş belli (nitelikli yazılı) şekilde yapılması gerekli³³¹, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı, kendi hukuki sebebi ve içeriği olan bir sözleşme iken³³²; ceza koşulu, ayrıca bir sözleşmeyle yapılması şart olmayan, tek taraflı bir hukuki işlemde veya sözleşmelerde sözleşmenin bir hükmü

³²⁷ von Tuhr ve Escher, s. 147; Eren, Genel Hükümler, s. 1131; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 724; Helvacı s. 86; Barlas, s. 191; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 511.

³²⁸ Özen, Kefalet, s. 57 vd.; S. Ayan, Kefalet, s. 13; Özlem Acar, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 5.

³²⁹ S. Ayan, Kefalet, s. 14; Acar, ss. 7-8; Dilşah Büşra Kartal, **Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 4-5.

³³⁰ Reck, ss. 114-115; Bilge, s. 56; Gökçeoğlu, s. 30.

³³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şefika Deren Gündüz, **Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 7 vd.

³³² Acar, s. 17; Kasım Buluş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 31.

şeklinde de yer alması mümkün olan, kural olarak herhangi bir şekle tabi olmayan bir hukuki işlemdir.

D. Diğer Benzer Kurumlar

1. Sorumluluğu Sınırlayan Kayıt

Borcun yerine getirilmemesi durumunda borçlunun sorumlu olacağı tazminat miktarına önceden taraflarca sınır getirilmesine sorumluluğu sınırlayan anlaşma (kayıt) denir. Bu tür kayıtlar, borçluyu kararlaştırılan miktarın üzerinde bir miktarı ödemek tehlikesinden kurtarır. Böyle bir anlaşmanın varlığında, borçlu, zarar miktarı, kararlaştırılan üst sınırın altında bulunuyorsa, zararın tamamını; üstünde bulunuyorsa, sadece üst sınıra kadar olan kısmını tazmin etmekle yükümlü olur³³³.

Anlaşılacağı üzere bu tür kayıtlar tazminatın zarar miktarı ile uyumlu hale getirilmesini sadece borçlunun menfaatlerini gözeterek ele almaktadır³³⁴.

Bu açıdan sorumluluğu sınırlayan kayıtlarda, borca aykırılık halinde, borçlunun, sorumluluğunun genişliğinin ne olacağını önceden bilebilmesi durumu söz konusudur. Hatırlamak gerekirse, ceza koşulunda tazminatın elde edilmesini kolaylaştırma amacı çerçevesinde, borçlunun da çıkarına uygun düşen bir işlev söz konusudur. Şöyle ki, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla borçlu için tazminatın bilinmezliği ortadan kalkar, böylece borçlu, yükümlülüğünün ağırlığı konusunda bilgi sahibi olur. Dolayısıyla bu açıdan her iki kurumu benzer saymak mümkündür.

Her iki kurumun örtüştüğü bir durum ise şudur: Tarafların, ceza koşulu kararlaştırırken, aşan zararın tazmin edilemeyeceğine ilişkin bir kayda yer vermeleri halinde, buradaki kaydın aynı zamanda bir sorumsuzluk kaydı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Sorumsuzluk kaydı, sorumluluğu tamamen sınırlayan bir kayıt olduğu için, bu niteliğiyle her iki kurum örtüşmüş olacaktır. Dolayısıyla böyle bir kayıt aynı

³³³ Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, ss. 36-37. Bu tür kayıtların özel bir türü de sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Böyle bir kaydın varlığında tamamen sınırlandırma söz konusudur; başka bir deyişle borçlu doğan zarardan hiçbir şekilde sorumlu olmaz. Detaylı bilgi için bkz. Erten, s. 39 vd.; Galip Sermet Akman, **Sorumluluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 7 vd.

³³⁴ Akman, ss. 7-8.

zamanda geçerliliği yönünden, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri (m. 115, m. 116) çerçevesinde değerlendirilecektir³³⁵.

Örtüştüğü durumlar bir yana bırakılacak olursa, her iki kurumun birbirinden farklı özelliklere sahip olduğu belirtilmelidir. Şöyle ki, ceza koşulu asgari bir tutar olma, sorumluluğu sınırlayan kayıt ise azami bir tutar olma özelliğini taşır. Gerçekten ceza koşulunda, alacaklı, daha az zararı olsa da, borçludan bunun tamamını talep edebilir. Ters durumda yani daha fazla zararın varlığında ise, alacaklı bunu aşan tutarı da talep edebilir. Oysaki sorumluluğu sınırlayan kayıta, alacaklı daha az zararı olursa sadece bunu isteyebilirken, daha fazla zararı olursa sadece belirtilen tutarı isteyebilir³³⁶.

2. Hakkı Düşüren Kayıtlar

Taraflar arasında, hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumu için, önceden sahip olunan bir hakkın tamamen veya kısmen düşmesi sonucunu doğuran kayıtlara yer verilmiş olabilir³³⁷. Örneğin taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde alacağın tamamının muaccel olacağına ilişkin bir anlaşmayla borçlunun kısmi ifa hakkı düşerken; edimin zamanında ifa edilmemesi durumunda satıcının satış bedeli üzerindeki hakkının azalacağına ya da ortadan kalkacağına ilişkin bir anlaşmada, satıcının alacak hakkı kısmen veya tamamen düşmektedir. Yine; düzenli şekilde edimini ifa etmeyen işçinin ücretinin kesileceğine ilişkin anlaşmalarda da³³⁸, işçinin ücret alacağının tamamı üzerindeki hakkı kısmen düşmektedir³³⁹.

Hakkı düşüren kayıtlarda, ceza koşulunda olduğu gibi borcun hiç veya gereği ifa edilmemesi şeklindeki ihlaller bakımından benzerlik taşımaktadır³⁴⁰. Hatta kanunkoyucu da, korunan menfaatin aynı olduğu düşüncesiyle olsa gerek, Türk Borçlar Kanunu 181'inci maddesinin birinci fıkrasıyla bu benzerliği teyit etmiştir. Hükme göre, dönme durumunda yerine getirilmiş kısmi ifanın alacaklıya kalacağını

³³⁵ Aynı yönde bkz. Sarı, ss. 303-304.

³³⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 34; Gökçeoğlu, s. 23.

³³⁷ Bschorr ve Zanner, s. 22 vd.; Pauly, s. 781. Bu kayıtların hak düşürücü kayıt olduğu yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 35.

³³⁸ Bkz. 4857 sayılı İK m. 38.

³³⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 35; Gökçeoğlu, s. 23.

³⁴⁰ Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 73; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 35-36; Gökçeoğlu, s. 23.

öngören kayıtlar hakkında ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulanır³⁴¹. Ancak, hakkı düşüren kayıtların ve ceza koşulunun birbirinden ayırt edilmesini gerektiren farklılıkları da bulunmaktadır. Şöyle ki, anılan ihlaller bakımından, hakkı düşüren kayıtlar, ceza koşulunda olduğu gibi ayrı ve bağımsız bir edimi içermezler. Bilakis, böyle bir ihlalin varlığı durumunda, borç ilişkisindeki mevcut hakları etkileyerek onların kısmen veya tamamen düşmesine sebep olurlar³⁴². Bununla bağlantılı olarak, hakkı düşüren kayıtlarda, ceza koşulunda olduğu gibi, aslilik-fer'ilik ilişkisi bulunmaz³⁴³.

Hakkı düşüren kayıtlara ilişkin örnekler arasında saydığımız ve bize göre ceza koşulu sayılmayan ücret kesme cezasının ceza koşulu olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüş, ceza koşulunun varlığını kabul için aranan şartların burada da bulunduğunu kabul ederken, farklılıklar olarak da üst sınırının kanunen belirtilmiş olmasını ve cezanın alacaklısı ile asıl borç alacaklısının farklı kişiler olabilmesini; yani cezanın işverene değil de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ödenecek olmasını belirtip, bu farklılıkların ücret kesme cezasının ceza koşulu olarak kabul edilmesine engel olmayacağını ifade etmiştir³⁴⁴. Buna karşı çıkan diğer bir görüş de bunların muhtemel bir zararı karşılayan tazminat niteliğinde olmamaları ve bu sebeple işverene ait olmayıp, özel bir sandığa ödenmeleri dolayısıyla ceza koşulu olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir³⁴⁵. Bize göre de ücret kesme cezasının ceza koşulu olarak nitelendirilememesi konusunda farklı gerekçeler saymak da mümkündür. Öncelikle bu hak, Kanun tarafından sadece sözleşmenin işveren tarafına tanınmış bir haktır. Bu niteliği yanında bu hakkın, işçiyi koruyucu nitelikte bazı hükümlerle sınırlandırılmış olması dolayısıyla da taraflar arasında eşitlik ilkesi geçerli

³⁴¹ Schoch, s. 10; Oser ve Schönerberger, s. 701, kn. 4; von Tuhr ve Escher, s. 280; Becker, m. 162, kn. 1-4; Pellanda, HandK., m. 162, kn. 3, 4; Wuffli, OFK, m. 162, kn. 1; Bilge, s. 80; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 13; Birsén, s. 369; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 90. İsviçre Hukuku doktrininde, bu hükmün birinci fıkrasının kapsamında değerlendirilecek bir durum olarak, bir emekli sandığına veya bir derneğin gezi sandığına yapılan ardışık ödemelerin; emekli olmadan önce veya gezinin yapılmasından önce ayrılması halinde, kısmen veya tamamen sandıkta kalacağına ilişkin anlaşmalar gösterilmiştir. Bkz. Becker, m. 162, kn. 1.

³⁴² Oser ve Schönerberger, s. 702, kn.15; Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn.73; Pauly, s. 781; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 36; Gökçeoğlu, s. 23.

³⁴³ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 36; Gökçeoğlu, s. 23.

³⁴⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 60-61. Benzer yönde bkz. Becker, m. 160, kn. 6.

³⁴⁵ Ferit H. Saymen, **Türk İş Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, ss. 70-71, 208. Benzer yönde bkz. von Tuhr ve Escher, s. 279, dn. 25; Gauch, Schluép, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3850; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18. Ücret kesme cezasının işverence işçiye uygulanan bir disiplin cezası olduğuna ilişkin görüş için ayrıca bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 397.

değildir. Hâlbuki ceza koşulunun uygulama alanı bulduğu çoğu sözleşmede taraflar eşit konumda olup, ceza koşulu, sözleşmenin her iki tarafı için kararlaştırılabilmektedir. Ayrıca ceza koşulunun amaçları göz önünde bulundurulduğunda da bunun ceza koşulu olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. Örneğin, aykırılık halinde ceza kesilmesiyle, cezanın işveren dışında başka bir kişiye ödenmesi özelliğiyle de ceza koşulunun amaçlarından biri olan alacaklının uğraması muhtemel zararlarının elde edilmesini kolaylaştırma söz konusu değildir.



İKİNCİ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI, MUACCELİYETİ VE HÜKÜMLERİ

I. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI

Ceza koşulunun unsurları; bir asıl borcun bulunması, bu asıl borçtan ayrı ancak ona bağımlı (fer'i) nitelikte bir ceza koşulu ediminin bulunması ve bu edimin bir hukukî işlem ile belirlenmesi olarak sayılabilir.

A. Asıl Borcun Bulunması

Ceza koşulu, bir asıl borcun ifasını teminat altına almak amacıyla kararlaştırılır. Dolayısıyla bir ceza koşulunun varlığından söz edilebilmesi için, her şeyden önce ifasını teminat altına alınacak bir asıl borcun bulunması gerekir³⁴⁶.

Ceza koşulunun güvence altına aldığı asıl borcun sahip olması gereken birtakım özellikler bulunmaktadır. Ayrıca asıl borcun doğduğu borç ilişkisinin kaynakları da farklılık taşıyabilir. Bu konular aşağıda alt başlıklar halinde ayrıntılarıyla incelenecektir.

1. Asıl Borcun Özellikleri

a. Asıl Borcun Geçerli ve Mevcut Bir Borç Olması

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç geçerli ve mevcut bir borç olmalıdır. Asıl borç geçersizse ceza koşulu da geçersiz olur. Geçersizlik, başlangıçtaki imkânsızlık, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına

³⁴⁶ Bentele, ss. 26-27; Koller, Konventionalstrafe, kn. 51; Keller ve Schöbi, s. 92; Bucher, s. 523; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3786; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1375.

aykırılık³⁴⁷, şekle aykırılık³⁴⁸, ehliyetsizlik, muvazaa, irade sakatlığı gibi sebepler dolayısıyla ortaya çıkabilir (TBK m. 19, 27, TMK m. 9 vd., 23/II). Bu sebeplerle geçersiz bir asıl borcun ifasını güvence altına alabilmek amacıyla ceza koşulu öngörülmüş olsa bile, ceza koşulu asıl borç gibi geçersiz olacaktır³⁴⁹. Tarafların, asıl borcun geçersizliği halinde bile ceza koşulunun ifa edileceğini kararlaştırmaları da mümkün değildir, böyle bir anlaşma geçersizdir³⁵⁰.

Geçersizlik sebepleri arasında özellikle üzerinde tartışma bulunan ve açıklanmaya muhtaç hususlar içeren bazı halleri incelemeyi uygun görüyoruz.

İlk olarak imkânsızlık sebebi bakımından, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, ceza koşuluyla ilgili hükümde (BK m. 161/II) sadece kanuna veya ahlaka aykırılık şeklinde iki geçersizlik sebebinden bahsedilmesinden dolayı, asıl borcun başlangıçta imkânsız olması halinde ceza koşulunun geçerli olup olmayacağı konusunda tereddüde düşülmüştü. Kanunun bu hususta sessiz kalması sebebiyle bir görüş, imkânsız bir asıl borcun ceza koşuluna bağlanabileceğini, taahhüdün ciddi olması şartıyla, bunun bağımsız bir vaat olacağını ve bu gibi durumlarda alacaklının seçim hakkına sahip olmayıp sadece ceza koşulunun ifasının talep edilebileceğini ifade ederken³⁵¹, başka bir görüş ise, burada gerçek anlamda bir ceza koşulu olmadığını³⁵², asıl borcun olmaması sebebiyle alacaklının ifayı istemeye hakkının olmadığını, burada imkânsız ve geciktirici şarta bağlı bir hukuki işlem olduğunu, böyle bir şarta bağlanmış

³⁴⁷ Örneğin, kişinin bir dinin mensubu olup olmayacağı, bir siyasi partiye üye olup olmayacağı ya da belli biriyle evlenip evlenmeyeceği yönündeki asıl bir borç için ceza koşulu taahhüdünde bulunması halinde, asıl borcun ve buna bağlı olarak ceza koşulunun geçersizliği söz konusudur. Çünkü kimse kişilik haklarından kısmen ya da tamamen vazgeçemez (TMK m. 23).

³⁴⁸ "...Geçersiz sözleşmede kararlaştırılan cezai şart dahi geçersiz olup...", Yarg. 15. HD, T. 17.1.2008, E. 2007/413, K. 2008/157; "...Geçerli olmayan sözleşmeye dayanılarak cezai şart istenemez. Zira cezai şart asıl borca ilişkin fer'i haklardandır. Asıl borç hükümsüz olunca, cezai şart da hükümsüzdür...", Yarg. 13. HD, T. 26.6.2008, E. 2008/3543, K. 2008/8902, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.01.2016).

³⁴⁹ Keller ve Schöbi, s. 92; von Tuhr ve Escher, 278; Bucher, s. 523; Berger, kn. 1785; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3836; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.4; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 9; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7, m. 163, kn. 3; Reck, s. 99; Luca Kenel, **Entire Agreement Clause, Die Wirkungen der Entire Agreement Clause im Schweizer Recht**, Schulthess, Zürich, 2018, kn. 182; Tekil, ss. 237, 238; Reisoğlu, s. 455; İnan ve Yücel, s. 565. Alman Hukuku bakımından benzer yönde bkz. Christoph Müller, **Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018, m. 18, kn. 353. Roma Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Honig, (çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku Dersleri, s. 111; Honig, (çev. Şemseddin Talip), Roma Hukuku, s. 237; Türkân Rado, **Gaius Institutiones, Borçlar Kısım**, Doğan Kardeş Basımevi, İstanbul, 1953, (Gaius Institutiones), s. 17; Erdoğan, s. 69; Kaynak, s. 252.

³⁵⁰ Velidedeoğlu ve Kaynar, s. 161.

³⁵¹ Oser ve Schöeneberger, s. 708, kn. 3, 4.

³⁵² Funk, s. 232; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 83.

hukuki işlemlerin de geçersiz olması³⁵³ sebebiyle ceza koşulunun da geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmiştir³⁵⁴. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, sözleşmenin konusunun başlangıçta imkânsız olması, Borçlar Kanunu'nun 20'inci maddesinin birinci fıkrasına göre (TBK m. 27/I) asıl borcun butlanı sonucunu doğuracağı için ceza koşulunun geçerli olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir³⁵⁵. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile artık bu tartışmalar önemini yitirmiştir. Çünkü başlangıçtaki imkânsızlık halini de kapsama alır şekilde 182'nci maddede *asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olmasından* söz edilmiştir.

İkinci olarak, asıl borcun ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olmasının, en çok karşılaşılan yerin, hizmet sözleşmesi kapsamında işçi açısından öngörülen rekabet yasakları olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda geçersizliğine karar verilen rekabet etmeme borcuna bağlı olarak, kararlaştırılmış ceza koşulunun da geçersizliği söz konusu olacaktır³⁵⁶. Nitekim Yargıtay da, bir kararında, hizmet sözleşmesi kapsamında kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesiyle coğrafi alan sınırlamasının, işçinin ekonomik olarak mahvına sebep olacak düzeyde geniş bir alanı kapsaması ve buna bağlı ceza koşulunun da ahlaka aykırı olması sebebiyle, ceza koşulunun geçersiz olması gerektiğini ifade etmiştir³⁵⁷. Ancak burada doğrudan ceza koşulunun değil; asıl borcun ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizliği dolayısıyla fer'i nitelikteki ceza koşulunun geçersiz olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Üçüncü olarak irade sakatlığı sebebi bakımından ifade edilmeli ki; asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşmenin, yanıltma, aldatma veya korkutma gibi iradeyi sakatlayan sebeplerle veya aşırı yararlanma sebebiyle sakatlanması durumunda hem asıl borcun hem ceza koşulunun geçerliliği, iradesi sakatlanmış olanın veya aşırı yararlanma sebebiyle sömürülen tarafın iradesine bağlıdır. Bu kişi, sözleşmeyi iptal ettiğine yönelik iradesini açıklarsa hem asıl borç hem de ona bağlı olan ceza koşulu hükümsüz

³⁵³ Schwarz, (çev. Bülent Davran), ss. 409-410; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 83.

³⁵⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 83.

³⁵⁵ Schoch, s. 17; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3823; Bentele, s. 29; Bilge, ss. 68-69; Funk, s. 232; Kocağa, Cezai Şart, s. 96. Yargıtay da aynı görüşü benimseyerek, inşaat yapılacak yerin sit alanı içinde olması sebebiyle sözleşmenin baştan beri geçersiz olduğunu ve bu sebeple ceza koşulunun istenemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Yarg. 15. HD., T. 27.4.1989, E. 1988/4461, K. 1989/2179, (Uçar, s. 35).

³⁵⁶ Kaduk, StauK., § 344, kn. 10-11; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 82-83; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, ss. 140-141; Günay, Cezai Şart, s. 130.

³⁵⁷ Yarg. 11. HD., T. 16.3.2017, E. 2016/2751, K. 2017/1589, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

hale gelecektir. Bu kişinin iptal beyanında bulunmaması veya iptal hakkını kullanabileceği sürelerin dolması sebebiyle sözleşme iptal edilmezse hem asıl borç hem de ceza koşulu kararlaştırıldıkları andan itibaren geçerliymiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Arada hareketsiz geçirilen sürede hem asıl borcun hem de ceza koşulunun geçerliliği askıdadır³⁵⁸. Bu kapsamda doktrinde, kişinin iradesinin sakatlanmış olduğu hukuki işlemin sakatlığını öğrendikten sonra ceza koşulu ödemeye yönelik taahhütte bulunmasının, artık iptal beyanında bulunmayacağı, iptalden vazgeçtiği anlamına gelen örtülü bir onay olacağı da ifade edilmiştir³⁵⁹.

Geçersizlik hallerinin ceza koşuluna etkisi ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında da ayrıca düzenlenmiştir (TBK m. 182/II). Ancak öncelikle, 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun asıl borcun geçersizliğine ilişkin olarak bir farklılık taşıdığı da bu noktada ifade edilmelidir. Şöyle ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Ceza, kanuna veya ahlâka (âdâba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilâfına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.*” Görüldüğü üzere 818 sayılı Borçlar Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile geçersizlik sebepleri bakımından bir farklılık taşımaktadır. Yeni Kanun daha genel bir ifadeyle asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olmasından söz ederken; önceki Kanun hükmü, kanuna veya ahlaka aykırılıktan bahsetmiştir. Ancak hüküm böyleyken dahi, doktrinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161’inci maddesinin ikinci fıkrasının Kanun’un 19 ve 20’inci maddeleriyle (TBK m. 26, m. 27) birlikte değerlendirilmesi gerektiği, hatta bunların dışında, ayırt etme gücünün eksikliği, şekil eksikliği, muvazaanın varlığı sebepleriyle geçersizlik hallerinin ve Türk Medeni Kanunu’nun 23’üncü maddesinin ikinci fıkrasının da bu kapsamda ele alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁶⁰. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki ilgili hükme benzer nitelikte bir hükme sahip olan İsviçre Hukuku bakımından da aynı kabul benimsenmektedir³⁶¹. Hukukumuzda ve şu an yürürlükteki mevcut düzenlemeye dönecek olursak, 6098 sayılı

³⁵⁸ Becker, m. 160, kn. 13; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 157-158; Gökçeoğlu, s. 44.

³⁵⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84; Gökçeoğlu, s. 44.

³⁶⁰ Bkz. Bilge, ss. 68-69, 115; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 81; Gökçeoğlu, s. 43; Eren, Genel Hükümler, s. 337; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 91 vd.; Kocaağa, Cezai Şart, ss. 93-94.

³⁶¹ Oser ve Schönenberger, s. 708, kn. 2; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5.

Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünde, daha genel bir ifadeyle, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale geldiği durumlarda cezanın ifasının istenemeyeceğinin düzenlendiği görülür (TBK m. 182/II). Hükümdeki, “*herhangi bir sebeple*” ifadesiyle, daha önce bahsettiğimiz geçersizlik sebeplerinin kastedildiği konusunda şüphe yoktur. Doktrinde, hükümdeki “*cezanın ifasının istenemeyeceği*” şeklindeki ibarenin “*butlan (geçersizlik/kesin hükümsüzlük)*” yaptırımıyla aynı anlamı taşıdığı ifade edilmişse de³⁶², kanaatimizce, böyle bir kabul ancak borcun herhangi bir sebeple geçersiz olduğu durumlar için doğru olacaktır. Oysaki hükümde geçersizlik yanında; ifanın istenemeyeceği bir diğer durum olan kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı da düzenlenmiştir ve bunun sonucu geçersizlik değil borcun sona ermesidir.

İfanın istenemeyeceği şeklindeki bu hükmün gerekli olup olmadığı tartışma konusu edilebilir. Gerçekten, bu hüküm olmasaydı bile fer’ilik ilişkisi sebebiyle ceza koşulu da zaten geçersiz olacaktı. Kanaatimizce, kanunkoyucunun ceza koşulunun fer’iliği özelliğine vurguda bulunmak amacıyla bu hükmü getirmiş olabileceği söylenebilir.

Ceza koşulunun varlığı açısından asıl borçla ilgili bir diğer unsur da, asıl borcun mevcut bir borç niteliğinde olmasıdır³⁶³. Borçlu taahhüt etmediği bir edim için ceza koşulu ile sorumlu tutulamaz. Sorumlu tutulacağı kabul edilse bile, böyle bir güvence ceza koşulu niteliğinde olmaz. Olsa olsa, daha önce bahsettiğimiz; gerçek olmayan ceza koşulunun varlığı tartışılabilir.

İfade edilmeli ki buradaki mevcudiyet, ceza koşulunun kararlaştırıldığı esnada asıl borcun mutlaka var olması şeklinde sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Henüz doğmamış, yani gelecekte doğacak bir borç için de, borç doğduğunda hüküm ifade etmek üzere, ceza koşulu kararlaştırılabilmelidir. Ancak böyle bir durumda, ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, ifası teminat altına alınmak istenen borcun tam ve kesin bir şekilde ortaya çıkması gerekir. Asıl borç meydana gelmedikçe, ceza koşulu da askıda kalır ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Bu durum aynı zamanda ceza koşulunun fer’i niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim ceza

³⁶² Oser ve Schöenberger, s. 708, kn. 2; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3819; von Tuhr ve Escher, s. 279, dn. 17; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 1, 8; Bilge, ss. 67, 114; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 983, dn. 23; Birsén, s. 367; Funk, s. 232; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 77.

³⁶³ Bucher, s. 523; Bentele, s. 13; Koller, Konventionalstrafe, kn. 51, 53; von Tuhr ve Escher, s. 278; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 4.

koşulu gibi fer'i nitelikte olan kefalet bakımından bu durum, Türk Borçlar Kanunu'nun 582'nci maddesinin birinci fıkrasındaki, "*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*" şeklindeki hükümde açıkça kabul edilmiştir³⁶⁴.

b. Asıl Borcun Her Türlü Borç Olabilmesi

Her türlü borcun ifası, ceza koşuluyla teminat altına alınabilir³⁶⁵. Asıl borcun konusu, verme, yapma gibi olumlu bir edim olabileceği gibi; yapmama, katlanma gibi olumsuz bir edim de olabilir³⁶⁶. Örneğin, satılan veya üretilen bir şeyin zamanında veya kararlaştırılan yerde ifa olunmaması; kiralanan şeyin ayıplı olması; kiracının apartman düzenine aykırı davranışlarda bulunması, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçların yerine getirilmemesi; rekabet yasağı sözleşmesine uyulmaması; ödünç alınan şeyin geri verilmemesi; şirket sözleşmesinden doğan borçların yerine getirilmemesi gibi³⁶⁷. Hatta doktrinde, ceza koşulunun çoğunlukla icra ve takip zorluğu bulunan veya zararın ispatlanmasının zor olduğu ya da hiçbir ispat imkânının bulunmadığı³⁶⁸ alacakların güvence altına alınması amacıyla kararlaştırıldığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, şirket esas sözleşmelerinde ve iş sözleşmeleri kapsamındaki rekabet yasağı sözleşmelerinde olduğu gibi yapmama (kaçınma) ve

³⁶⁴ Bkz. Bentele, s. 27; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 17; Bucher, s. 524; Bilge, s. 50; Hatemi ve Gökyayla, s. 352.

³⁶⁵ Bucher, s. 522; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7; Bilge, s. 59; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 520; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 67.

³⁶⁶ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9; von Tuhr ve Escher, s. 278; Beisenkötter, s. 66; Bentele, s. 30; Arsebük, Borçlar Hukuku, ss. 981-982; O. Berki, s. 283; Bilge, s. 59; Birsen, s. 361; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 343; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521; Hatemi ve Gökyayla, s. 351; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376; Öktem Çevik, s. 99. Roma Hukuku'nda benzer yönde bkz. Erdoğan, ss. 67-68; Dinçer Araz, s. 123. Yapma edimine ilişkin olarak, "*bir beyan ya da irade açıklamasında bulunma*" için de ceza koşulu kararlaştırılabilir, örneğin bir kurulda belirli yönde oy kullanma veya belirli bir konuda karşı tarafı aydınlatma için ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 67. Yapmama edimine ilişkin olarak, örneğin ajansa bağlı oyuncunun sözleşmeye aykırı şekilde başka bir firmanın reklamında oynaması halinde, bağlı olduğu ajansın ceza koşulu talebinde bulunabileceğine ilişkin bir anlaşma böyledir. Konuyla ilgili karar için bkz. Yarg. 11. HD., T. 22.9.2003, E. 2003/2171, K. 2003/8184, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

³⁶⁷ Funk, s. 229; Bilge, s. 59; O. Berki, s. 283; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 982; Kanık, s. 1073; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 67.

³⁶⁸ von Büren, s. 408; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3787; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 3.

katlanma borçları için kararlaştırılan ceza koşulunun bu zorluklar sebebiyle olduğu belirtilebilir³⁶⁹.

Koşula bağlı bir borç için de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bu durumda geciktirici koşula bağlı borçlarda, koşul gerçekleşince asıl borç gibi ceza koşulu da hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bozucu koşula bağlı borçlarda ise koşul gerçekleşince ceza koşulu da asıl borç gibi hükmünü yitirir³⁷⁰. Nitekim ceza koşulu gibi fer'i nitelikte olan kefalet bakımından bu durum, Türk Borçlar Kanunu'nun 582'nci maddesinin birinci fıkrasındaki, "*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*" şeklindeki hükümde açıkça kabul edilmiştir.

Bundan başka ceza koşulunun varlığından söz edilebilmesi için, asıl borcun mutlaka mali bir değere sahip olması; başka bir deyişle alacaklı lehine maddi nitelikte bir yarar sağlamaya yönelik olması da şart değildir. Alacaklı lehine manevi nitelikte yarar sağlayan bir asıl borç da ceza koşuluyla teminat altına alınabilir. Mesela borçlunun alacaklıya konser verme veya gürültü yapmaktan kaçınma borçları, ahlaki bir ödevden doğan borçlar alacaklıya manevi yarar sağlayan niteliktedir. Böyle bir borcun ihlali halinde, alacaklı zarara uğramasa bile, kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*" şeklindeki hüküm de bu sonucu desteklemekte, alacaklının hem maddi hem de manevi nitelikteki yararlarının korunabilmelerine imkân sağlamaktadır³⁷¹. Örneğin, dernek tüzüğünde, üyelere yüklenmiş olan bazı borçlar, örneğin, derneğin düzenlemiş olduğu etkinliklere düzenli şekilde katılmaya ilişkin yükümlülük, mali bir değere sahip olmasa

³⁶⁹ Bkz. Schoch, s. 15, dn. 2; von Büren, s. 408; Reck, s. 93 vd.; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3787; Huguenin, kn. 1208; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 3; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 2.

³⁷⁰ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 31; O. Berki, s. 290; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 520; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 718; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 75. Koşula bağlı borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Timistokli Zembolidis, "Şartı Cezai ve Eyyamı Müteehhire Kiraları", **İstanbul Baro Mecmuası**, Ağustos, 1932, S. 68-8, s. 3563'den aktaran O. Berki, ss. 289-290, dn. 14-15.

³⁷¹ Schoch, ss. 15-16; Oser ve Schönerberger, s. 705, kn. 2; Becker, m. 160, kn. 9, m. 161, kn. 1; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7, m. 161, kn. 1; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 2, 25, m. 161, kn. 3; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 4, m. 161, kn. 2; BGE 73 II 158, 161 E.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 01.06.2018); Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 855; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376.

da ceza koşuluna bağlanabilirler³⁷². Aynı şekilde, Türk Medeni Kanunu’nun 737’nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki komşuluk ilişkilerinde taşkın davranmama şeklindeki yükümlülüklerine ilişkin olarak bir ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür. Örneğin, manzara kapatmama yükümlülüğüne ilişkin olarak bir ceza koşulu kararlaştırılması durumunda, mali bir değere sahip olmayan bir borcun ceza koşuluyla güvence altına alınması sağlanmaktadır³⁷³.

Ceza koşulunun amaçları da bu sonucun kabulünü haklı kılmaktadır. Çünkü ceza koşulunun, alacaklının uğradığı ya da uğrayacağı muhtemel zararların karşılanmasını sağlamak ve kolaylaştırmak yanında, borçlu üzerinde baskı kurarak asıl borcun ifasının sağlanması yönünde bir güvence oluşturmak amacı da bulunmaktadır. Güvence oluşturmak amacı, mali bir değere sahip borç kadar; bu özelliğe sahip olmayan borçlar için de söz konusudur³⁷⁴. Dolayısıyla, ceza koşuluyla, hukuk düzeninin yasaklamadığı her türlü yararı karşılayan borç teminat altına alınabilir.

Bu anlamda ticaret hukukunda anonim şirketlerde pay koyma borcu için para dışında bir edimin kararlaştırıldığı hallerde, bunların ceza koşuluyla teminat altına alınıp alınamayacağı meselesi tartışma konusu edilebilir. Tartışma, eski Kanun’da bu konuda ceza koşulunun kararlaştırılabileceği açıkça hükme bağlanmışken, yeni Kanun’da buna yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, 6762 sayılı önceki Türk Ticaret Kanunu’nun 405’inci maddesinde “*Hisse senetlerinin devri şirketin muvafakatine bağlı olan hallerde esas mukavele hissedarlara esas sermayeye iştirak borcundan başka muayyen zamanlarda tekerrür eden mevzuu para olmayan edalarda bulunmak mükellefiyetini de yükleyebilir... Bu gibi tali mükellefiyetler hakkında esas mukavele ile cezai şart kabul edilebilir.*” hükmünü karşılayan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 480’inci maddesinde ise “*Pay devirlerinin*

³⁷² Becker, m. 160, kn. 9. Aksi görüş için bkz. Bilge, s. 110.

³⁷³ Ancak, daha önce böyle bir taahhütte bulunan kişinin, imar planında getirilen değişiklikler sonrasında, sahip olduğu arazinin üzerindeki iki katlı bina yerine yedi katlı bir bina yaptırma imkânının doğması durumunda, ceza koşulunun ifasının alacaklı tarafından istenip istenemeyeceği meselesinin ayrıca irdelenmesi gereklidir. Böyle bir durumda, yapılan yapının boyutları ve uyulması gereken mesafeler, imar planında öngörülen ölçütlere de uygun ise, artık manzaranın kapatıldığına ilişkin iddialar Türk Medeni Kanunu’nun 737’nci maddesi çerçevesinde çözümlenemez. Bkz. Lale, Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Eşya), ss. 426-427. Hatta manzara kapatmamaya yönelik alacak hakkının ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m. 2/II) çerçevesinde de değerlendirilebilir. Dolayısıyla böyle bir durumda, asıl borcun (manzara kapatmama borcunun) mahkeme önünde ileri sürülebilmesi imkânı ortadan kalktığından, ona bağlı olan ceza koşulunun da talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

³⁷⁴ Schoch, s. 15.

şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir...” denilerek ceza koşuluyla ilgili ifadeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce kanunkoyucunun bu ifadeye yeni Kanun’da yer vermemesinden, konusu para olmayan yükümlülüklerin ceza koşuluna bağlanamayacağı anlamını çıkarmamak gerekir. Nitekim doktrinde, bu tarz tali yükümlülüklerin de ceza koşuluna bağlanabileceği kabul edilmektedir³⁷⁵.

Mali değere sahip olan borçlar arasında sayılabilecek para borçları için ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı meselesi uygulamada tartışmalara sebep olmuştur. Yargıtay eski tarihli kararlarında, para borçlarının tamamen veya kısmen ifa edilmemesi halinde, bu sebeple doğan zararın sadece faizden ibaret olduğunu; sadece faiz istenebileceğini, ceza koşulu kararlaştırılmasının kanuna karşı hile olarak nitelendirilebileceğini; böylece bu gibi borçlardan dolayı taahhüt edilen ceza koşulunun hükümsüz olacağını ifade etmiştir³⁷⁶. Yargıtay’ın bu görüşünü doğrudan veya dolaylı olarak destekleyecek bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, bu görüş, her türlü borcun ceza koşuluna bağlanabilir olması açıklamalarımızla da uyuşmamaktadır. Ayrıca o dönemde geçerli olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 105’inci maddesi (TBK m. 122), para borçları bakımından temerrüt faizini aşan zararların dahi tazmin edilebileceğini hükme bağlamıştır. Böyle bir durumda, para borçlarının ceza koşuluna bağlanmasını reddetmek, hem bu hükme, hem de önceki açıklamalarımıza aykırılık oluşturur³⁷⁷. Yargıtay’ın bu görüşü, ceza koşulunun

³⁷⁵ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013, s. 286; Hasan Karakılıç, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **HHFD**, C.4, S.2, Y.2014, s. 110, dn. 12.

³⁷⁶ Yarg. 4. HD., T. 22.12.1947, E. 7284, K. 5387, (Akar Öcal, “Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay’ın Görüşleri”, **AD**, Y.52, S. 5, Mayıs 1961, s. 526); Yarg. 4. HD., T. 7.2.1965, E. 1964/9146, K. 1965/6973, (Uçar, s. 26). Yargıtay daha sonraki bir kararında eski ve hatalı görüşünden dönerek para borçlarında da ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini kabul etmiş (Yarg. 4. HD., T. 22.2.1960, E. 1959/3257, K. 1960/2107, (Öcal, s. 527)); ancak aynı Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, daha sonra, 1965 tarihli iki kararında yine para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., T. 12.1.1965, E. 1964/1042, K. 1965/85, (Karahasan, Cezai Şart, ss. 474-475); Yarg. 4. HD., T. 15.11.1965, E. 1964/6592, K. 1965/5919, (Karahasan, Cezai Şart, s. 475). Bu döneme ilişkin olarak Yargıtay’ın aynı dairesinin iki farklı kararı karşısında bir içtihat uyumsuzluğu söz konusu olduğundan, içtihadı birleştirme kararına gidilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 8, dn. 8; Kemal Oğuzman, “Mahkeme Kararları Kroniği-B. Hususi Hukuk-2. Borçlar Hukuku-9. Para Borçlarında Cezai Şart – İctihadı Birleştirme Kararı Lüzumu”, **İÜHF**, C. 28, S. 1, İstanbul, 1962, s. 277; Karahasan, Cezai Şart, s. 494.

³⁷⁷ von Tuhr ve Escher, s. 279; Arsebük, Cezai Şart, s. 989; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 834; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 8, 12-13; Öcal, s. 526; Karahasan, Cezai Şart, s. 487 vd.; Feyzioğlu, ss.

borçluyu ifaya zorlayarak borcun ifasını teminat altına almak amacıyla da bağdaşmamaktadır³⁷⁸. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlara bakıldığında, görüşümüz doğrultusunda para borçları bakımından ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini kabul ettiği görülmektedir³⁷⁹.

Para borçları için ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumda, ceza koşulunun yanında ayrıca temerrüt faizinin talep edilip edilemeyeceği meselesi de açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle belirtilmeli ki böyle bir mesele daha çok ifaya eklenen ceza koşulu bakımından ortaya çıkabilir³⁸⁰; nitekim bu tür ceza koşulunda ifa yanında ceza koşulu da istenebilmekte, bu arada asıl borç para borcuysa buna temerrüt faizi de işlemektedir. Buradaki sorun, ceza koşulu yanında işleyen temerrüt faizinin de talep edilip edilemeyeceği noktasındadır. Bu konuda doktrinde bir görüşe göre, alacaklı, ceza koşulunun yanında temerrüt faizini de talep edebilir³⁸¹. Diğer bir görüşe göre ise, taraflar arasında ayrı bir sözleşme olmadıkça alacaklı, ceza koşulunun yanında temerrüt faizi isteyemez³⁸². Başka bir görüşe göre ise, asıl borcun bir para borcu

390, 392; Hatemi ve Gökyayla, s. 352; A. Arkan, s. 6; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376; İzmirli, s. 13; Öktem Çevik, s. 99. Tekinay da, para borcu için ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde, kararlaştırılan ceza koşulunun temerrüt faizi yerine geçeceğinin kabul edilebileceğini; temerrüt faizinin, kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşması halinde alacaklının ceza koşulu yerine temerrüt faizi istemesine bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344, dn. 3a. Tekinay'ın bu görüşünden, para borçları bakımından ceza koşulu kararlaştırılmasında bir engel bulunmadığını kabul ettiği sonucuna varılabilir. Oğuzman ve Öz, para borçları bakımından da ceza koşulunun kararlaştırılabileceği ancak, kural olarak, ayrıca temerrüt faizi istenemeyeceği; tarafların aksini kararlaştırılabileceği görüşündedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521. Kapancı da para borçları bakımından ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini, hatta hem ceza koşulunun hem de temerrüt faizinin (varsa aşkın zararının) talep edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 676-677. Roma Hukukunda da para borçlarının ceza koşuluyla teminat altına alınabileceği kabul ediliyordu. Hatta ilk zamanlarda sadece para borçları bakımından ceza koşulunun kararlaştırılabileceği kabul edilirken; sonradan yapmak veya yapmamak şeklindeki borçların da ceza koşulu ile teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir. Bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), ss-373-374; Erdoğan, ss. 67-68.

³⁷⁸ Bilge, ss. 64-66.

³⁷⁹ Yarg. 15. HD., T. 13.5.1985, E. 1985/4407, K. 1985/1614, (Uçar, ss. 51-52); YHGK, T. 12.04.1989, E. 1989/11-14, K. 1989/260, (Uçar, s. 51).

³⁸⁰ Bununla birlikte, para borcunun zamanında ifa edilmemesi hali için kararlaştırılmış ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu olduğu taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda alacaklı asıl borcu seçtiyse, herhangi bir sınırlama olmaksızın temerrüt faizini de talep edebilecekken; ceza koşulunu seçtiyse, temerrüt faizini ancak aşan zararın tazmini kapsamında (TBK m. 180/II) talep edebilecektir.

³⁸¹ Helvacı, ss. 90-91; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 71-72, 103, 270; Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 676-677; Yarg. 15. HD., T. 16.10.1989, E. 1342, K. 4252, (Turgut Uygur, s. 4305); Yarg. 3. HD., T. 2.6.2003, E. 2003/6978, K. 2003/7091; Yarg. 15. HD., T. 17.10.2017, E. 2016/1879, K. 2017/3474, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 31.10.2018).

³⁸² Oser ve Schöenberger, s. 704, kn. 3; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 82. Tekinay ise, para borcu için ceza koşulunun kararlaştırılmış olması halinde, kararlaştırılan ceza koşulunun temerrüt faizi yerine geçeceğinin kabul edilebileceğini; temerrüt faizinin kararlaştırılan

olduğu durumlarda, temerrüt faizi ile ceza koşulunun birlikte istenip istenemeyeceği, temerrüt faiziyle elde edilecek menfaatin kararlaştırılan ceza koşuluyla elde edilip edilemeyeceğine bağlıdır. Bu görüşe göre temerrüt faizi de, gecikme süresine bağlı olarak (geçirilen gün, ay veya yıl gibi) kararlaştırılan ceza koşulu da aynı amaca hizmet eder, bu sebeple, temerrüt faizi ile ceza koşulunun birlikte istenmesi mümkün olmaz; ceza koşulunun temerrüt faizinden düşülmesi gerekir. Gecikme süresinden bağımsız olarak ceza koşulu kararlaştırılmışsa (belli bir tarihte ifa edilmemesi halinde belli bir tutarın ödenmesi gibi), herhangi bir mahsup söz konusu olmaz, hem temerrüt faizi hem de ceza koşulu talep edilebilir³⁸³. Kanaatimizce, konu ceza koşulunda aşan zararın tazminiyle ilgili kanun hükmü (TBK m. 180/II) göz önünde tutularak çözüme kavuşturulmalıdır. Bu hükümde, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar, ceza koşuluyla tek kalemde değerlendirilmiş ve ceza koşulu yanında onu aşan tutarın talep edilebilmesine de olanak tanınmıştır. Kanunkoyucunun bu düzenlemeyle takındığı tavır, ceza koşulu tutarına kadar tazminat talebinin tek bir talep olarak birleştirilmesiyle, bunların ayrı ayrı talep edilmesini uygun görmemesidir. Bu düşünceden hareketle, alacaklının paradan mahrum kalmakla uğradığı zararı karşılamayı hedef edinen temerrüt faizini de bir tazminat talebi olarak ceza koşuluyla birlikte değerlendirerek; ancak ceza koşulunu aşan tutar ölçüsünde bu talebe olanak tanımak uygun olacaktır³⁸⁴.

Para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunda, temerrüt faizi oranının sınırına ilişkin emredici hükmün (TBK m. 120) ceza koşulu bakımından dikkate alınıp alınmayacağı konusu da doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu konuda, doktrinde bir görüş, büyük oransızlık hallerinde, azami faiz sınırının ceza koşulu için de bir sınır oluşturacağını³⁸⁵; başka bir görüş, faiz konusundaki emredici hükümlerin, meselâ, gayrimenkul rehinindeki faiz oranı sınırlarından bahseden İsviçre Medeni Kanunu'nun 795'inci maddesinin (TMK m. 852) burada da uygulanması gerektiğini³⁸⁶; bir başka görüş de, en yüksek faiz sınırının bir sınır olarak uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, sınırın üstünde kalan kısmın geçersizlik olarak açıklanamayacağını, bunun

ceza koşulu miktarını aşması halinde, alacaklının ceza koşulu yerine temerrüt faizi istemesine bir engel bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344, dn. 3a.

³⁸³ Koller, Konventionalstrafe, kn. 144.

³⁸⁴ Benzer yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114.

³⁸⁵ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521; Uçar, s. 12.

³⁸⁶ Becker, m. 160, kn. 6.

yine de hâkimin fahiş ceza koşulunu indirmesi olarak düşünülmesi gerektiğini³⁸⁷ ifade etmiştir. Başka bir görüş de konuyu kanuna karşı hile çerçevesinde ele alıp değerlendirmiştir. Bu görüşe göre, ancak hâkime ceza koşulunu indirme yetkisinin verilmediği durumlarda kanuna karşı hilenin varlığından söz edilebilmeli, bu durumda da hâkim, ceza koşulu miktarını en yüksek faiz oranına indirebilmelidir³⁸⁸.

Para borçları için kararlaştırılan ceza koşulunda acaba kanuna karşı hile açısından, temerrüt faizi oranının sınırına ilişkin emredici hüküm de (TBK m. 120) burada göz önünde bulundurulacak mıdır? Anlaşılacağı üzere, bu ihtimal özellikle, tarafların, en yüksek faiz sınırını aşan miktarda ceza koşulu kararlaştırmaları durumunda ortaya çıkabilir. Kanaatimizce bu durumda kanuna karşı hilenin varlığını kabul etmek, ceza koşulu kurumunun para borçları açısından uygulama alanını oldukça sınırlamış olur. Çünkü bu kabul, ceza koşulunun en yüksek faiz oranını aşacak şekilde belirlenmesinin hiçbir zaman geçerli sayılmayacağı sonucuna götürür. Hâlbuki böyle bir sonuç ne faizle ne de ceza koşuluyla ilgili hükümler arasında açıkça kabul edilmiştir. Zaten kanunkoyucu da faiz ve ceza koşulunu, iki ayrı kurum olarak değerlendirmiş; ceza koşulu bakımından bu şekilde bir sınırlandırmayı kabul etmemiştir³⁸⁹. Elbette, hâkim ceza koşulunun aşırılığını değerlendirirken, alacaklının temerrüt faizine ilişkin menfaatini de göz önünde bulunduracaktır. Olsa olsa bu noktada temerrüt faizinin ceza koşuluna etkiye bulunduğu kabul edilebilir. Neticede kanaatimizce, temerrüt faizi sınırı, ceza koşulu açısından bir sınır teşkil etmeyeceği gibi, kanuna karşı hilenin varlığı sonucuna da yol açmaz³⁹⁰.

Asıl borcun eksik borç olması hali ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Eksik borçlar, bilindiği üzere Roma Hukuku kaynaklı olup, ortak özellikleri; bu tür borçlar ifa edilebilmeleri, ifa durumunda bu ifanın bağışlama ve sebepsiz

³⁸⁷ Oser ve Schönerberger, s. 709, kn. 11.

³⁸⁸ Topçuoğlu, s. 148.

³⁸⁹ Benzer yönde bkz. Oğuzman, s. 277; Bilge, s. 83; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 72.

³⁹⁰ Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 68; Karahasan, Cezai Şart, s. 489; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 72, 103; Gökçeoğlu, s. 42; Topçuoğlu, s. 148. Aksi görüş kabul edilse bile, temerrüt faizine ilişkin sınırlamanın (TBK m. 120) adi-ticari iş ayrımı yapılmaksızın her türlü işlerde uygulanabileceği yönündeki görüş (Bkz. Aydoğdu, (Aydoğdu ve Ayan), Faiz, ss. 193-194) değil de ticari işlerde geçerli olmayacağı yönündeki görüş (Bkz. Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 506; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 471, Ankara, 2012, s. 73; Eren, Genel Hükümler, s. 1125; S. Ayan, (Aydoğdu ve Ayan), Faiz, s. 197) kabul edilirse, ticari işler bakımından, zaten yukarıda belirtilen tartışma ortaya çıkmayacaktır. Başka bir deyişle kanuna karşı hilenin varlığından hiçbir zaman bahsedilemeyecektir.

zenginleşme sayılmaması, bununla birlikte ifasının gerçekleşmesi konusunda talep ve dava hakkı vermemeleridir³⁹¹. Doktrinde bir görüş, peşinen eksik borçların tümünün ifaya eklenen ceza koşulu türüyle teminata bağlanabileceğini ancak bu halde ceza koşulunun da eksik borç niteliğinde olacağını ifade etmiştir³⁹². Ancak ifade edilmeli ki, eksik borçlar teminata bağlanabiliyorlarsa, aynı şekilde bunlar için ceza koşulu da öngörülebilir³⁹³.

Her bir eksik borç için konuyu değerlendirecek olursak; kumar ve bahisten doğan eksik borçlarda ceza koşulu öngörülürse, ceza koşulu da eksik borç niteliğini taşıyacaktır³⁹⁴. Bu sonuç, Türk Borçlar Kanunu'nun 604'üncü maddesinde, "*Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.*" şeklinde asıl borç için getirilen kuralın fer'ilik özelliği taşıyan ceza koşulu için de geçerli olmasından kaynaklanır. Nasıl ki, asıl borcun ifası için borçlu zorlanamıyorsa, ona bağlı olan ceza koşulu için de bir zorlama getirilemez³⁹⁵. Buna karşılık, kumar ve bahisten kaynaklanan bir borç için ceza koşulunun kararlaştırılamayacağı ya da geçersiz olacağı şeklindeki bir kabul, ceza koşulunun fer'i niteliğine uygun olmayacaktır. Gerçekten bu ihtimalde, asıl borç eksik de olsa geçerli olduğu halde, asıl borcun varlık ve geçerliliğine bağlı olan ceza koşulu geçersiz sayılacak, bir bakıma bağımsız bir borç olarak kendi şartları dairesinde değerlendirilmiş olacaktır.

Zamanaşımına uğramış bir borç da eksik bir borç olup bunun için ceza koşulu öngörülmüş olabilir³⁹⁶. Bu ihtimalde ceza koşulunun da eksik borç sayılması

³⁹¹ Eren, Genel Hükümler, ss. 88-89; Erol Cansel ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Borçlar), ss. 88-89.

³⁹² K. Güven, III. 7.

³⁹³ Becker, m. 160, kn. 9; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7; Eren, Genel Hükümler, s. 1207; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 11.

³⁹⁴ Aynı yönde bkz. Becker, m. 160, kn. 9; Müller, Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR / B. - C., kn. 240; Bilge, s. 71; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Feyzioğlu, s. 392; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 85; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 28.

³⁹⁵ Kumar ve bahis borcu için ceza koşulunun kararlaştırılamayacağı yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 9; Keller ve Schöbi, s. 92; Bucher, s. 522; von Tuhr ve Escher, s. 279; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3838; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 8; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 2; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 983; O. Berki, s. 284; Kanık, s. 1072; Bilge, s. 71; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 11-12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Birsen, s. 367; Eren, Genel Hükümler, ss. 90, 1207; Akıntürk ve Karaman, s. 164; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 521; Gökçeoğlu, s. 37. Bu tür borçlar için kararlaştırılan ceza koşulunun batıl (geçersiz) olacağını açık bir dille ifade eden yazarlar için bkz. Keller ve Schöbi, s. 92; Tuhr ve Escher, s. 279; Schwenzler, kn. 71.04; Heizmann, s. 47, kn. 94; Funk, s. 229; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 983; Birsen, ss. 360, 367; Er, s. 367.

³⁹⁶ Keller ve Schöbi, s. 92; Bucher, s. 522; Berger, kn. 1783; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 2; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5; Bilge, s. 72; Eren, Genel Hükümler, ss. 92, 94, 1207; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 983; Kanık, s. 1072; Feyzioğlu,

gerektiğini peşinen kabul etmek doğru olmaz. Şöyle ki, zamanaşımı def'inde bulunma hakkından sonradan feragat edildiği hallerde (TBK m. 160/I), asıl borcun takip ve dava edilebilir olma özelliği sayesinde, artık eksik borç özelliği ortadan kalkmış olur, buna bağlı olarak öngörülen ceza koşulu da eksik borç olmaktan çıkar³⁹⁷. Ancak zamanaşımından feragatin söz konusu olmadığı hallerde, asıl borç gibi ceza koşulu da eksik borç niteliği taşıyacaktır.

Eksik borçların bir diğer türü olan; ahlaki yükümlülüklerden kaynaklanan borçlarda da ceza koşulu öngörülmüş olabilir³⁹⁸. Bu ihtimalde ceza koşulu eksik bir borç niteliğinde olmayacaktır. Şöyle ki, bu tür eksik borçların yerine getirileceğine ilişkin bir taahhütte bulunulması, onları eksik borç olmaktan çıkarır, dava ve takip edilebilen tam bir borç haline getirir. Dolayısıyla buna bağlı olarak fer'i nitelikteki ceza koşulu da tam bir borç niteliğine kavuşmuş olur³⁹⁹.

2. Asıl Borcu Doğuran Kaynaklar

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun kaynağı açısından, kanunkoyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinde, “ *Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, ...*” ifadesine yer vermiştir. Bu ifadeden anlaşılabileceği üzere, ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borcun kaynağı hukuki işlemin en yaygın kullanılan türlerinden olan sözleşmedir. Ancak kanunkoyucunun bu ifadesinden asıl borcun kaynağının yalnızca sözleşme olabileceği anlamı da çıkarılmamalıdır. Doktrinde sadece sözleşmenin ceza koşulunun kaynağı olabileceği yönünde bir görüş de ileri sürülmüşse de⁴⁰⁰, sözleşme dışındaki kaynaklardan, yani kanundan doğmuş olan borçların ceza koşuluyla teminat altına

s. 392; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 520-521; Akıntürk ve Karaman, s. 164; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376; Gökçeoğlu, s. 37.

³⁹⁷ Aynı yönde bkz. Schoch, s. 20; Bilge, s. 72; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 86-87; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 520.

³⁹⁸ Aynı yönde bkz. Keller ve Schöbi, s. 92; Bucher, s. 522; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 2; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5; Bilge, s. 71; Funk, s. 229; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 344; Arsebük, Cezai Şart, s. 989; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 983; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 12; Birsen, s. 360; Eren, Genel Hükümler, ss. 92, 94, 1207; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 520-521; Kanık, s. 1072; Gökçeoğlu, s. 37; Akıntürk ve Karaman, s. 164; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1376.

³⁹⁹ Feyzioğlu, s. 392; Funk, s. 229; Bilge, s. 71; Birsen, s. 360; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 86.

⁴⁰⁰ Roger Secrétan, Etude sur la clause pénale en droit suisse: précédée d'une introduction sur les arrhes, Lausanne: Imprimerie "La Concorde", 1917, ss. 67-68'den aktaran Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 9-10.

alınabilmelerine ilişkin ne Kanun'da bir engel ne de hukuka aykırı bir durum vardır⁴⁰¹. Yine bazı yazarların ceza koşulunun tanımında kullandıkları “*akdi bir alacağın temin edilmesi*” ifadesinden⁴⁰², ceza koşulunun sadece sözleşmeden kaynaklanması gerektiği izlenimi uyansa da bu sonuç yanıltıcı olur. Asıl borcun kaynağı ayrıca tek taraflı bir hukuki işlem de olabilir. Bundan başka asıl borcun; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da aile hukuku (nafaka) gibi bir sebeple doğrudan doğruya kanundan kaynaklı bir borç ilişkisinden doğmuş olması da mümkündür⁴⁰³. Ceza koşulu taahhüdüyle, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi kanundan doğan bu borçlar, sözleşmesel borç haline gelmezler; hukuki niteliklerini korurlar⁴⁰⁴. Doktrinde buna aykırı düşecek şekilde, kanundan doğan borçların ceza koşuluyla teminat altına alınmaları için bunların bir sözleşmeyle yeniden taahhüt edilmesi ve sonra bu sözleşmesel borç için bir ceza koşulu belirlenmesi yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmişse de⁴⁰⁵, kanundan doğan bir borcun sonradan ayrıca sözleşmeyle taahhüt edilmesine gerek kalmaksızın ceza koşuluna bağlanması mümkündür. Ancak, bu tür borçlar için ceza koşulunun belirlenmesinde, kanundan kaynaklanan asıl borca ilişkin bu yükümlülük, çoğunlukla, ceza koşulunun belirlendiği sözleşmesel formda tekrar edilmiş olacaktır. Tabi ki de bu, asıl borcun önce sözleşmesel temele kavuşturulması, ardından bu sözleşmesel borç için ceza koşulunun kararlaştırılması anlamında değildir. Dolayısıyla, burada ceza

⁴⁰¹ Ayrıca kanundan doğan borçlar bakımından ceza koşulunun belirlenmesine bir engel olsaydı, bu hususta Türk Borçlar Kanunu ile benzer nitelikte hükümleri olan Alman Medeni Kanunu da, 339'uncu paragrafında, her türlü borcun ceza koşuluna bağlanabileceğini belirtmezdi. Aynı yönde bkz. Tunçomağ, ss. 10-11.

⁴⁰² Bu yöndeki tanım için bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 1 vd.; Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 594.

⁴⁰³ Schoch, ss. 13-14; Oser ve Schönerberger, s. 701, kn. 9; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3786; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 3, kn. 7; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 2; Becker, m. 160, kn. 3; Bilge, ss. 60-61; Er, s. 368; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 520; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 343; Feyzioğlu, s. 391; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 982; Birsen, s. 361; Kanık, s. 1073; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 11; Reisoğlu, s. 456; İnan ve Yücel, s. 564; Gökçeoğlu, s. 37; Akıntürk ve Karaman, s. 164; M. Ayan, s. 80; Karahasan, Borçlar Hukuku, ss. 1375-1376; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 717; Öktem Çevik, s. 99; Tekelioğlu, s. 166. Doktrinde bazı yazarlar, asıl borcun kaynağı konusunda daha da ileri giderek, asıl borcun kaynağının ceza kanunlarınca yasaklanmış bir fiilin gerçekleştirilmesiyle oluşturulabileceğini ifade etmişlerdir. Bkz. Becker, m. 160, kn. 3; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 75. Ancak Arsebük'e göre, kanunen yasak edilmiş bir fiilin yapılamayacağı taahhüdüne girilmesi mümkün olmadığı için bu hususta ceza koşulu da kararlaştırılamayacaktır. Bkz. Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 982.

⁴⁰⁴ Bilge, s. 62; Kocaağa Sözleşme Cezası, s. 74.

⁴⁰⁵ Secrétan ss. 67-68'den aktaran Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 9-10. Benzer yönde bkz. Göktürk, Cezai Şart, s. 399. Zaten bu görüşün savunucusu olan Secrétan'ın, asıl borcun kaynağı konusunda sadece sözleşmeyi kabul etmesiyle bu gerekliliği ortaya attığı görülmektedir.

koşulunun taahhüt edilmesi ile asıl borcun yeniden sözleşmeyle taahhüt edilmesini birbirleriyle karıştırmamak gerekir⁴⁰⁶.

B. Asıl Borçtan Ayrı Ancak Ona Bağımlı (Fer'i) Nitelikte Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması

1. Asıl Borçtan Ayrı Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması

Ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim olması gerekir⁴⁰⁷. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki “..*bir ceza kararlaştırılmışsa, ...*” ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 160'ıncı maddesindeki “..*bir ceza koşulunun taahhüt edilmesi..*” ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Ayrı bir edim olarak ceza koşulunun konusunu belirlerken, taraflar, Kanun'daki sınırlara uymak kaydıyla, tamamen serbesttirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin birinci fıkrası da bu serbestiyi ifade etmiştir. Her ne kadar ilgili hükümde sadece miktardan söz edilmişse de, miktar dışındaki diğer unsurlar açısından da bunu kabul etmek gerekir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin birinci fıkrası, Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesinin ayrıca ve özel olarak ceza koşulunun miktarı bakımından düzenlenmiş halidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesine göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini Kanun'da öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesi gereği de ceza koşulu ediminin miktarı kadar konusunun belirlenmesinde de tarafların serbest oldukları kabul edilmelidir.

Ayrı bir edim olarak ceza koşulu, asıl borca eklenmiş başka bir edim olabileceği gibi, asıl borcu çoğaltan bir edim de olabilir. Örneğin, asıl borcun taşınır bir mal satışından kaynaklandığı ve bunun ifa edilmemesi halinde aynı maldan iki adet teslim edileceğinin öngörüldüğü durumda, ceza koşulu edimi aynı taşınır maldan bir

⁴⁰⁶ Aynı yönde bkz. Schoch, ss. 13-14.

⁴⁰⁷ Schoch, s. 25; Oser ve Schönenberger, ss. 700-701, kn. 3; Becker, m. 160, kn. 5; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9; Funk, s. 229; Birsén, s. 361; Göktürk, Cezai Şart, s. 398; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 88; BGE 80 II 123, (Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9). Alman Hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde de (BGB § 339, § 342), bir miktar para ödemesi veya başka bir ödemeden bahsedildiği için, ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim olması gerektiğinin kabul edildiği söylenebilir. Bkz. Esser ve Schmidt, s. 267.

adet fazla verilmesinden ibarettir⁴⁰⁸. Aynı şekilde, faizlerin ödenmemesi hali için faiz oranının yükseltileceğinin kararlaştırılmasında da, asıl borcun çoğalmasını gerektiren bir ceza koşulunun varlığı söz konusudur. Nitekim faiz oranının yükseltilmesi demek, aynı cinsten fakat miktarca fazla bir edimin ifa edilmesi demektir⁴⁰⁹. Faiz oranının yükseltilmesi yerine işlemeye başlayacağı tarihin daha da öne çekildiği durumlarda acaba ceza koşulunun varlığından söz edilebilir mi? Örneğin, faiz veya iratlar gibi dönemsel edimlerin veya bağışlanan bir paranın ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt faizinin, ihtar tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiş olabilir. Bilindiği üzere, bu tür parasal edimler için temerrüt faizi, icra veya mahkemeye başvurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlar (TBK m. 121/I), ancak bunun aksine yapılan anlaşmalar ceza koşulu hükümlerine tabidir (TBK m. 121/II). İşte ceza koşuluna işaret eden kanunkoyucunun buradaki gerçek iradesi, icra veya mahkemeye başvurulduğu tarihe kadar geçen süre için işletilen temerrüt faizi tutarını ceza koşulu saymak değildir. Kanunkoyucu burada sadece, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükme (TBK m. 182/III) atıfta bulunmak istemiştir. Bunun gerekçesi, borçlunun durumunu hafifletmek düşüncesidir.

Bir borcun ifa edilmemesi durumunda, zaten kanun gereği var olan bir hakkın veya menfaatin sınırlandığı ya da değişikliğe uğradığı yahut sona erdiği yerde de ceza koşulu söz konusu olamaz. Örneğin, karşı tarafın temerrüdü durumunda sözleşmenin feshedileceği şeklindeki bir anlaşma; birkaç taksidin ödenmemesi durumunda tüm taksitlerin muacceliyet kazanacağına dair yapılan anlaşma; ceza koşulu niteliğinde olmayıp, kanunda tarafların sahip oldukları bazı hakların tekrarıdır. Zaten, bu gibi durumlarda, asıl borçtan ayrı nitelikte bir edim de yoktur⁴¹⁰.

Kanunda ayıpla ilgili hükümler arasında yer verilen seçimlik haklardan birisi olan bedelde indirim hakkı sözleşmede taraflarca tekrarlanmış olabilir. Bundan başka, borçlunun ifada geciktiği her gün için ya da gereği gibi ifa etmediği için kendisinin sahip olduğu alacak hakkının azalacağı sözleşmede belirtilmiş olabilir. Bu ihtimallerde

⁴⁰⁸ Bucher, s. 523, dn. 8; Bilge, s. 77; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 793; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 87-88.

⁴⁰⁹ von Tuhr ve Escher, s. 279; Arsebük, Cezai Şart, s. 989; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 834; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 12-13; Feyzioğlu, s. 390.

⁴¹⁰ Oser ve Schöenberger, ss. 700-701, kn. 3; Becker, m. 160, kn. 5; von Tuhr ve Escher, s. 279; BGE 80 II 123, Er. 3b, s. 133, (relevancy.bger.ch, E.T.: 31.7.2018); Bilge, ss. 78-79; Feyzioğlu, s. 390; Arsebük, Cezai Şart, ss. 989-990; Göktürk, Cezai Şart, s. 398; Kanık, s. 1073; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 13; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 858; Birsen, s. 361; Uçar, ss. 15-16; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377.

ayrı bir edim olarak ceza koşulunun varlığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, burada ceza koşulu niteliği taşıyan ayrı bir edimin bulunmadığını kabul ederken⁴¹¹, diğer görüş bunun aksini savunmaktadır⁴¹². Federal Mahkeme de bu son görüşle uyumlu şekilde, daha önceki, kanunen düzenlenmiş durumlarda ceza koşulundan bahsedilemeyeceği şeklindeki görüşünden dönerek, ceza koşulunun, pasifin azalması veya aktifin çoğalması şeklinde de olabileceğini kabul etmiş ve satış bedelinde belli bir miktarın indirilmesini ceza koşulu olarak nitelendirmiştir⁴¹³. Kanaatimizce, sözünü ettiğimiz her iki örnek bakımından ayrı bir ceza koşulu ediminin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Ayıp örneğinde, bedelden indirim hakkının tanındığı sözleşmelerde, bu, kanunen var olan bir seçimlik haktır (Satışta bkz. TBK m. 227/I b.2, kirada TBK m. 305/I, eserde TBK m. 475/I b.2). Bu sebeple bu tür sözleşmeler açısından, tarafların kanunen sahip oldukları bazı hakların tekrarı niteliğinde olmaları gerekçesiyle, ayrı bir edim niteliğinde ceza koşulunun varlığından söz edilemez. Aynı şekilde, ayıp ve bedelden indirim hakkıyla ilgili bir düzenleme içermeyen ve hakkında ayıp ve indirimle ilgili hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulamadığı sözleşmeler bakımından da, bedelden indirim, ortada ayrı bir edim bulunmadığı için ceza koşulu olarak değerlendirilmemelidir. Diğer örnek olan; borçlunun ifada geciktiği her gün için ya da gereği gibi ifa etmediği için kendisinin sahip olduğu alacak hakkının azalmasında da, tarafların kanunen sahip oldukları bazı hakların tekrarı niteliğinde olmaları gerekçesiyle, ayrı bir edim niteliğinde ceza koşulunun varlığından söz

⁴¹¹ von Tuhr ve Escher, s. 279; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 13. Oğuzman ve Öz, burada bir ceza koşulunun olmadığını ifade ettikten sonra, bu tür cezaların bir edim niteliği taşımadığı gerekçesine dayanan ayırımın isabetli olmadığını, bu gibi durumlarda da ceza koşuluna ilişkin hükümlerin en azından kıyasen uygulanabilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 523.

⁴¹² Becker, m. 160, kn. 6; Bucher, s. 523, dn. 7; Bilge, s. 79; Hatemi ve Gökyayla, ss. 353-354; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 89, 96.

⁴¹³ BGE 135 III 433, Er. 3, 4, (www.swisslex.ch, E.T.: 15.11.2018); BGer, 6.7.2011, 4A_414/2011, Er. 2.4; BGer, 28.4.2014, 4A_69/2014, Er. 5, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 06.07.2018). Ehrat ve Widmer de, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararından (BGE 135 III 433, Er. 3, 4) sonra hiç ifa etmeme durumunda bir hakkın kaybolacağına ilişkin bir anlaşmaya da ceza koşulu hakkındaki hükümlerin uygulanabileceğini, özellikle aşırı yüksek hak kaybı durumlarında, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün uygulanacağını ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 10a. Bu karardan sonra, Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu da bir hakkın kaybının ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1366. Aydoğdu'ya göre de abone sözleşmelerinde uzun süreli sözleşme imzalanması karşılığında fiyat indirimi yapılması durumunda, sözleşmeye son verilmesi halinde, yapılan indirimlerin geri alınacağına ilişkin kayıtlar, ceza koşulu niteliğindedir. Bkz. Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, (Denetim), ss. 132-133; Aydoğdu, Şerh, s. 292.

edilemeyecektir. Çünkü alacaklının, borçluya karşı; onun borçlu temerrüdü sebebiyle ileri sürebileceği gecikme tazminatı (TBK m. 118) ya da gereği gibi ifa etmeme sebebiyle talep edebileceği tazminat (TBK m. 112 vd.) şeklindeki alacağı takas edebilmesiyle, alacak hakkında azalma gerçekleşmektedir; takas hakkı da Kanun'da alacaklıya tanınmış bir haktır (TBK m. 139 vd.).

2. Ceza Koşulu Ediminin Geçerli Olması

Ceza koşulu ediminin asıl borç yanında ayrı bir edim (yan borç) olması, aynı zamanda bizzat kendisinin de geçerli olmasını gerekli kılar. Ceza koşulunun geçerliliği, geçersizlik sebepleri taşımamasına bağlıdır. Geçersizlik sebepleri, emredici bir hükme aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, şekle aykırılık, ahlaka aykırılık, ehliyetsizlik, imkânsızlık, irade sakatlığı sebepleri gibi genel sebepler olabileceği gibi kanunkoyucunun bu hususta getirdiği bazı yasaklamalara aykırılık halleri de olabilir. Devam eden açıklamalarımızda, borçlar hukukunda anlatılan bütün geçersizlik sebepleri ayrıntılarıyla incelenmeyecek, sadece özellik taşıyan bazı durumlar ele alınacaktır.

Geçersizlik sebeplerinden sayılan emredici hükümlere aykırılık açısından özel olarak incelenmesi gereken bir konu, ceza koşulunun genel işlem koşullarının içerisinde yer alması ve bu koşulların Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ile 25'inci maddeleri arasında öngörülen emredici kurallara aykırı olması halidir. Bu durumda genel işlem koşulu için yapılan; bağlayıcılık denetimi, yorum denetimi veya içerik denetimi gibi denetim yolları aynen ceza koşulu için de geçerli olacak, denetim sonucunda varılan sonuca göre ceza koşulunun bağlayıcı olmadığı veya yazılmamış sayılacağı söylenebilecektir. Bu hususta özellikle içerik denetimiyle ilgili; karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıran dürüstlük kuralına aykırı ceza koşulunun varlığı sonucuna varabilmek konusunda genelleştirilmiş ölçütlerin bulunmaması sebebiyle, hâkimin, somut olayın özelliğine göre yapacağı değerlendirme önem taşıyacaktır. Hâkimin yapacağı değerlendirmede, ceza koşulunun borçlunun durumunu ağırlaştıran nitelikte olup olmadığı konusunda; sözleşmeyi ihlalin ağırlığı ile bunun yaptırımı olarak öngörülen ceza koşulunun borçlu bakımından sonuçları arasında büyük oransızlığın olup olmadığına, bu noktada ceza koşulunun ekonomik

olarak makul sınırlar içerisinde olup olmadığına bakılabilir⁴¹⁴. Hatta sözleşmede bir tarafın tüketici sıfatına sahip olması da yapılacak değerlendirmede önem taşıyabilir. Doktrinde, bir tarafın tüketici olduğu bir sözleşmede, her iki taraf için de eşit miktarda ceza koşulu kararlaştırılması halinde ölçüsüzlüğün ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür⁴¹⁵. Somut bir örnek vermek gerekirse, genel işlem koşulunu kullanan tarafın sözleşmeye aykırı davranışları yaptırıma bağlanmazken, karşı tarafın benzer nitelikteki sözleşmeye aykırılığının ceza koşuluna bağlanması, dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde dengesizliğe sebep olur ve anılan ceza koşulu kesin hükümsüzdür (TBK m. 25)⁴¹⁶. Ancak buna rağmen, Yargıtay'ın, genel işlem koşulları arasında yer alan; davacı lehine göze çarpan nitelikte orantısızlığa ve adil olmayan sonuçlara yol açan ve sözleşme dengesini bozan ceza koşulunu, isebetsiz şekilde, yok hükmünde saydığı bir kararı bulunmaktadır⁴¹⁷. Bu noktada ayrıca, hükümsüzlük gibi keskin bir yaptırım yerine, tıpkı ceza koşulunun indirilmesinde olduğu gibi, genel işlem koşulu niteliğindeki ceza koşulunun da uygun ölçüye indirilerek geçerli kılınmasının mümkün olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu konu doktrinde tartışmalı olup, hâkim görüş, indirim yoluna gitmenin, genel işlem koşullarıyla getirilen denetim ve dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının getirilmesini önleme amacını boşa çıkaracağı yönündedir. Bu sebeple ceza koşulunun tümüyle geçersiz olduğunun kabulü gerekir⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Genel işlem koşulları açısından içerik denetimiyle ilgili benzer açıklamalar için bkz. Kırca, ss. 129, 131; Mehmet Demir, "Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu", **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Ankara, 2005, (Cezai Şart), ss. 441-446. Alman Hukukunda 1976 tarihli Genel İşlem Koşullarının Düzenlenmesi Hukukuna İlişkin Kanunu'nun 9'uncu maddesinde yer verilen içerik denetimi hükmü, 01.01.2002 yılında Alman Medeni Kanunu'nun 307'nci maddesine aktarılmış, böylece uzun yıllardır Alman Yargısını meşgul eden bu mesele sebebiyle, dürüstlük kuralına aykırı ölçüsüz ağırlaştırmanın hangi durumlarda gerçekleştiğine ilişkin bireysel olmayan genelleştirilmiş ölçütler belirlenmeye çalışılmıştır. Bkz. BGH, 18.01.2001, VII ZR 238/00, Brandenburg=WM Heft 16/2001, 823 vd. (M. Demir, Cezai Şart, ss. 437-441; BGH, T. 23.1.2003, VII ZR 210/01, (juris.bundesgerichtshof.de, E.T.: 20.11.2018); BGH, T. 20.01.2000, VII ZR 46/98; BGH, T. 19.01.1989, VII ZR348/87, (www.jurion.de, E.T.: 20.11.2018); BGH T. 20.01.2016-VIII ZR 26/15, (openjur.de, E.T.: 20.11.2018); BGH, T. 7.5.1997, VIII ZR 349/96; BGH, T. 03.04.1998, V ZR 6/97, (www.jurion.de, E.T.: 20.11.2018).

⁴¹⁵ Ali Haydar Yağcıoğlu, "Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, İzmir, 2013, ss. 3077-3078; Aydoğdu, Denetim, ss. 123 vd.

⁴¹⁶ Ceza koşulunun bir türü olarak kabul etmesek de dönme cezasıyla ilgili benzer bir örnek için bkz. Aydoğdu, Şerh, s. 275.

⁴¹⁷ Yarg. 11. HD., T. 12.2.2014, E. 2013/15438, K. 2014/2405, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 17.10.2017). Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ayşe Havutcu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s. 154 vd.

⁴¹⁸ Schwenzer, kn. 24.08, 32.45, 46.09; Kırca, s. 131.

Ayrıca ifade edilmeli ki genel işlem koşulları arasında yer alan ceza koşuluna ilişkin kaydın açık ve anlaşılır şekilde kayda alınması gereklidir. Açık ve anlaşılır olmayan; başka bir deyişle yoruma ihtiyaç gösteren ceza koşulu kaydı yorum denetimine tabi tutularak, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır (TBK m. 23). Ayrıca ceza koşulu gibi, ceza koşulunun muaccel olmasına yol açan sözleşmeye aykırı davranışın da açıkça ve ayrıca belirtilmesi gereklidir. Sadece sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmiş olması durumunda, yapılan yorum denetimi sonucunda ceza koşulunun hiç düzenlenmediği şeklinde bir sonuca varılabilir⁴¹⁹.

Ceza koşulunun, kanunkoyucunun getirdiği yasaklamaya aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı bazı haller de vardır. Bunlardan biri, konut ve çatılı işyeri kiralarında, kira bedeli ve yan giderler dışında kiracıya ilave bir yükümlülük; bu arada ceza koşulu getirilemeyeceği yönündeki hükümdür (TBK m. 346, cümle 1 ve 2)⁴²⁰. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu hükümden önce hukukumuzda bir düzenleme bulunmasa da, Yargıtay'ın, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamına giren kira sözleşmelerinde kira bedelinin ödenmesine ilişkin olarak kiracı aleyhine kararlaştırılan ceza koşullarını geçersiz kabul eden kararları bulunmaktaydı⁴²¹.

⁴¹⁹ Hiç düzenlenmeme şeklindeki sonucun geçersizlik olduğu yönünde bkz. Aydoğdu, Denetim, s. 106; Veli Karagöz, "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", *AÜEHFD*, C.8, S.1-2, 2004, (Tip İş Sözleşmesi), s. 604.

⁴²⁰ Ancak ifade edilmeli ki, bu hüküm, dolayısıyla söz konusu yasak, kiracının, Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişilerden biri veya özel hukuk ya da kamu tüzel kişisi olduğu işyeri kiralarında, 1.7.2020 tarihine kadar uygulanmayacaktır (6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Geçici Madde 2). İlgili Yargı kararları için bkz. Yarg. 3. HD., T. 4.10.2017, E. 2017/4813, K. 2017/13244, (www.lebibyalkin.com.tr, Mevbank, E.T.: 21.12.2018); Yarg. 8. HD., T. 4.7.2018, E. 2017/10808, K. 2018/14928, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁴²¹ Yarg. 13. HD., T. 1.3.1974, E. 1973/511, K. 1974/492; Yarg. 13. HD., T. 25.09.1979, E. 1979/3966, K. 1979/4619; Yarg. 13. HD., T. 3.11.1977, E. 1977/3450, K. 1977/4832; Yarg. 3. HD., T. 23.9.1996, E. 1996/6826, K. 1996/9627, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Ancak Yargıtay'ın bu kabulünün istikrar kazanmış bir uygulama sonucu olduğu söylenemez; bu durumda, ceza koşulunun geçerli olduğuna ilişkin kararları da bulunmaktaydı. Bkz. Yarg. 6. HD., T. 12.10.2004, E. 2004/6591, K. 2004/6829, (Gökçeoğlu, ss. 98-99). Aksı karar için bkz. Yarg. 13. HD., T. 1.3.1974, E. 1973/511, K. 1974/492, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018). Ceza koşulunu geçersiz kabul eden kararlarda belirtilen gerekçelerle, Yargıtay'ın, sözleşme yapılırken kiracı tarafından verilen tahliye taahhüdü ile bu tahliyede gecikme hali için öngörülen ceza koşulunu da geçersiz saydığı kararları bulunmaktaydı. Bkz. Yarg. 13. HD., T. 15.4.1976, E. 1975/6307, K. 1976/3229, (Ank.BD, 1976, S. 6, ss. 1125-1126). Doktrinde bazı yazarlar, bu şekilde; kiracı aleyhine öngörülen ceza koşulunu, kararlaştırıldığı zaman ve o zamandaki şartlar dikkate alınmadan peşinen geçersiz saymanın yerinde olmadığını; dolayısıyla kiracının ilk sözleşmenin düzenlenmesinden sonra verdiği tahliye taahhütleri nasıl geçerli ise, kendi özgür iradesiyle kendi aleyhine kabul ettiği ceza koşulunun da geçerli sayılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 346-347; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 57-58. Doktrindeki bu

Kanunkoyucunun getirmiş olduğu yasaklamalardan diğeri de, genel hizmet sözleşmesinde, sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olacağına ilişkin hükümdür (TBK m. 420/I). Bu hükümle, tek taraflı işçi aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu geçersiz sayan, buna göre ceza koşulunun karşılıklı olması gerektiğini vurgulayan yargı içtihatları kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur⁴²². Ancak, Türk Borçlar Kanunu’nun 420’nci maddesinin birinci fıkrasında getirilen yasak, eğitim karşılığı kararlaştırılan ceza koşulunu kapsamayacaktır. Bu husus, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önce de hem doktrin hem de Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁴²³. Yasağın uygulanmayacağı diğeri bir istisna da yasağın niteliği ve Kanun’dan kaynaklanması sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesinde yer verilen ceza koşuludur⁴²⁴.

Yine kanunkoyucunun, kefalet sözleşmesinde kefilin, ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağını belirten hükmü de getirmiş olduğu diğeri yasaklamalardan biridir (TBK m. 589/IV). Kefalette kefilin sorumluluğu, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarıyla sınırlıdır. İlk bakışta, ceza koşulu da borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonucu gibi gözükse de Türk Borçlar Kanunu’nun 589’uncu maddesinin son fıkrasında, kefilin ceza koşulunu ödemekle yükümlü olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Tarafların kefilin ceza koşulundan da sorumlu tutulacağına ilişkin anlaşmaları halinde, bu anlaşma kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır⁴²⁵. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise, m. 499/II-b.1’de, açıkça kararlaştırıldığı takdirde, kefilin ceza koşulunu da ödemekle yükümlü

görüş, bazı Yargıtay kararlarına da benimsenmiştir. Bkz. Yarg. 6. HD., T. 21.10.1982, E. 1982/8949, K. 1982/9174; Yarg. 1. HD., T. 14.01.1986, E. 1985/6910, K. 1986/85, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 04.04.2017); YHGK., T. 13.03.1996, E. 1996/13-60, K. 1996/1370, (Gökçeoğlu, s. 84).

⁴²² Yarg. 9. HD., T. 27.3.2012, E. 2010/3110, K. 2012/10189; Yarg. 9. HD., T. 27.12.2010, E. 2010/37461, K. 2010/40824, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.10.2010).

⁴²³ Akyiğit, s. 190; Soyer, Hizmet Akdi, s. 363 vd.; Soyer, (Karar İncelemesi), ss. 30-31; Yürekli, ss. 1101-1102; E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s. 148 vd.; Ozan, s. 151; Ekinci, İş Hukuku, s. 40; F. Demir, s. 51; Alp, s. 28; Demircioğlu, s. 165; Yarg. 9. HD., T. 1.2.2011, E. 2010/16335, K. 2011/1175; Yarg. 9. HD., T. 25.2.2010, E. 2008/18992, K. 2010/4977, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 17.10.2018).

⁴²⁴ Süzek, İş Hukuku, ss. 351-352; Alpagut, Cezai Şart, s. 954; Karagöz, İş Sözleşmesi, s. 239 vd.; Ozan, s. 142; F. Gündüz, s. 149.

⁴²⁵ Aynı yönde görüşler için bkz. Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 490; Zevkliler ve Gökyayla, s. 731, dn. 146; Aydoğdu ve Kahveci, ss. 839-840; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 167-168. Buna karşılık, ceza koşulundan sorumlu tutulmanın, ceza koşulunun türleri bakımından bir ayırım yapılarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. S. Ayan, Kefalet, ss. 473-474.

olacağı düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuç, İsviçre Hukukunda kefil, açıkça taahhüt etmedikçe ceza koşulundan sorumlu olmayacaktır⁴²⁶.

Yasaklama getiren ve yukarıda saymış olduğumuz açık hükümler yanında, bazen; şekille ilgili birtakım hükümlerden ya da kuvvetlendirilmek istenen bazı hakların özelliklerinden, dolaylı olarak bir yasaklama getirilmek istenmiş olabilir.

Şekille ilgili olarak poliçede⁴²⁷, zorunlu unsurlar (TTK m. 671) arasında sayılmayan ceza koşuluna yer verilmesi durumunda, bir görüşe göre, poliçenin tamamı geçersiz sayılırken⁴²⁸; başka bir görüşe göre ise sadece ceza koşulu kaydı geçersiz sayılır⁴²⁹. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, ceza koşuluna yer verilmesi konusunda bir yasaklama söz konusudur ve bu yasaklama için kanunda açık bir hüküm getirilmiş değildir, bu sonuç, poliçenin zorunlu unsurlarından çıkarılmaktadır. Bununla birlikte poliçe dışında yapılacak ayrı bir sözleşmeyle ceza koşulu belirlenebilmesinde bir engel yoktur⁴³⁰.

Dolaylı bir yasaklama getirildiğinin bazı hakların özelliğinden anlaşıldığı örneklere ise, derneklerde üyenin dernekten çıkma hakkında, kooperatifte ortağın kooperatiften çıkma hakkında, evlenme, boşanma ve evlat edinme gibi aile hukukundan doğan haklarda ve vekâlet ilişkisini sona erdirme hakkında rastlamak mümkündür.

Üyenin dernekten çıkmasında, dernek tüzüğünde yer almış olsa bile, bu durum için üyenin ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulması geçersiz olmalıdır. Çünkü dernekten çıkma hakkı, üyeye tanınmış önemli ve vazgeçilmez haklardandır; bu

⁴²⁶ Guhl ve Schnyder, § 57, kn. 50.

⁴²⁷ Bilindiği üzere, poliçede yer alacak hususlar belirli ve sıkı bir şekilde düzenlenmiştir (TTK m. 671). Bu hususların bir kısmının poliçede bulunması zorunlu unsur iken; bir kısmının bulunması isteğe bağlı olup, olmadığında poliçeyi geçersiz kılmaz; yine bunlardan bazılarının poliçede yer alması poliçeyi geçersiz kılarken, bazıları da poliçenin geçerliliğini etkilemeyip sadece yazılmamış sayılır. Bkz. Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 18. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 133-135.

⁴²⁸ Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 87; Karahasan, Cezai Şart, s. 485.

⁴²⁹ Poroy ve Tekinalp, s. 135; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 61. Kocaağa ve Karahasan, bono ve çek bakımından da, aynı sonucu kabul etmişlerdir. Bkz. Karahasan, Cezai Şart, s. 485; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 61-62. Benzer yönde bkz. Bilge, s. 46. Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61; Günay, Cezai Şart, s. 95. Yargıtay'ın bonoya miktarı belli olması şartıyla ceza koşulu konulabileceğini kabul eden kararı için bkz. Yarg. 12. HD., T. 8. 11. 1982, E. 7799, K. 8093, (Günay, Cezai Şart, s. 88, dn. 294).

⁴³⁰ Becker, m. 160, kn. 18; Schoch, s. 25; Bilge, s. 46; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 61.

hakların kullanılması ceza koşuluyla zorlaştırılamamalıdır⁴³¹. İfade edilmeli ki, üyenin dernekten çıkma hakkını engellemeye yönelik kararlaştırılan ceza koşulu, fer'i niteliği gereği, aynı zamanda asıl borcun kişilik haklarıyla ilgili Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesine aykırı olması sebebiyle de geçersiz olacaktır.

Kooperatifte ortağın kooperatiften serbestçe çıkabilmesi, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki *“Bir ortağın hiçbir suretle kooperatiften çıkamayacağına dair bağlamalar hükümsüzdür.”* düzenlemesiyle güvence altına alınmıştır. Buna bağlı olarak, bir kooperatif şirket esas sözleşmesine konulan ve ortağın ortaklıktan çıkması durumunda bir miktar ceza koşulu ödeyeceğine ilişkin kayıt da geçersiz sayılacaktır⁴³². Nitekim Kooperatifler Kanunu'nun 10'uncu maddesinin ilk cümlesinde de ortağın ortaklıktan çıkma serbestisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla ortağın ortaklıktan çıkması, belli miktarda bir para ödemesine bağlanırsa böyle bir serbest çıkmadan söz edilemeyecektir. Bunun yanında belirtilmeli ki, Kooperatifler Kanunu'nun 10'uncu maddesinde ortaklıktan çıkmanın esas sözleşmeyle bazı kayıtlara bağlanabilmesi kabul edilmiştir: *“Çıkma keyfiyetinin kooperatifin mevcudiyetini tehlikeye düşürmesi halinde ayrılmak isteyen ortağın, muhik bir tazminat ödenmesine dair hüküm ana sözleşmeye konulabilir.”*

Aile hukukunda evlenme, boşanma ve evlat edinme haklarının da ceza koşuluyla güvence altına alınması hem bu kurumların hem de bu ilişkilerden doğan bazı yükümlülüklerin özellikleriyle bağdaşmaz⁴³³. Aksinin kabulü, kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Benzer düşüncelerle İsviçre Hukuku'nda, hayat ortaklığının (lebensgemeinschaft) feshedilmesinin bir ceza koşuluna bağlanması durumunda (bizce burada ceza koşulunun türleri arasında kabul etmediğimiz dönme cezasından söz edilebilir), bunun İsviçre Medeni Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasına (TMK m. 23/II) aykırı olacağı, kişilik haklarını ihlal edeceği ifade edilmiştir⁴³⁴.

⁴³¹ von Tuhr ve Escher, s. 279, dn. 15; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 56. Oysaki Schoch, düşük miktarda kararlaştırılan ceza koşullarını üyelikten çıkmayı güçleştirmeyeceği için geçerli saymaktadır. Bkz. Schoch, s. 99.

⁴³² Becker, m. 160, kn. 18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 56. Aksi görüş için bkz. Bilge, s. 115.

⁴³³ Becker, m. 160, kn. 18; Hatemi ve Gökyayla, s. 352.

⁴³⁴ Evelyn Gallmetzer, Bettina Spichiger, Stephan Wolf, “Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz”, **AJP**, 2018/5, s. 587.

Vekâlet ilişkisinin sona erdirilmesinde Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu’nun 512’nci maddesinin birinci cümlesinde yer alan “*vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir*” hükmünün emredici olması sebebiyle, buna bağlı ceza koşulunu da geçersiz saymaktadır⁴³⁵. Hükmün ikinci cümlesindeki; uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacağı düzenlemesi (İBK m. 404/II) sebebiyle bazı yazarlar, uygun olmayan zamanda feshi engelleme düşüncesiyle bir ceza koşulu öngörülüyse bunun geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedirler⁴³⁶. Kanaatimizce, kanunkoyucunun uygunsuz zamanda ileri sürülen fesihler bakımından getirmiş olduğu tazminat yaptırımı yanında ayrıca ceza koşulunun öngörülmesine imkân tanımak, birinci cümledeki serbestiye dolaylı da olsa etkide bulunabilir. Bu sebeple ceza koşulunun varlığına, ikinci cümle çerçevesinde istisna tanımak doğru olmaz. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de ikinci fıkra kapsamında, uygun olmayan zamanda vekilin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesi bakımından ceza koşulunun öngörülmesi halinde, bunun götürü tazminat ile eşdeğer olacağını ve ceza koşulu niteliği taşımadığını ifade etmiştir⁴³⁷. Bununla birlikte İsviçre Zürih Yüksek Mahkemesi bir kararında, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 404’üncü maddesine göre, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi hali için öngörülen ceza koşulunun talep edilebilmesini kabul etmiş ancak bunu bir zararın meydana gelmesi veya zararın gerçekleşmesinin muhtemel olması şartlarına tabi kılarak, onu götürü tazminata yaklaştırmıştır⁴³⁸.

Geçersizlik sebeplerinden sayılan ahlaka aykırılık bakımından konu ayrıca incelenecek olursa, bu durum, ceza koşulu ediminin konusunun bizzat ahlaka aykırılığı veya ceza koşulu ediminin miktar olarak ahlaka aykırılık oluşturacak derecede

⁴³⁵ Yarg. 3. HD, T. 27.05.2008, E. 2008/6473, K. 2008/9508, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 18.02.2016). İsviçre Hukuku bakımından da Federal Mahkeme, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 404’üncü maddesinin birinci fıkrası için benzer bir görüşü kabul etmiştir. Bkz. BGE 104 II 108, Er. 4, s. 116; BGE 109 II 462, Er. 4, s. 467, (relevancy.bger.ch, E.T.: 12.7.2018); BGE 110 II 380, 383; BGE 109 II 108, 115, Er. 4, (Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.8). Aynı yönde görüş için bkz. Keller ve Schöbi, s. 92; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.8; Schwenger, kn. 71.04; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 4; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5.

⁴³⁶ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3821; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 5. Bunun gerçek olmayan ceza koşulu niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Pınar Altınok Ormanlı, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, **BÜHFD**, Y.2016, C. 11, S. 139-140, ss. 136-138.

⁴³⁷ BGE 110 II 380, Er. 3a, s. 383, (relevancy.bger.ch, E.T.: 1.8.2018); BGer, 13.2.2014, 4A_ 284/2013, Er. 3.6.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 1.8.2018).

⁴³⁸ HGer ZH, 17.4.2013, HG100117-O, Er. 4.11.2.2, (Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 25).

yüksekliği şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin, borçlunun asıl borcu ifa etmezse alacaklının kölesi olacağını öngören bir ceza koşulu konu itibarıyla ahlaka aykırı sayıldığı gibi, kişilik haklarına da aykırıdır. İkinci durum yani miktar bakımından ahlaka aykırılık hali ise, ceza koşulunun borçlunun ekonomik olarak mahvına yol açtığı ve taraflardan zayıf konumda olan borçluyu aşırı şekilde etkilediği durumlarda söz konusu olabilir⁴³⁹. Her iki durum için ahlaka aykırı ceza koşulunun geçersiz olacağını kabul etmek gerekirken, ikinci durum yani miktarın yüksekliği hali için Kanun'da özel bir yaptırıma yer verilmiştir: Hâkime tanınan re'sen indirme yetkisi (TBK m. 182/III). İndirim yetkisine dair bu özel hüküm, ahlaka aykırılık sebebiyle genel hüküm (TBK m. 27) karşısında özel olarak uygulanması gerekli bir hükümdür. Aslında genel-özel hüküm ilişkisi, aşırı yararlanma halinin aynı zamanda ahlaka aykırı bir davranış sayılması örneğinde de söz konusudur. Bu açıdan indirim yetkisi ile ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlik arasındaki ilişki bu örneğe benzemektedir⁴⁴⁰. Ancak doktrinde bu tür durumlarda ceza koşulunun ya tamamen ya da sınırı aştığı ölçüde geçersiz olacağı görüşü de ileri sürülmüş⁴⁴¹, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre indirimin mümkün olmadığı hallerde ceza koşulunu geçersiz saymanın yerinde olacağı ifade edilmiştir⁴⁴². Kanaatimizce, özel düzenleme olması sebebiyle; geçersizlik değil de indirim yaptırımının uygulanması doğru olur. Bu yaptırımın uygulanmaması ihtimali sadece, Kanun'daki açık yasak sebebiyle (TTK m. 22) tacir sıfatına sahip olan borçlular açısından düşünülebilir. Ancak tacirler için indirim yaptırımının uygulanmaması halinde, bu kez ahlaka aykırılıkla ilgili genel hükümlere başvurarak, ceza koşulunun geçersiz sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu soruya da olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü indirimin olmadığı yerde tümünden veya kısmen geçersizliği kabul etmek mantıklı bir sonuç olmadığı gibi kanunkoyucunun indirimi yasaklamakla hedeflediği amacıyla da

⁴³⁹ Theo Guhl ve Alfred Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, (Hrsg. Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey), 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, § 7, kn. 29; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84; Ünal, s. 168.

⁴⁴⁰ Feyzioğlu da konuya, ceza koşulu ediminin para veya paradan başka bir şey olması yaklaşımıyla benzer bir sonuca ulaşmıştır. Yazara göre, ceza koşulu ediminin para olması ve bunun borçlunun ekonomik olarak yıkımına yol açacak derecede aşırı olması halinde, ahlaka aykırılıktan söz edilebilecek ve indirime gidilecektir. Oysaki paradan başka ancak ahlaka aykırı edimler, ceza koşuluna konu olmuşsa, bunlar Kanun'a göre (TBK m. 27 ve TMK m. 23) geçersiz sayılacaktır. Bkz. Feyzioğlu, ss. 405-406.

⁴⁴¹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84.

⁴⁴² Guhl ve Koller, § 7, kn. 40; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84.

bağdaşmayacaktır. Tabii ki, ahlaka aykırı derecede yüksek miktarda olan ceza koşulunu ödemek zorunda kalan tacir için bu sonuç, hak ve adalet düşünceleriyle de bağdaşmadığı eleştirilerini beraberinde getirecektir. İşte bu sebeple biz, tacir olan ve olmayan ayırımının kaldırılarak, herkes için indirim yapılması gerektiğini savunuyoruz. Bu konuda son bölümde detaylı değerlendirmelere yer vereceğimiz için şimdilik bu açıklamalarla yetiniyoruz.

Geçersizlik sebeplerinden sayılan imkânsızlık bakımından ise, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda konusunun mümkün olmadığı, yani başlangıçtaki imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda da ceza koşulu edimi geçersiz olacaktır (TBK m. 27). Ceza koşulu ediminin sonradan imkânsız hale gelmesi ve bundan borçlunun da sorumlu tutulamaması halinde ise ceza koşulunun geçersizliği değil, sona ermesi söz konusudur (TBK m. 182/II, ayrıca bkz. TBK m. 136).

Geçersizlik türleri arasında incelenen iptal edilebilirlik açısından, ceza koşulunun belirlendiği hukuki işlemin aldatma, yanıltma ya da korkutma sebepleriyle sakatlandığı durumlarda, iradesi sakatlanan kimse tarafından bu hukuki işlem iptal edildiğinde, ceza koşulunun da kararlaştırıldığı tarihten itibaren geçersizliği söz konusu olur. İrade sakatlığı hallerinden sonra incelenen aşırı yararlanma hali açısından; ilgili hükmün (TBK m. 28) ceza koşulu hakkında uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar uygulanabileceğini kabul ederken⁴⁴³; bazı yazarlar da ceza koşulunun bir ivaz karşılığında olmadığı gerekçesiyle bunu reddetmektedirler⁴⁴⁴. Ceza koşulunun yan borç olması ve böylece karşılıklılık ilişkisi içinde bulunmaması gerekçeleriyle biz de uygulanamayacağı yönündeki görüşe katılmaktayız. Ayrıca sanıyoruz ki, yüksek miktarda ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlar göz önünde tutularak böyle bir tartışmaya girilmişse de, en azından ceza koşulunun indirim tabi tutulabildiği durumlarda böyle bir tartışmaya girişmek gereksizdir.

⁴⁴³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 357; S. Arkan, s. 145; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, ss. 142-143; Tamer, ss. 760-761.

⁴⁴⁴ Schoch, s. 61; Bilge, s. 114; O. Berki, ss. 297-298; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 537-538; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 175.

3. Ceza Koşulu Ediminin Mutlaka Mali Bir Değere Sahip Olması

Ceza koşulu ediminin mutlaka mali bir değere sahip olması gerekir⁴⁴⁵. Çünkü mali bir değer varlığı, ceza koşulunun borçluyu ifaya zorlama amacının gerçekleşmesi için zorunludur. Mali bir değere sahip olan ceza koşulu ediminin türü, para olabileceği gibi para dışında diğer edimler de olabilir⁴⁴⁶. Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan bir görüş, Türk Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin birinci fıkrasındaki ceza koşulunun zarara bağlı olmadığına ilişkin hükmünden hareketle, ceza koşulunun parasal bir değere sahip olmasının gerekmediği sonucuna varmaktadır. Bu görüşe göre örneğin provalara birçok kez katılmama halinde, yaptırım olarak öngörülen başka provalar ceza koşulu olarak değerlendirilmelidir. Provalar, maddi bir değere sahip değildir⁴⁴⁷.

Ceza koşulu olarak yüklenilen edime, uygulamada genellikle bir miktar paranın ödenmesi şeklinde rastlanır⁴⁴⁸. Kanunkoyucunun da, Türk Borçlar Kanunu’nun 180’inci maddesinin ikinci fıkrasında “*ceza tutarı*”ndan; 182’nci maddesinin birinci fıkrasında da “*ceza miktarı*”ndan söz ederek bu ihtimali göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Düzenlemelerdeki bu ifadelerden yola çıkan bazı

⁴⁴⁵ Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 2; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 14, 68-69; Karahasan, Cezai Şart, s. 483; Feyzioğlu, s. 390; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; İnan ve Yücel, s. 565; Hatemi ve Gökyayla, s. 351, 352; Akıntürk ve Karaman, s. 164; Karahasan, Borçlar Hukuku, ss. 1376-1377. Manevi değerlerin cebri icra yoluyla takibi ve tahsilinin mümkün olmaması sebebiyle ceza koşulu olarak kararlaştırılamayacağı şeklindeki aynı yönde görüş için bkz. Eren, Genel Hükümler, 1206; Gökçeoğlu, s. 40; Akıntürk ve Karaman, s. 164.

⁴⁴⁶ Schoch, s. 26; Becker, m. 160, kn. 6; Oser ve Schönenberger, s. 701, kn. 6; von Tuhr ve Escher, s. 278; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9-10; Pellanda, Hand.K., Vorb. m. 160-163, kn. 12; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 6; Bucher, s. 522; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3788; Bentele, ss. 5, 40-41; Koller, Konventionalstrafe, kn. 9; Santoro, s. 4; Bilge, s. 113; Reck, s. 102; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 65; Reisoğlu, s. 455; İnan ve Yücel, ss. 564-565; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 792-793; Belen, Cezai Şart, s. 514; Tamer, s. 736; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 718; Tekelioğlu, s. 167. Roma Hukuku’nda da aynı yönde bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), ss. 374-375; Umur, Ders Notları, ss. 314-315; Rado, Borçlar, s. 105; Kaser ve Knütel, s. 201, kn. 10; Söllner, ss. 97-98; Kaynak, s. 251; Dinçer Araz, s. 126.

⁴⁴⁷ Becker, m. 161, kn. 2. Doktrinde başka bir görüş de ahlak kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, sözleşme serbestisi doğrultusunda, ekonomik bir değer taşımayan edimlerin de ceza koşulunun konusunu oluşturabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, ss. 33-34.

⁴⁴⁸ Oser ve Schönenberger, s. 701, kn. 6; Keller ve Schöbi, s. 92; von Tuhr ve Escher, s. 277; Schwenzer, kn. 71.01; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 1; Bentele, s. 40; Koller, Konventionalstrafe, kn. 9; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3789; Reck, s. 102; Pellanda, Hand.K., Vorb. m. 160-163, kn. 12; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 6; Santoro, s. 5; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 65; Reisoğlu, s. 455; İnan ve Yücel, ss. 564-565; M. Ayan, s. 79; Tamer, s. 736. Ayrıca bkz. BGE 114 II 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, ss. 509-510); BGE 95 II 532, Er. 5; BGE 138 III 746, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 03.06.2018).

yazarlar, ceza koşulunun sadece para ediminden oluşabileceğini de ifade etmişlerdir⁴⁴⁹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Düzenlemelerdeki ifadeler, edimin para olması izlenimini uyandırır da, ceza koşuluyla ilgili çeşitli hükümlerde (TBK m. 179, 180 gibi) “ceza koşulunun ifası” ifadesine yer verilmiş olması, ceza koşulunun para dışında diğer edimler olabileceğini de göstermektedir. Hatta 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ceza koşuluyla ilgili hükümlerinde devamlı şekilde “*tediye*”den söz edilmiş olmasına rağmen; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda isabetli olarak “*tediye*” kelimesi yerine “*ifa*” teriminin kullanılmış olması da para dışındaki edimleri de kapsam içinde değerlendirmek bakımından bilinçli bir tercih sayılmalıdır⁴⁵⁰. Ceza koşulunun para olarak kararlaştırıldığı durumlarda, miktarın önceden kesin şekilde belirlenmesi zorunlu olmayıp, miktarın, borca aykırılığın veya kusurun ağırlığı gibi öngörülmuş kıstaslar çerçevesinde belirlenebilir olması da yeterlidir⁴⁵¹. Federal Mahkeme de bir kararında, dernek tüzüğünde öngörülen ceza koşulunun, en az 5.000 en çok 100.000 İsviçre Frangı olacağı yönündeki bir belirlemenin yeterli olmadığını; bunun yanında, borca aykırılığın veya kusurun ağırlığı gibi bazı kıstasların öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁵². Örneğin, tarafların, borcun ihlali halinde 100.000 TL ceza koşulunun ödeneceğini ve ifada gecikilen her gün veya hafta için 1.000 TL’nin ceza koşulu olarak ödeneceğini kararlaştırmaları durumunda, ceza koşulu miktarı belirli iken; borçlunun borcunu geç ifa etmesi halinde, göz önünde tutulacak kıstaslara göre, azami 50.000 TL’yi ceza koşulu olarak ödeyeceğini kararlaştırmaları durumunda ise, miktar belirlenebilir niteliktedir. Son örneğe göre

⁴⁴⁹ Max Stahel, **Die Konventionalstrafe mit spezieller Berücksichtigung des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zürich, 1898, s. 49 vd.’dan aktaran Bentele, s. 41.

⁴⁵⁰ Alman Medeni Kanunu’nun 339’uncu paragrafında da ceza koşulunun, açıkça, para olacağı düzenlenirken; 342’nci paragrafında, paradan başka edimlerin de ceza koşulunun konusunu oluşturabileceğine işaret edilmektedir. Nitekim Alman doktrinde de para dışında başka edimlerin de (ferdi özellikleriyle belirlenmiş bir mal, bir davranışta bulunma, bir hizmette bulunma, bir şeyden kaçınma, bir hukuki işlemin yerine getirilmesi, bir borç ilişkisinin kurulması veya ibrası, bir borcun yüklenilmesi, bir riskin üstlenilmesi, bir sonucun garanti edilmesi gibi) ceza koşulu ediminin konusunu oluşturabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Kaduk, StauK., § 342, kn. 2; Westermann, § 342, kn. 1.

⁴⁵¹ Keller ve Schöbi, ss. 92-93; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 284, dn. 53; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3789; Alfred Koller, “Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen”, **AJP**, 1996, (Verspätungsstrafe), s. 1518; Fröhlich-Bleuler, s. 340, kn. 1270; BGer, 9.10.2012, 4A_110/2012, Er. 3.3.3, s. 17, (www.swissarbitrationdecisions.com, E.T.: 31.7.2018); Bilge, s. 113; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 65; Reisoğlu, s. 455; Gökçeoğlu, s. 41; Tamer, s. 736. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK, T. 12.4.1989, E. 1989/11-135, K. 1989/270, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.01.2016).

⁴⁵² BGer, 14.5.2015, 5A_787/2014, Er. 5.3, (Hrubesch-Millauer ve Thommen, s. 850).

kıstasları göz önünde tutarak miktarı belirli hale getirecek olan taraflar bu hususta anlaşamazlarsa, hâkim, hal ve şartları da değerlendirerek kıstaslar doğrultusunda ödenecek miktarı belirlemelidir⁴⁵³. İfade edilmeli ki, hâkimin bu durumda ceza koşulunu belirlemesi hali, Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki aşırı ceza koşulunu indirme yetkisinden tamamen farklıdır. Belirlenebilirlik kapsamında taraflar, yine belirli kıstaslar dâhilinde, ceza koşulu miktarını belirleme yetkisini üçüncü bir kişiye⁴⁵⁴ veya alacaklıya da bırakabilirler⁴⁵⁵. Böyle bir yetkinin alacaklıya bırakılmasının, keyfi bir uygulamaya yol açacağından geçersiz sayılması gerektiği ileri sürülmüşse de⁴⁵⁶, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Peşinen böyle bir sonuca varmak yerine başka hukuki araçlar işletilmelidir. Şöyle ki, alacaklının keyfi bir uygulamayla ceza koşulunu aşırı derecede yüksek belirlemesi durumunda, bu belirleme indirim imkânının mevcut olduğu hallerde esnetilebilecektir. İndirim imkânı mevcut değilse, bu kez de alacaklının hakkını kötüye kullandığı gerekçesiyle, alacaklının belirleme yetkisinin dinlenilmeyeceği sonucundan hareketle, belirlemenin hâkim tarafından yapılması gerekecektir.

Ceza koşulunun para olarak kararlaştırıldığı durumlarda, para birimi, ülke parası (Türk parası) ya da ülke parasından başka bir para birimi de olabilir (TBK m. 99). Ancak bu durumda, Türk Borçlar Kanunu’nun 99’uncu maddesinin uygulama alanının, 12.9.2018 tarihli ve 85 sayılı “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı*” ile sınırlandırılmış olduğu unutulmamalıdır. Kararda, satış, kira, hizmet ve eser sözleşmeleri gibi bazı sözleşmeler bakımından hem sözleşme bedelinin hem de bu sözleşmeler kapsamında getirilen diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁵⁷. Kararın birinci maddesi şu şekildedir: “*Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça 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*

⁴⁵³ Keller ve Schöbi, ss. 92-93; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 284, dn. 53; Bilge, s. 113; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 65; Gökçeoğlu, s. 41.

⁴⁵⁴ Koller, Konventionalstrafe, kn. 12; Bentele, s. 43; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 66; Bilge, s. 113.

⁴⁵⁵ Westermann, § 339, kn. 2a; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 66.

⁴⁵⁶ Bentele, s. 43.

⁴⁵⁷ Karar için bkz. 13.9.2018 tarihli, 30534 sayılı Resmi Gazete.

yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz.” Bu karardan sonra, 6.10.2018 tarihli, 30557 sayılı Resmi Gazete’de Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51)*” ile 28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’in 8’inci maddesi yeniden düzenlenmiş ve bu maddeyle hangi sözleşmelerin bu kapsamda olacağı ayrıntılı şekilde belirtilmiştir. Ancak 16.11.2018 tarihinde, 30597 sayılı Resmi Gazete’de Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan “*Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52)*” ile Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’in 8’inci maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Son haline göre, 8’inci maddede belirtilmiş tüm sözleşmeler bakımından hem sözleşme bedelinin hem de söz konusu sözleşmeler kapsamında getirilen diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamayacağı tekrar ifade edilmiştir. Ayrıca Tebliğin 8’inci maddesinin 27’nci fıkrasında da, döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde sözleşme bedelinin veya sözleşme kapsamında olan diğer ödeme yükümlülüklerinin, Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Belirtilmeli ki, ceza koşulu da diğer ödeme yükümlülükleri kapsamında değerlendirilebilir⁴⁵⁸. Daha önce ifa edilmiş veya muaccel olmuş bir ceza koşulu söz konusu ise, Tebliğ’in 8’inci maddesinin son fıkrası uyarınca, bunda herhangi bir değişiklik yapılmayacak, yasağın kapsamı dışında olacaktır.

Yine taraflar ceza koşulunun miktarının tespitinde yabancı para kaydı, altın değer kaydı, eşya değer kaydı veya geçim endeksi gibi kayıtlara yer verebilirler⁴⁵⁹. Ceza koşulu ediminin para olarak kararlaştırılması aynı zamanda, ceza koşulunun ödenmesinde temerrüde düşüldüğü hallerde, ceza koşulu hakkında temerrüt tarihinden

⁴⁵⁸ Aynı yönde bkz. Murat Aydoğdu, **Dövizli veya Dövize Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uyarılmalara İlişkin Değerlendirmeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Döviz), s. 13.

⁴⁵⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 67; Günay, Cezai Şart, ss. 19-20; Karataş, s. 321.

itibaren kendiliğinden temerrüt faizinin işletilmeye başlaması sonucunu da doğuracaktır⁴⁶⁰.

Ceza koşulu edimi, mali bir değere sahip olmak koşuluyla para dışında başka bir edim de olabilir. Bu edim, olumlu nitelikte (verme, yapma) olabileceği gibi, olumsuz nitelikte de (yapmama, katlanma, kaçınma) olabilir⁴⁶¹. Örneğin, bir kıymetli evrakın devri, ferdi özellikleri ile belirlenmiş bir malın teslimi, bir davranışta bulunma, bir hizmet edimi, bir borç ilişkisinin kurulması veya ibrası, borcun yüklenilmesi, bir riskin üstlenilmesi, bir sonucu garanti etme gibi⁴⁶². Bu noktada örnekleri çoğaltmak açısından, ortaksal yükümlülüğe bağlı olarak belirlenen ceza koşulunun ilgili ortağın ortaklıktan çıkarılması şeklinde olabilmesi de mümkündür⁴⁶³. Yine para dışındaki edimlere örnek olması açısından; kat mülkiyeti hukukunda, kat maliklerinin rızalarını almadan, değişik renkte dış badana yapan kat malikinin, yapının dış rengiyle uyumlu olarak yeniden dış boya yapmasına ilişkin ceza koşulu da para dışında bir edim olarak kararlaştırılan ceza koşulu olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁴. Federal Mahkeme de bir kararında, iş sözleşmesinde kararlaştırılan disiplin tedbirlerini ceza koşulu olarak kabul etmiştir⁴⁶⁵. Ancak bu edimler bakımından; edimin ahlaka aykırı nitelik taşımasına da dikkat edilmelidir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Kudat, ss. 30-31; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 112; Yarg. 18. HD.;, T. 11.4.2011, E. 2011/249, K. 2011/4862, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁴⁶¹ Schoch, s. 26; Oser ve Schönerberger, s. 701, kn. 6; Koller, Konventionalstrafe, kn. 9; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9; Bentele, s. 41; Müller, Einleitung in das OR / II. Grundbegriffe des OR / B. - C., kn. 204; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Belen, Cezai Şart, ss. 514-515.

⁴⁶² Becker, m. 160, kn. 6; Reck, s. 102; Bentele, s. 41; Arsebük, Cezai Şart, ss. 988-989; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 69; Gökçeoğlu, s. 42.

⁴⁶³ Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 528, kn. 19-13; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Ortaklıklar Hukuku), s. 713; Karakılıç, s. 128. Bu örnek açısından aksi görüşte olan Şener'e göre, ortaklık ana sözleşmesiyle getirilecek ceza koşulu; ancak bir miktar nakit olabilecektir. Yazar ortaklıktan çıkarılmayla ilişkili bir görüş belirtmese de sadece para ediminden bahsetmektedir. Yine devamı açıklamalarında, ceza koşulunun hiçbir şekilde oy hakkından yoksunluk gibi, pay sahipliği haklarının kullanılmasının engellenmesi şeklinde öngörülemediğini belirtmiştir. Bkz. Şener, Ortaklıklar Hukuku, ss. 604-605. Aksi görüş için bkz. Westermann, § 342, kn. 2. Şirket veya dernek gibi tüzel kişilik türü yönünden bir ayırım yapmadan oy kullanma hakkından yoksunluğun ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 95.

⁴⁶⁴ Belen, Cezai Şart, s. 532.

⁴⁶⁵ BGE 119 II 162, 163, (Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7).

⁴⁶⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 69; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 98; Gökçeoğlu, s. 42.

4. Ceza Koşulu Ediminin Asıl Borca Bağımlı (Fer'i) Nitelikte Olması

a. Ceza Koşulunun Bağımlılığının (Fer'iliğinin) Anlamı

Asıl borç ile ceza koşulu edimi arasında bir aslilik-fer'ilik (asıl borç-yan borç) ilişkisi vardır⁴⁶⁷. Ceza koşulunun asıl borca bağımlılığı yani fer'iliği, asıl borcun geçersizliğinde veya sonradan ortadan kalkmasında ceza koşulunun da aynı sonuca tabi olacağı düzenlemesinde (TBK m. 182/II) ve ceza koşulunun muacceliyetini asıl borca ilişkin ihlal durumlarının gerçekleşmesine bağlayan düzenlemesinde (TBK m. 179/I) açıkça teyit edilmektedir⁴⁶⁸.

Ceza koşulunun, asıl borcun ifasını teminat altına alma amacını gerçekleştirebilmesi için asıl borcun kaderine bağlı (fer'i) olması gerekir. Asıl borca bağlılık yani fer'ilik, ceza koşulunun var olması, varlığını devam ettirebilmesi ve uygulanabilirliği açısından etkide bulunan bir özelliktir⁴⁶⁹. Etkide bulunma süresinin sınırı ise, ceza koşulunun muaccel olacağı ana kadardır. Başka bir deyişle, ceza koşulu muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliği kazanır ve asıl borcun hukuki kaderine bağlı olmaktan kurtulur⁴⁷⁰. Nitekim Yargıtay da bir kararında bunu şu şekilde

⁴⁶⁷ Schoch, s. 13; Schwenger, kn. 71.03, 71.04; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 278; Keller ve Schöbi, s. 92; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Bucher, s. 523; Schöbi, s. 67; Bentele, s. 31; Reck, s. 99; Greiner ve Akikol, s. 1351; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 3; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7; Hrubesch-Millauer ve Fuhrer, s. 640; Bilge, s. 67; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Funk, s. 229; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Tekil, s. 237; Reisoğlu, s. 455; İnan ve Yücel, s. 565; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377. Roma Hukuku'nda da ceza koşulunun fer'i nitelikte olduğu yönünde bkz. Sossna, s. 9; Knütel, s. 30; Kaser ve Knütel, s. 201, kn. 10; Honsell, Römisches Recht, ss. 95, 120; H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 264; Umur, Ders Notları, s. 315; Umur, Lügat, s. 204; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, İzmir, 1993, s. 210; Rado, Borçlar, s. 105; Ş. Berki, s. 312; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 143; Erdoğan, s. 67; Dinçer Araz, s. 79, s. 86. Fer'iliğin olmadığı durumda, söz konusu borcun ceza koşulu değil, seçimlik borç olabileceği yönünde bkz. Oser ve Schöenenberger, s. 702, kn. 11; İnan ve Yücel, s. 565; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 156.

⁴⁶⁸ Berger, kn. 1784.

⁴⁶⁹ Schoch, s. 13; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 278; Keller ve Schöbi, s. 92; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Bentele, s. 31; Bucher, s. 523; Schwenger, kn. 71.03; Oser ve Schöenenberger, ss. 702-703, kn. 18-20; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 3; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 8; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 5; Bilge, s. 67; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Funk, s. 229; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; İnan ve Yücel, s. 565.

⁴⁷⁰ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 10, 11, 25; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 6; Funk, s. 229; Eren, Genel Hükümler, s. 1207; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, AÜHF Yayınları No: 448, Ankara, 1979, (Halefiyet), ss. 112-113; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 859; İnan ve Yücel, s. 565; A. Arkan, s. 12; Gökçeoğlu, s. 38;

ifade etmiştir: .“... *Asıl borç ile ceza koşulu arasında bir asıl borç-yan borç (fer'i borç) ilişkisi diğer bir anlatımla asıl borç ile ceza koşulu arasındaki bağıllık, 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...*”⁴⁷¹.

Ceza koşulunun asıl borca bağıllığı tek yönlü bir bağıllıktır. Başka bir deyişle, ceza koşulu hakkında meydana gelebilecek değişiklikler asıl borcun kaderini etkilememektedir. Nitekim bu konuda Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “*Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.*”⁴⁷² şeklindeki hüküm de bunu teyit etmektedir. Asıl borç açısından bu bağımsızlığı teyit eden bu düzenleme aynı zamanda başka bir yönden de önemli bir sonucu beraberinde getirmektedir: Ceza koşulunun geçersiz olduğu durumlarda, alacaklının, ceza koşulunun geçersizliğini bilseydi, asıl borcu doğuran işlemi yapmayacağı şeklinde farazi bir iradeye dayanma hakkı olmayacaktır. Böylece kısmi butlan hakkında Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm de uygulanamayacaktır⁴⁷³. Hâlbuki 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde böyle bir hüküm (TBK m. 182/II, c. 2) olmadığı için, kısmi butlan hakkındaki hüküm uygulanabilmekte (BK m. 20/II) ve böylece farazi iradeye üstünlük tanınarak sözleşme tamamen geçersiz kılınabilmekteydi. Nitekim doktrinde de hal ve şartlar veya tarafların iradelerinin yorumuyla ceza koşulundaki geçersizliğin asıl borcu da

Akıntürk ve Karaman, s. 165; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 721-722; Öktem Çevik, s. 100.

⁴⁷¹ Yarg. 13. HD., T. 25.1.1993, E. 1992/8546, K. 1993/348, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.04.2017).

⁴⁷² 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen bu hüküm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiştir. Doktrinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161’inci maddesinin ikinci fıkrası, sadece asıl borcun geçersizliği ve imkânsızlaşması durumuyla sınırlı tutulmuşken; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bir cümleyle, asıl borca bağlı ceza koşulunun geçersizliği ve imkânsızlaşması durumlarının da göz önünde tutulmasıyla, borçlu lehine sorumluluktan kurtulma alanının genişletilmiş olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Mehmet Demir, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, (Yenilik ve Değişiklikler), ss. 39-40. Ancak kanaatimizce, böyle bir hüküm olmasaydı da bu durumda, borçlunun ceza koşulundan sorumlu olmayacağını söylemek zaten genel hükümler çerçevesinde mümkün olacaktı.

⁴⁷³ Aynı yönde bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 526; Turgut Öz, **Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Yenilikler), s. 27; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1379; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 119.

etkileyeceği düşüncesi etkiliydi⁴⁷⁴. Aslında mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki gibi bir düzenleme yoktur. Buna rağmen, İsviçre Hukuku doktrininde de bizdeki yeni düzenlemeyle aynı sonuca ulaşılmaktadır. Şöyle ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kısmi butlana ilişkin 20'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün kıyas yoluyla uygulanmayacağı kabul edilerek, ceza koşulunun geçersizliğinin asıl borcun geçerliliğini etkileyemeyeceği sonucuna varılmaktadır⁴⁷⁵.

b. Ceza Koşulunun Bağımlılığın (Fer'iliğinin) Sonuçları

Ceza koşulunun asıl borcun kaderine bağlı olmasının, yani fer'i olmasının, asıl borcun geçersiz olması, sona ermesi, üstlenilmesi; asıl alacağın devredilmesi, teminata bağlanması; zamanaşımı def'i, haciz-iflas ve şekil gibi konular bakımından birtakım sonuçları vardır. Asıl borcun geçersizliği konusu yukarıda ayrıntılarıyla incelendiğinden, tekrara düşmemek adına, burada sadece bu geçersizliğin ceza koşulunu da geçersiz kılacağı şeklinde bir açıklama yapmakla yetiniyoruz. Yine; ceza koşulunun şekli açısından bağımlılığın (fer'iliğinin) sonuçlarına, konunun özel bir öneme sahip olması dolayısıyla ve tekrara düşmemek düşüncesiyle, bu başlık altında değil; daha sonra ayrı bir başlık altında incelenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Asıl borcun sona ermesinde, ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç sonradan herhangi bir sebeple ortadan kalkmışsa, buna bağlı olarak ceza koşulu da, muaccel olmaması şartıyla, ortadan kalkmış olur. Görüldüğü üzere, ceza koşulunun, fer'i nitelikte olması neticesinde, doğumu gibi sona ermesi de asıl borca bağlıdır⁴⁷⁶. Ceza koşulunun asıl borca bağlı olarak sona ereceği, asıl borca bağlı tüm hak ve borçlar açısından genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 131'inci maddesinde

⁴⁷⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 85; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 357; Feyzioğlu, s. 406; A. Arkan, s. 8; Kocaağa, Cezai Şart, s. 124; Gökçeoğlu, s. 45; Günay, Cezai Şart, s. 137; YHGK, T. 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 17.04.2017).

⁴⁷⁵ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 2; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 9. Bununla birlikte, İsviçre Hukuk doktrininde de 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindekiyle benzer görüşlere de rastlanılmaktadır. Bkz. Bucher, s. 522, dn. 4. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 tasarısında da ceza koşuluyla ilgili hükümler arasında mevcut düzenlemeden farklı bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bkz. <http://or2020.ch>, E.T.: 06.06.2018.

⁴⁷⁶ von Tuhr ve Escher, s. 279; Huguenin, kn. 1210; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.4; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 9; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 183; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Reisoğlu, s. 456; İnan ve Yücel, s. 565; Gökçeoğlu, s. 71.

de hükme bağlanmıştır. Hükümde borcu sona erdiren sebepler olarak “*asıl borcun ifası*” ve “*diğer bir sebep*” gösterilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin ikinci fıkrasında da sadece, “*borçlunun sorumlu tutulamayacağı (kusursuz) ifa imkânsızlığı*” sebebine yer verilmiştir. Ceza koşuluyla ilgili bu hükümde sadece bu sebebe yer verilse de, 131’inci maddede olduğu gibi, kusursuz sonraki imkânsızlık dışında, ifa ve diğer sebepler açısından da aynı sonucun geçerli olacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir.

Sonraki imkânsızlık sebebini kanunkoyucu, “*borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse*” şeklinde ifade etmiş ve aksi kararlaştırılmadıkça, bu durumda, ceza koşulunun istenemeyeceğini hükme bağlamıştır. Asıl borcun sonradan imkânsızlaşması durumunda asıl borç kendiliğinden sona ereceği için (TBK m. 136/I), ona bağlı olan ceza koşulu da kural olarak sona erecektir (TBK m. 182/II). Asıl borcun borçluya yüklenemeyen bir sebepten dolayı imkânsız hale geldiğini, ceza koşulu borçlusu ispatlamak zorundadır⁴⁷⁷.

Kanunkoyucu, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığının varlığına rağmen, borçlunun, ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacağı konusunda tarafların aksine anlaşma yapabileceklerini belirtmiştir (TBK m. 182/II). Belirtilmek gerekir ki, taraflarca aksinin kararlaştırılması hali, sadece imkânsızlığın sonraki imkânsızlık olduğu durumlar için geçerlidir; yoksa asıl borcun başlangıçta imkânsız olması halinde aksine anlaşma yapabilmek mümkün değildir. Yine kusursuz sonraki ifa imkânsızlığının, ceza koşulu muaccel olduktan sonra ortaya çıkması durumunda, ceza koşulunun talep edilebilmesi için bu konuda aksine bir anlaşma bulunmasına ihtiyaç yoktur⁴⁷⁸. Kusursuz sonraki ifa imkânsızlığının varlığına rağmen, borçlunun, ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacağı konusunda bir anlaşmanın varlığı halinde, asıl borcun sona ermesine rağmen, borçlunun ceza koşulunu ifa yükümlülüğü devam etmektedir. Aslında asıl borçtan soyutlanmakla bağımlılık (fer’ilik) özelliği ortadan kaldırılan ceza koşulunun, gerçek ve teknik anlamda ceza koşulu olduğundan değil;

⁴⁷⁷ Wuffli, OFK, m. 163, kn.5. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGer, 24.6.2006, 4C_36/2005, Er. 3.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 07.07.2018).

⁴⁷⁸ Oser ve Schönenberger, s. 708, kn. 5; Bilge, s. 116; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 530; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 80.

gerçek olmayan ceza koşulu olarak nitelendirilmesinden söz etmek uygun olur⁴⁷⁹. Ancak ceza koşuluna ilişkin hükümlerin; özellikle de ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün burada uygulanabilir olduğu ifade edilmelidir⁴⁸⁰.

İfa ve imkânsızlık dışında asıl borcu sona erdiren sebepler olarak, takas, ibra, yenileme, gibi sebepler de burada sayılabilir. Bunlardan birisi gerçekleştiğinde, asıl borcun sona ermesine bağlı olarak ceza koşulu da sona erecektir⁴⁸¹. Doktrinde bir görüş, sözleşmeden dönülmesini de asıl borcu sona erdirmesi nedeniyle ceza koşulunun sona ermesine yol açan bir sebep olarak saymakta ve bu sonucu ceza koşulunun fer'ilik niteliğiyle bağdaştırmaktadır⁴⁸². Oysaki biz sözleşmeden dönmeye ceza koşulunun da ortadan kalkacağını kabul etmekle birlikte bu sonucun, fer'ilik niteliği sebebiyle değil; dönmenin, tüm borç ilişkisini ve buna bağlı hakları ortadan kaldıran etkisi sebebiyle doğduğunu kabul ediyoruz⁴⁸³. Nitekim ceza koşulu muaccel olmakla fer'ilik özelliği ortadan kalkmakta ve artık bu andan itibaren asıl borçla bu özelliği sebebiyle bir bağlantı kurulabilmenin haklı bir izahı bulunmamaktadır. Ancak bu kabule, klasik dönme görüşünden hareketle vardığımızı belirtmek isteriz. Buna göre, dönmenin etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen diğer görüşler çerçevesinde farklı bir sonuca varılabilecektir. Klasik dönme görüşü çerçevesinde açıklamalarımıza devam etmek gerekirse, örneğin, satıcının temerrüdü üzerine Türk Borçlar Kanunu'nun 212'nci maddesinin atfıyla 125'nci maddesindeki seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, dönme bildiriminde bulununca artık şartları gerçekleşmiş olsa dahi, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep edemez⁴⁸⁴. Ancak sözleşmenin alacaklı tarafından feshedilmesi durumu farklıdır. Fesih zamanına kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için, bu ana kadar gerçekleşen ihlale dayanarak ceza koşulu talep edilebilir⁴⁸⁵. Sözleşmeden dönme veya fesih haliyle ilgili

⁴⁷⁹ Bentele, s. 30; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 80. Burada, ceza koşulunun (kanımızca gerçek olmayan ceza koşulunun demek daha doğrudur) garanti işlevinin varlığına işaret eden görüş için bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3.

⁴⁸⁰ Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 80.

⁴⁸¹ Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 9; Berger, kn. 1786; Bilge, s. 72; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 345; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525.

⁴⁸² Dönme ve fesih bakımından bir ayırım yapmaksızın bu görüşte bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795.

⁴⁸³ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 794; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öktem Çevik, ss. 100-101.

⁴⁸⁴ Sözleşmeden dönülmesi halinde dahi ceza koşulunun istenebileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 66, İstanbul, 1989, (Eser), ss. 296-297; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Hatemi ve Gökyayla, s. 357.

⁴⁸⁵ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 525-526; Hatemi ve Gökyayla, s. 357.

olarak ceza koşulunun talep edilip edilmeyeceği konusuna ayrıca ceza koşulunun hükümleri konusunda da değineceğimizden burada daha fazla detaya girmiyoruz.

Asıl alacağın devredilmesi de ceza koşulunun fer'iliği sebebiyle, ceza koşulunun da devredilmesi sonucunu doğurur. Nitekim bu husus, alacağın devriyle, devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı hakların da, kural olarak, devralana geçeceği şeklindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 189'uncu maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir⁴⁸⁶. Ancak ceza koşulunun asıl alacakla birlikte devri, ceza koşulunun muaccel olup olmamasına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Muaccel olmamış ceza koşulu, asıl alacağın devri halinde, Kanun icabı bu devre dâhil olup, tarafların bu konuda ayrıca anlaşmış olmaları aranmaz⁴⁸⁷. Ancak, anlaşılacağı üzere, alacaklının ceza koşulunu kendinde tutup asıl alacağı bir üçüncü kişiye devretmesi de mümkündür⁴⁸⁸. Muaccel olmuş ceza koşulu ise, asıl borçtan bağımsız nitelikte olmasından dolayı artık asıl alacağı takip etmeyip, alacağı devredende kalır, yeni alacaklıya geçmez; ceza koşulunun asıl alacağı takip etmesi, ancak tarafların bu yönde bir anlaşmalarının varlığı halinde mümkün olur⁴⁸⁹. Ceza koşulu muaccel olduktan sonra, asıl alacak değil de sadece ceza koşulu devredilmek isteniyorsa bu da mümkündür. Çünkü ceza koşulu, muaccel olduktan sonra asıl alacaktan bağımsızlaşmış ve fer'i niteliğini kaybetmiş durumdadır⁴⁹⁰. Ancak doktrinde, ceza koşulunun muaccel olduktan sonra dahi, asıl alacaktan bağımsız olarak, tek başına devredilemeyeceğini kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ Becker, m. 160, kn. 25; Bucher, s. 523; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 5; Schwenzer, kn. 71.07; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 7; Berger, kn. 1787; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 5; Westermann, § 339, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 15; Yarg. 15. HD., T. 5.5.1999, E. 1999/1120, K. 1999/1768, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁴⁸⁷ Bentele, s. 32; Becker, m. 160, kn. 25; Schöbi, ss. 67-68; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 10; Göktürk, Aktin Muhtelif Nevileri, s. 594; Bilge, s. 74; Kılıçoğlu, Halefiyet, ss. 112-113; Kemal Dayınlarlı, **Borçlar Kanunu'na göre Alacağın Temliki**, 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000, ss. 135, 241, 242, 273, 276.

⁴⁸⁸ Becker, m. 160, kn. 25.

⁴⁸⁹ von Tuhr ve Escher, s. 356; Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 112; Bilge, s. 75; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 529; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 160; Hatemi ve Gökyayla, s. 353. Tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın, muacceliyetten sonra alacağın devrinde hem devreden hem de devralanın ceza koşulunu talep edebileceğine yönelik bkz. Dayınlarlı, s. 242.

⁴⁹⁰ Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 19; Becker, m. 160, kn. 25, 27; Schöbi, s. 68, dn. 248; Bentele, s. 100; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 5; Huguenin, kn. 1210; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 6; Bilge, s. 75; Westermann, § 339, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 89; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Öktem Çevik, s. 100.

⁴⁹¹ Josef Kohler, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2, Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906, § 50, s. 143.

Asıl borcun üstlenilmesi halinde ceza koşulunun, borcu üstlenen yeni borçluya geçmesi, ceza koşulunun fer'i niteliğinin bir sonucudur. Şöyle ki, asıl borç başka bir kimse tarafından üstlenildiğinde, o kimse aynı zamanda, ona bağımlı nitelikteki ceza koşulunu da üstlenmiş sayılır. Bu durum, fer'ilik sebebiyle, ceza koşulunun borçluyu değil; asıl borcu takip etmesinin sonucudur. Bu husus zaten, borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı haklarının saklı kalacağı şeklindeki Kanun hükmüyle de teyit edilmiştir (TBK m. 198/I)⁴⁹².

Asıl borcun başka bir teminatla güvence altına alınmasında ceza koşulunun asıl borca bağımlı (fer'i) nitelikte olması sebebiyle, acaba ceza koşulu da bu teminattan yararlanabilecek midir? Doktrinde bir görüş, ceza koşulunun fer'i niteliğini gerekçe göstererek bu soruya olumlu cevap vermektedir⁴⁹³. Kanaatimizce bu sorun, teminat türlerinden başlıcaları üzerinde durularak (taşınmaz/taşınır rehni ve kefalet bakımından) ayrı ayrı irdelenmelidir.

Taşınmaz rehninde güvence kapsamını açıklayan hükümde (TMK m. 875/İMK m. 818)⁴⁹⁴ fer'i nitelik taşıyan faiz sayılmasına rağmen ceza koşuluna yer verilmemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucunun bu tercihi bilinçli olup, ceza koşulunun rehni kapsamında yer alması için, taraflarca ayrıca kabul edilmiş ve bu anlaşmanın tapu siciline tescil edilmiş olması gerekecektir⁴⁹⁵. Bununla birlikte doktrinde, taşınmaz rehni türlerinden ipoteğin azami meblağ ipoteği şeklinde kararlaştırıldığı hallerde, alacaklının ceza koşulu da dâhil olmak üzere bütün alacağının azami meblağı aşmaması şartıyla, ipoteğin, ceza koşulunu da teminat altına aldığı kabul edilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹⁶. Hatta bir görüş, anapara ve azami

⁴⁹² von Tuhr ve Escher, s. 392; Schöbi, s. 68; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 276-277; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 161; Akıntürk ve Karaman, s. 165. Muaccel hale gelmiş olan ifaya eklenen ceza koşulunun, asıl borcun üstlenilmesi ile birlikte yeni borçluya kendiliğinden geçmeyeceği, tarafların bu hususta ayrıca anlaşmaları gerektiği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 529.

⁴⁹³ Schoch, ss. 112-113.

⁴⁹⁴ TMK m. 875 aynen şöyledir: “*Taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer: 1. Anapara, 2. Takip giderleri ve gecikme faizi, 3. İflâsın açıldığı veya rehni paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz. Daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz.*”.

⁴⁹⁵ Carl Wieland, **Kanunu Medeni’de Ayni Haklar**, çev. İ. Hakkı Karafakı, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946, m. 818, 2.f., s. 620; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 71; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 165; Mustafa Ünlütepe, “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, **TBBD**, Y.25, S. 102, Eylül-Ekim 2012, s. 179.

⁴⁹⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 71; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 165.

meblağ ipoteği gibi ayırım yapmaksızın, her halükârda ceza koşulunun taşınmaz rehninin kapsamında yer alacağını kabul etmektedir⁴⁹⁷.

Taşınmaz rehninin kapsamına benzer bir düzenleme taşınır rehninde de yer almaktadır. İlgili hükümde (TMK m. 946/İMK m. 891)⁴⁹⁸ ceza koşulu kapsam içinde yer almamakta, ancak doktrinde, ceza koşulunun da kapsam içinde sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüş, taşınır rehninin, alacağı ve alacak ifa edilmezse onun yerini alacak olan tazminatı (TBK m. 112) güvence altına aldığı, ceza koşulunun da tazminat niteliği göz önünde bulundurularak bu kapsamda ele alınması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁹⁹. Kanaatimizce, ceza koşulunun tek amacı zararı tazmin etmek ya da tazmin edilmesini kolaylaştırmak değildir. Ceza koşulunun amaç ve işlevleri konusunda değinildiği üzere, ceza koşulunun önem taşıyan başka amaçları da vardır. Sözü edilen görüş sanıyoruz ki ceza koşulunu, tazminat işlevi ön planda olan götürü tazminat kurumuyla aynı anlamda kabul ederek bu sonuca varmaktadır. Ayrıca taşınmaz rehninde olduğu gibi, ilgili düzenlemede kanunkoyucunun ceza koşulunu belirtmemesinin bilinçli bir tercih olduğunu düşünüyoruz. Bu sebeple biz ceza koşulunun, açıkça kararlaştırılmadıkça, taşınır rehni kapsamında sayılamayacağı sonucunu kabul ediyoruz.

⁴⁹⁷ Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 11. Baskı, İzmir, 2014, s. 553, kn. 2598.

⁴⁹⁸ TMK m. 946 aynen şöyledir: “Alacaklı, ödenmeyen alacağının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir. Rehin hakkı, alacaklıya asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin güvencesini sağlar.”. Hükümde ceza koşulundan bahsedilmediği görülmektedir. Oysaki Alman Medeni Kanunu’nun 1210’uncu paragrafında açık şekilde ceza koşulu da ifade edilmiştir.

⁴⁹⁹ Karl Oftinger ve Rolf Bär, *Zürcher Kommentar, Band IV/2c, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB*, 3. neubearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1981, m. 891, kn. 68, 72; Thomas Bauer, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art 1-61 SchlT ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser), 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, m. 891, kn. 41; Wieland, (çev. İ. Hakkı Karafakı), m. 891, 3.a, 3d, ss. 727-728; Ertaş, s. 582, kn. 2737. Tunçomağ da ceza koşulunu tazminat niteliğinde kabul etmekle birlikte, borçlunun, kararlaştırılan ceza koşulunun tazminat değil de ceza niteliğinde olduğunu iddia ve ispat etmesi halinde, artık ceza koşulunun taşınır rehninin kapsamında yer almayacağını ifade etmiştir. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 71-72. Taşınır rehninin kapsamında görülen ceza koşulunun türünün de önem taşımadığı; her iki tür (seçimlik veya ifaya eklenen) ceza koşulunun da bu kapsamda değerlendirileceği yönünde bkz. Bauer, BSK, m. 891, kn. 41; Oser ve Schönenberger, s. 702, kn. 18; Oftinger ve Bär, ZK., m. 891, kn. 68; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 71-72. Seçimlik ceza koşulunun kapsamda olduğu, zira bu türde ceza koşulunun asıl borcun yerine geçtiği, ademi ifadan kaynaklı tazminatın yerini aldığı; buna karşılık ifaya eklenen ceza koşulunun kapsamda olabilmesi için, taraflarca bu konuda anlaşmanın varlığının gerektiği, çünkü bu tür ceza koşulunun ifa yerine geçmeyip ifaya eklendiği yönünde bkz. Wieland, (çev. İ. Hakkı Karafakı), m. 891, 3d, ss. 727-728. Her iki tür ceza koşulunun kapsamda olmakla beraber, rehnin, üçüncü kişi tarafından verildiği durumda, ifaya eklenen ceza koşulunun kapsama dâhil edilebilmesi için, rehin veren üçüncü kişiyle bu konuda bir anlaşmanın varlığının gerekli olduğu yönünde bkz. Bauer, BSK, m. 891, kn. 41.

Kefalette ise, asıl borcu teminat altına alan bu kişisel teminatın, fer'i niteliği dolayısıyla ceza koşulunu da teminat altına alıp alamayacağı konusunda; başka bir deyişle; ceza koşulunun da kefalet kapsamında olup olmadığı konusunda, kanunkoyucunun getirmiş olduğu açık hüküm sebebiyle bir tartışmanın gündeme gelmesi söz konusu olmaz⁵⁰⁰. Açık hükme göre, kefilin, ceza koşulundan sorumlu tutulmasına yönelik anlaşmalar kesin hükümsüzdür (TBK m. 589/IV)⁵⁰¹. Doktrinde bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 589'uncu maddesindeki yasak olmasaydı da kefilin ancak kusur veya temerrüdün yasal sonuçlarından sorumlu kılınması sebebiyle; temerrüdün yasal sonucu olmayan ve sözleşmeden kaynaklanan sonuç olan ceza koşulu bakımından aynı sonuca varılabilirdi⁵⁰². Kanaatimizce, ceza koşulundan sorumlu olmama yönündeki bu hükmün varlığı önem taşımaktadır. Nitekim taşınır rehni bahsinde ortaya çıkan tartışmalardan da görüleceği üzere, ceza koşulunun tazminat niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlarca, ceza koşulu da rahatlıkla kapsam içinde sayılmaktadır, aynı düşünce tarzının kefalet açısından da gösterilmesi olası bir durumdur.

Kefalette açık bir yasak getiren bu hükme rağmen doktrinde farklı görüşlerin de ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüş, söz konusu hükmün emredici nitelik taşımadığını; çünkü temelinde kişilik hakkının, genel ahlakın, kamu düzeninin veya zayıfın korunmasını gerektirir bir menfaatin bulunmaması sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 589'uncu maddesinin son fıkrasının lafzına rağmen, alacaklı ve kefilin anlaşarak asıl borçlunun ceza koşulundan sorumluluğu için kefilin kefalet borcuna

⁵⁰⁰ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, kefilin ceza koşuluna ilişkin sorumluluğu bakımından Kanun'da açık bir hüküm bulunmadığı için, bu husus tartışmalıydı. Bir görüşe göre, eğer seçimlik ceza koşulu söz konusu ise ve alacaklı da ceza koşulunu seçmişse, bu durumda kefil, kefalet senedinde gösterilen miktarı aşmaması kaydıyla, ceza koşulunu ödemekle yükümlü olacaktır. İfaya eklenen ceza koşulunda ise, kefil ancak açıkça taahhüt ettiği takdirde, asıl borç yanında ceza koşulunu da ödeyecekti; taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa kefilin borcu sadece asıl borcu ödemekten ibaret olacaktır. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 72. Diğer görüşe göre ise, bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, İsviçre'deki düzenlemenin hukukumuz bakımından da geçerli olması kabul edilmeliydi; başka bir deyişle, kefil, açıkça kabul etmiş olmadıkça, ceza koşulundan sorumlu tutulmamalıydı. Bkz. Bilge, s. 76; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (C. II), s. 775; Zevkliler, ss. 376-377; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 466; M. Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. II**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Özel Hükümler C. II), s. 366; Kocağa, Cezai Şart, ss. 141-142.

⁵⁰¹ Aral ve Ayrancı, s. 490; Aydoğdu ve Kahveci, ss. 839-840; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 167-168; Zevkliler ve Gökyayla, s. 731, dn. 146.

⁵⁰² Aydoğdu ve Kahveci, ss. 839-840.

girmesini kararlaştırabileceklerini ifade etmiřtir⁵⁰³. Başka bir görüş de yasak hükme rağmen, kuramsal olarak kefilin ceza koşulu borcundan sorumlu tutulmasının mümkün olduğunu ancak pozitif hukuk bakımından bir engel bulunduğunu ifade etmiştir. Hatta bu hükmün getirilmesiyle, kefilin aşırı ceza koşulunu ödemekten kurtarılması amaçlanmışsa, bunun Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki takdiri butlan yaptırımından kefilin de yararlanabileceğini; aşırı ceza koşulundan kefilin korunmasının etkili bir hâkim denetimiyle sağlanması mümkünken, yasak getirilmesinin gerekli olmadığını ifade etmiřtir⁵⁰⁴. Başka bir görüş de, Türk Borçlar Kanunu’nun 589’uncu maddesinin son fıkrasıyla getirilen düzenleme sebebiyle, artık kefilin ceza koşulundan da sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların yapılmasına yasal olanak kalmadığını ifade etmiştir. Bu görüşe göre, söz konusu hükmün nasıl algılanacağı konusunda iki farklı görüş ileri sürülebilir. Bir görüşe göre, kefilin ceza koşulunun tüm türleri bakımından sorumlu olacağının kararlaştırılması hükümsüz sayılırken; diğer görüşe göre burada ceza koşulunun türüne göre farklı şekilde hareket edilmelidir. İfaya eklenen ve seçimlik ceza koşulu bakımından kefilin sorumluluğuna ceza koşulu dâhil edilebilecektir, ancak dönme cezası türünde Kanun’daki yasak geçerli olmalıdır⁵⁰⁵. İsviçre Hukukunda ise, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 499’uncu maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde, açıkça kararlaştırıldığı takdirde, kefilin ceza koşulunu da ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuç, İsviçre Hukukunda kefil, açıkça taahhüt etmedikçe ceza koşulundan sorumlu olmayacaktır ve ceza koşulunun seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulu olmasının bu hususta bir önemi de olmayacaktır⁵⁰⁶.

*Borçlu için iflasın söz konusu olduğu durumda da doktrinde, ceza koşulunun fer’i niteliğinin bir sonucu olarak, asıl alacakla aynı sırada yer alacağı ve geciktirici şarta bağlı bir alacak gibi masaya kaydolunabileceği ifade edilmiştir*⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Gümüş, zel Hükümler C. II, ss. 366-367. Aynı yazar daha sonraki çalışmasında ise, söz konusu hükmün, ceza koşulu sorumluluğu bakımından kefalet sözleşmesi akdedilmesini yasakladığını ifade etmiştir. Bkz. Gümüş, Ders Kitabı, ss. 527-528.

⁵⁰⁴ zen, Kefalet, ss. 141-142.

⁵⁰⁵ S. Ayan, Kefalet, ss. 472-474.

⁵⁰⁶ Guhl ve Schnyder, § 57, kn. 50.

⁵⁰⁷ Oser ve Schönenberger, s. 702, kn. 18; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 5; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 10; Bilge, s. 76; Tunçomağ, Cezai şart, s. 15; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 172. Aksi görüş için bkz. Westermann, § 339, kn. 4.

Haciz bakımından da, doktrinde, muaccel olmayan ceza koşulunun, henüz asıl alacağa bağlı olması yani fer'i niteliği sebebiyle, asıl alacaktan bağımsız olarak tek başına değil, ancak asıl alacakla birlikte haczedilebileceği ifade edilmiştir⁵⁰⁸.

Asıl borcun zamanaşımına uğraması; zamanaşımı def'i bakımından da ceza koşulunun fer'i niteliğinin etkili olacağı konusunda bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza koşulunun bağlı kılındığı sözleşme ihlalinin gerçekleşmesinden önce asıl borç zamanaşımına uğrarsa, aksine bir anlaşma olmadıkça, ceza koşulu da zamanaşımına uğrar ve alacaklıya zamanaşımı def'inin ileri sürülebilmesi imkânı verir⁵⁰⁹. Buna karşılık, sözleşme ihlalinin gerçekleşmesinden sonra asıl borç zamanaşımına uğramışsa, aksine anlaşma yoksa bunun ceza koşuluna etkisi olmaz⁵¹⁰. Bu görüş, asıl borcun zamanaşımına uğramasını, ceza koşulunun muaccel olmasından önce ve sonra olmak üzere iki ihtimal üzerinden değerlendirmektedir. Kanaatimizce de, asıl borcun, ceza koşulunun muaccel olmasından önce zamanaşımına uğraması mümkündür. Örneğin, gereği gibi ifa etmeme veya yerinde ifa etmeme gibi ihlaller sebebiyle bir ceza koşulu kararlaştırılmış olsun. Bu durumda, borçlu, asıl borcu ifa etmeyerek, onun muaccel olduğu tarihten itibaren kanunun aradığı zamanaşımı sürelerini geçirmiş olması mümkündür. İşte bu durumda, sözleşmede kararlaştırılan ihlal henüz gerçekleşmemiş, böylece ceza koşulu muaccel olmamıştır ancak asıl borç zamanaşımına uğramıştır. Dolayısıyla, ceza koşulunun da asıl borca bağımlı (fer'i) olması özelliği bu ihtimalde kendisini göstererek, asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'inin ve bununla bağlantılı olarak ceza koşulunun da talep edilemeyeceğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesine olanak sağlayacaktır.

⁵⁰⁸ Bilge, s. 76; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 172. Henüz muaccel olmayan ceza koşulu alacağı için sadece ihtiyati haczin mümkün olabileceği yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 91; Gökçeoğlu, s. 58. Aksi görüş için bkz. Günay, Cezai Şart, s. 100. Asıl alacağın mali bir değeri yoksa mali değeri olan ceza koşulunun tek başına da haczedilebileceği yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 26; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 91; Gökçeoğlu, s. 58.

⁵⁰⁹ Schöbi, ss. 68-69; Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Die Verjährung der Forderungen**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975, § 57; Bucher, s. 523, dn. 11; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3841; Bentele, ss. 84, 107; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn.4; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 9; BGer, 27.6.2017, 4A_45/2017, Er.6.3, (www.swisslex.ch, E.T.: 12.12.2018); Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 344-345; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 526; Hatemi ve Gökyayla, s. 353; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 794.

⁵¹⁰ Becker, m. 160, kn. 27; Bentele, s. 85; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 9; Westermann, § 339, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 15; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 526, dn. 416; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 172.

Asıl borcun zamanaşımı süresine tabi olup olmama bakımından da konuyu irdelemek gerekir, Doktrinde bir görüş, asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresinin, ceza koşulunun fer'i niteliği dolayısıyla ceza koşulu bakımından da geçerli olacağını ileri sürmektedir⁵¹¹. Kanaatimizce ceza koşulunun fer'i niteliğinin etkili olduğu zamanın asıl borcun muacceliyetine kadar olması, bu görüşlerin yerindeliğinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliğini kazanan ceza koşulu için hâlâ asıl borca ait zamanaşımı süresinin geçerli olacağını kabul etmek doğru olmaz. Muacceliyetten önce de zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacağı için (TBK m. 149/I), bu ihtimali tartışmaya lüzum yoktur. Bu sebeple, muaccel olan ceza koşulu hakkında zamanaşımı konusu bağımsız bir şekilde ele alınarak, ceza koşulu hakkında ilgili Kanun hükmü (TBK m. 146) gereğince on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Asıl borcun ifa yeri ve zamanı bakımından da, doktrinde, ceza koşulunun fer'i niteliğinin etkili olduğu belirtilmiş, buna göre tarafların aksini kararlaştırmadıkları sürece, asıl borcun ifa yeri ve zamanının ceza koşulunun da ifa yeri⁵¹² ve zamanı⁵¹³ olacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce, yukarıda zamanaşımı bakımından yapmış olduğumuz açıklamaların burada da geçerli olması, bu görüşlerin yerindeliğinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, muaccel olduktan sonra bağımsız bir borç niteliğini kazanan ceza koşulu için hâlâ asıl borcun ifa yerini ve zamanını kabul etmek doğru olmaz. Muacceliyetten önce de ifa yeri ve zamanının alacaklı açısından bir anlamı olmayacağı için bu ihtimali tartışmaya lüzum yoktur. Bu sebeple, muaccel olan ceza koşulu hakkında ifa yeri ve zamanı gibi konular bağımsız bir şekilde ele alınmalı, gerektiğinde sözleşmede buna ilişkin özel bir hüküm yoksa konu genel hükümlerdeki tamamlayıcı düzenlemelerle (TBK m. 89 vd.) çözümlenmelidir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, isabetli olarak, fer'ilikten hiç bahsetmeyerek, para olarak kararlaştırılan

⁵¹¹ Bentele, s. 32; Bilge, ss. 62- 63; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 1078; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 74-75; Öktem Çevik, s. 101.

⁵¹² Becker, m. 160, kn. 10; Schoch, s. 17; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 11; Bschorr ve Zanner, s. 11; Bilge, s. 74; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 345; Feyzioğlu, s. 389; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 16; Hatemi ve Gökyayla, s. 353; Akıntürk ve Karaman, s. 165; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1375; Öktem Çevik, s. 101.

⁵¹³ Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 162.

ceza koşulunun, bir para borcu olması sebebiyle ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olması gerektiğine karar vermiştir⁵¹⁴.

C. Ceza Koşulu Ediminin Bir Hukuki İşlemle Belirlenmesi

Ceza koşulu kurumu Kanun'da düzenlenmiş olmakla birlikte, ancak, hukuki bir işlemle belirlendiği hallerde uygulama bulmaktadır⁵¹⁵. Bu husus, kanunkoyucunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "... *bir ceza kararlaştırılmışsa...*" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Kararlaştırma ifadesi, ceza koşulunun mutlaka sözleşme gibi iki veya çok taraflı bir hukuki işlemle belirlenmesi gerekliliği izlenimini uyandırır, tek taraflı bir hukuki işlemle de bunun öngörülmesine engel yoktur. Hukuki bir işlem dışında, ceza koşulunun, kanunla öngörülmuş bir örneği yoktur⁵¹⁶. Buna rağmen bazı kanunlarda yer verilen bazı kurumların ceza koşulu olup olmadığı tereddüt konusu olmuş, buna bağlı olarak ceza koşulunun kanunla öngörülüp öngörülmediği sorusu gündeme gelmiştir. Bunlar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen "*teminat*", 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 3'üncü maddesi gereğince muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu "*çek bedeli*" ve Türk Ticaret Kanunu'nun 908'inci ve 914'üncü maddelerine göre yolcu taşıyıcının ödemekle yükümlü olduğu "*tazminat*" şeklinde sayılabilir. Kanaatimizce unsurları, koşulları ve özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda; bunların, ceza koşuluyla ilgilerinin olmadıkları kolaylıkla anlaşılabacaktır. Bu sebeple bizce böyle bir tartışmaya yer olmasa da konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla aşağıda bunlara kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

⁵¹⁴ Yarg. 19. HD., T. 27.3.2002, E. 2002/1078, K. 2002/2204, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁵¹⁵ Roma Hukuku'nda da tarafların, bir hukuki işlemde ceza koşulunu kararlaştırıp kararlaştırmamak konusunda serbestiye sahip oldukları söylenebilir de tahkim anlaşmasında (compromissum), mutlaka anlaşmaya uyulmaması halinde bir miktar paranın ceza olarak ödenmesini öngören bir stipulatio kaydı ile tamamlanması gerektiği yönünde bkz. Erkan Küçükgüngör, "Roma Hukuku'nda Tahkim (Compromissum)", **BATİDER**, C. 19, S. 3, 1998, s. 139; Kaynak, ss. 247-249; Dinçer Araz, s. 133.

⁵¹⁶ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 2; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Feyzioğlu, s. 390; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 859; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 104; Hatemi ve Gökyayla, s. 351; Günay, Cezai Şart, s. 26; İnan ve Yücel, s. 564; Demirtaş, s. 851; YHGK, T. 17.02.1971; E. 1970/1505, K. 1971/85, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 17.04.2017). Yargıtay'ın "*kanundan doğan ceza koşullarının*" ibaresiyle yanılgıya götüren açıklamalara yer veren kararları için bkz. Yarg. 4. HD., T. 22.10.1972, E. 1972/7021, K. 1972/7530; Yarg. 15. HD., T. 9.6.1975, E. 1975/756, K. 1975/9956, (Tanju Uygur, s. 819).

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 54, 55, 57 ve 62’nci maddelerinde adı geçen teminatın, ceza koşulu olmadığı açıktır. Çünkü borçlu yüklenici, geçici teminatın kesin teminat olarak sayılması, sözleşme yapmaya yanaşılmaması veya diğer aykırılık durumlarında, önceden vaat ettiği bir bedeli ödememekte; sadece teklifte bulunabilmesi için zorunlu olarak yatırdığı geçici veya kesin teminatını kaybetmektedir⁵¹⁷.

5941 sayılı Çek Kanunu’nun 3’üncü maddesinde bahsedilen çek bedeli, muhatap bankanın, çekin karşılığının hiç bulunmaması halinde, düzenleyici dışındaki ibraz eden hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için belli tutarlarda ödemekle yükümlü olduğu tutardır. Kanunen sorumlu tutulan muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu bu bedelin ceza koşulu olmadığı açıktır.

Türk Ticaret Kanunu’nun 908’inci maddesine göre, yolcu taşımaya ilişkin hareketin gecikmesine bağlı olarak doğmuş bulunan herhangi bir zarar ispat edilemese dahi mahkemece bilet parasının üç misli tutarında tazminata karar verileceğine ilişkin bu hüküm ile 914’üncü maddesindeki “*Taşıyıcı, bilette belirtilen yerin başka bir kişiye verilmesi, bilette gösterilen araç yerine onunla aynı düzeyde olmayan başka bir aracın sefere konulması, aracın belli saatten önce hareketi nedeniyle yolcunun yetişememesi, taşıma aracında durumun gerektirdiği ilk yardım malzemelerinin ve ilaçlarının bulundurulmaması veya bunlardan derhâl yararlanma imkânının sağlanmamış olması sebebiyle de, ikinci fıkraya göre sorumludur; herhangi bir zarar ispat edilmese bile taşıyıcı bilet parasının üç katını tazminat olarak öder.*” hükmündeki söz konusu tazminat da ceza koşulu olarak nitelendirilemez⁵¹⁸. Kanunkoyucu tarafından belirlenmiş bu tazminatların cezalandırıcı tazminat (medeni-özel ceza) ya da götürü (maktu) tazminat olarak da nitelendirilmeleri mümkün değildir. Bu tazminatları, kanunkoyucunun belirlemiş olduğu kendine özgü bir özel hukuk yaptırımı olarak ifade etmek mümkündür. Ancak Kanun tarafından belirlenmiş bu yaptırımların ayrıca sözleşmede taahhüt edilmiş olmaları halinde durum farklılaşabilir. Çünkü aynı tazminat, ayrıca bir hukuki işlemle borçlanılmış olacağı için sözleşmede gösterilen

⁵¹⁷ Burada, bir taahhüt işleminden değil de faydalandırıcı bir işlemten bahsedilmesi sebebiyle ceza koşulunun varlığından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 16-17; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 859. Aksi görüş için bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku’nun Umumî Esasları**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, ss. 1161-1162.

⁵¹⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 16-17; A. Arkan, s. 8; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 104, dn. 177.

tazminat, ceza koşulu olarak kabul edilebilir ve gerektiğinde hâkim tarafından indirilebilir⁵¹⁹.

1. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Türü

Ceza koşulunun mutlaka hukuki işlemle belirlenmesi gerektiğini ve bu hukuki işlemin iki veya çok taraflı ya da tek taraflı olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu iki ceza koşulu işlemi aslında hukuki işleme katılanların sayısına göre yapmış olduğumuz bir ayırmadır. Aşağıda bu konu hakkında biraz daha ayrıntılı açıklamalara yer vermenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Bu ayırım yanında hukuki işlemin türleri açısından; hüküm ve sonuç doğurduğu ana göre başka bir ayırım da yapılabilir. Ceza koşulu açısından önem taşıyan bu ikinci ayırım için de aşağıda açıklamalarda bulunacağız.

a. Hukuki İşleme Katılanların Sayısına Göre

Ceza koşulu, çoğunlukla iki veya çok taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeyle belirlense de; hukuken dernek tüzükleri gibi çok taraflı hukuki işlemlerle veya ilan yoluyla ödül sözü verme gibi tek taraflı bir hukuki işlemle de belirlenebilir. Ancak doktrindeki bir görüş, ceza koşulunun sadece sözleşmeyle belirlenebileceği anlamına yol açacak şekilde, ceza koşulunun bağımsız bir edim üstlenilmesi yani bir sözleşme olduğunu belirtmiş, bunun da Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin birinci fıkrasındaki “... bir ceza kararlaştırılmışsa...” ibaresinden anlaşıldığını ifade etmiştir⁵²⁰. Kanaatimizce, hükümdeki “kararlaştırılmışsa” ibaresinden ceza koşulunun sadece sözleşmeyle belirlenebileceği değil, ceza koşulunun sadece hukuki işlemle öngörülebileceği anlamının çıkarılması uygun olur.

Çok taraflı hukuki işlemlerin, ceza koşuluna yer verilen en yaygın türü sözleşmedir. Sadece ceza koşulunu kaleme alan bir sözleşme olabileceği gibi,

⁵¹⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 17, dn. 45; Feyzioğlu, s. 390; A. Arkan, s. 8. Görüşümüze göre bu tazminatlar ceza koşulu olmamakla birlikte, doktrinde bir görüş, bunları, kanunî ceza koşulu olarak nitelendirmiş ve bunların Türk Ticaret Kanunu’nun 22’nci maddesinin kapsamına girmedikleri takdirde indirilebilmelerinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticari İşletme**, 2. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1960, s. 147, dn. 49.

⁵²⁰ Günay, Cezai Şart, s. 26; İnan ve Yücel, s. 564. Benzer yönde bkz. Santoro, s. 4; Er, s. 367; Taylan, s. 48.

sözleşmenin sadece bir hükmü de ceza koşuluyla ilgili olabilir⁵²¹. İlk durum için ceza koşulu sözleşmesi, ikinci durum için ceza koşulu kaydını içeren sözleşme tabirini kullanmak mümkündür. Her iki durum için, sözleşmeler hakkındaki genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Örneğin; ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için, ceza koşulunu, sözleşme yapma ehliyetine sahip olan kimselerin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kararlaştırmış olmaları gerekecektir. Yine genel hükümler arasında temsile ilişkin hükümler açısından bu sözleşmeyi sözleşmenin bizzat tarafları yapabileceği gibi, tarafların yetkili temsilcileri de yapabilecektir⁵²². Ancak temsilcilerin, ceza koşulu sözleşmesi yapabilmelerinin yetkileri çerçevesinde olup olmadığı belirlenmelidir⁵²³. Bu durumda temsilciden açık bir yetki belgesi istemek gerekebilir⁵²⁴. Ancak, bir ceza koşulunun yer alması olağan olan durumlarda yani ceza koşulu belirlenmesinin, yetki verenin iradesine uygun olduğu; yetki verilen sözleşmelerle bu konudaki bağlantının açık olduğu durumlarda açık bir yetkilendirme aranmayabilir. Ayrıca temsille ilgili bu açıklamalar, sadece borçlu değil alacaklı temsilcisi aracılığıyla ceza koşulu sözleşmesi yapıldığı durumlar için de geçerli olmalıdır. Çünkü sözleşmenin her zaman alacaklı lehine olduğu; bu sebeple ceza koşulunda borçlunun temsilci kullanılabilmesi yönünden sıkı şartları aramak gerektiği gibi bir yargı doğru değildir⁵²⁵.

Başka bir örnek olarak da ceza koşulunun, genel işlem koşulları içeren “tip sözleşme”, “standart sözleşme” veya “formüler sözleşme” olarak adlandırılan sözleşmelerde yer alması halinde, Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri (TBK m. 20-25) de uygulama alanı bulacaktır⁵²⁶. Ceza koşulunun,

⁵²¹ Ehrat ve Widmer, ceza koşulunun hukuki nedeninin hem bir sözleşme hem de sözleşmenin bir hükmü olabileceğini ifade etmiştir. Bunun için de “beschlossene Konventionalstrafe” (kararlaştırılmış ceza koşulu) ifadesini kullanmıştır. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 2. Bu ifadenin, sadece dernek tüzükleri ve şirket ana sözleşmelerinde yer verilen ceza koşulu bakımından kullanıldığına ve bu ceza koşulunun atipik ceza koşulu olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. Bentele, s. 131.

⁵²² Schoch, s. 23; Bentele, s. 36.

⁵²³ Bentele, s. 36; Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 60.

⁵²⁴ Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 60; Bentele, s. 36; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 59; Günay, Cezai Şart, s. 91.

⁵²⁵ Bentele, s. 36; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 59.

⁵²⁶ von Tuhr ve Escher, s. 278; Koller, Konventionalstrafe, kn. 21; Christian Zanner, **VOB/B nach Ansprüchen, Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen**, 4. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Vieweg+Teubner Verlag, Heidelberg, 2011, s. 60; Le Goff, s. 15; Bschorr ve Zanner, ss. 3, 8, 57 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 154; Aydoğdu,

genel işlem koşulu biçiminde sözleşmede yer almasına ilişkin olarak doktrinde, genel işlem koşulu ya da talimatnamelerde öngörülen, mağazalarda meydana gelen hırsızlık durumlarında veya bir tren biletinin kaybedilmesi durumlarında öngörülen para cezası şeklindeki ödemeler gösterilmektedir⁵²⁷.

Ceza koşulunun yer aldığı sözleşmeler genellikle iki taraflı sözleşmeler olmakla birlikte, çok taraflı bir sözleşmede, örneğin şirket sözleşmesinde de ceza koşuluna yer verilmesi mümkündür. Şirket sözleşmelerinde, üyelere ve ortaklara yüklenmiş olan bazı borçların ifası ceza koşuluyla teminat altına alınabilir⁵²⁸. Örneğin anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sermaye koyma borcunu yerine getirmede temerrüde düşmeleri durumunda ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulabileceği (TTK m. 482/III) ve pay sahiplerinin ikincil yükümlülüklerinin ihlali durumunda, şirket esas sözleşmesiyle ceza koşulu getirilebileceği (TTK m. 481/II) düzenlenmiştir. Yine limited şirketlerde de şirket sözleşmesinde yer verilebilecek kayıtlar arasında ceza koşulu da sayılmıştır (TTK m. 577/I-b.f).

Çok taraflı hukuki işlemlerden sayılan dernek tüzüklerinde de ceza koşulu niteliğinde birtakım para cezaları öngörülebilmektedir. Bunlara hem uygulamada hem de doktrinde, *dernek cezaları* da denilmektedir⁵²⁹. Dernek cezalarının ceza koşulu olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, dernek tüzüğü, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme değil, “*objektif hukuk kuralı getiren bir hukuki işlem*” veya “*kendine özgü bir hukuki işlem*”dir; dolayısıyla, bu tür dernek cezaları gerçek anlamda bir ceza koşulu olarak nitelendirilemez⁵³⁰. Ancak bu görüşte

Denetim, ss. 53-54. Alman Medeni Kanunu’nda ise, genel işlem koşulu niteliğinde ceza koşuluyla ilgili olarak özel düzenlemeler getirilmiştir. Bkz. BGB § 305 vd.; § 308, § 309.

⁵²⁷ Becker, m. 160, kn. 4; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 20.

⁵²⁸ Bucher, ss. 521, 524; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 15; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 3; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 458, kn. 1693; Tekinalp, ss. 528-529, kn. 19-13; Şener, Ortaklıklar Hukuku, ss. 38,119-120, 604, 611, 707, 712; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 865; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 343; İnan ve Yücel, s. 567; Akıntürk ve Karaman, s. 163. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu tür kayıtları geçerli saydığı kararı için bkz. BGE 80 II 123, (Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 9). Çok taraflı bir hukuki işlem ile tüzel kişi kurulmamış da olsa, örneğin bir adi şirket sözleşmesinde de ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür. Bkz. Bilge, s. 47. Kat mülkiyeti yönetim planına da ceza koşuluyla ilgili bir hüküm konulabileceğine ilişkin bkz. Belen, Cezai Şart, ss. 514, 522 vd.

⁵²⁹ Becker, m. 160, kn. 2; Schoch, s. 92 vd.; BGer, 14.5.2015, 5A_787/2014, Er. 5.3, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 17.9.2018); Hrubesch-Millauer ve Thommen, s. 850; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 60.

⁵³⁰ Ergun Özsunay, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2443, İstanbul, 1982, s. 279. Benzer yönde bkz. Grüneberg, Palandt, § 339, kn. 7; Kurt Stöber ve

olan yazarların bazıları, dernek cezalarına ceza koşuluyla ilgili hükümleri uygulamakta bir sakınca bulunmadığını kabul ederken⁵³¹, bazıları ise, ceza koşulu hakkındaki hükümlerin; bu kapsamda dernek cezasının aşırı olması halinde, indirimle ilişkin hükmün kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir⁵³². Başka bir görüşe göre ise, dernek tüzükleri de sözleşme kavramı içinde değerlendirilmelidir; çünkü bir üye dernek tüzüğünü imzalamak veya sonradan ona katılarak ceza koşulu sözleşmesinin bir tarafını oluşturur; ceza koşulu sözleşmesinin diğer tarafı ise tüzel kişiden veya diğer üyelere oluşur; dolayısıyla bu tür cezaların ceza koşulu kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁵³³. Bizce de, bu görüşte sayılan gerekçelerle, dernek cezaları ceza koşulu olarak değerlendirilmelidir.

Tek taraflı bir hukuki işlem de ceza koşulunun içinde yer alabileceği başka bir hukuki işlem türüdür⁵³⁴. Ceza koşulunun içinde yer aldığı tek taraflı hukuki işlemin, borç doğurucu nitelikte bir hukuki işlem olması gerekliliği işin doğası gereğidir⁵³⁵. Bir kimsenin tek taraflı bir hukuki işlemle ancak kendisini ceza koşulu borcu altına sokması mümkünken, başkasını ceza koşulu ödeme yükümlülüğü altına sokması mümkün değildir. Bu sonuç, borçlar hukukuna egemen olan prensiplerden “*üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması*” ilkesinin gereğidir. Örneğin, ilan yoluyla ödül vaadinde bir ceza koşulu hükmü bulunabilir; çünkü bu vaatte bulunan kimse bizzat kendisini tek taraflı bir hukuki işlemle borç altına sokmaktadır⁵³⁶. Ancak vasiyetname

Dirk-Ulrich Otto, **Handbuch zum Vereinsrechts**, 11. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2016, kn. 969; Schmidt, § 348, kn. 3; Pamp, HGBK, § 348, kn. 3.

⁵³¹ Becker, m. 160, kn. 2; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 60; Belen, Cezai Şart, s. 514.

⁵³² Rafael Brägger, “Der sanktionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Folgen seiner Verletzung”, **Causa Sport**, 2018/3, s. 238. Alman Hukukunda aynı yönde bkz. Karl Larenz ve Manfred Wolf, **Des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil**, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, s. 203, kn. 116.

⁵³³ Bilge, s. 49. Gerekçeli olarak açıklamaya yer vermeyip, sadece; dernek tüzükleriyle ceza koşulunun belirlenebileceği yönünde bkz. Schoch, s. 92 vd.; Becker, m. 160, kn. 2; von Büren, s. 408; Keller ve Schöbi, s. 91; von Tuhr ve Escher, s. 278; Bucher, ss. 521, 524; Schwenger, kn. 71.01; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 1; Pellanda, HandK., Vorb. 160-163, kn. 20; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 3; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 1; Hrubesch-Millauer ve Thommen, s. 850; Santoro, s. 5; BGE 80 II 123, Er. 3b, ss. 132-133, (relevancy.bger.ch, E.T.: 14.7.2018); BGE, 14.5.2015, 5A_787/2014, Er. 5.3, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 17.9.2018); Tunçomağ, Cezai Şart, s. 55; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 48.

⁵³⁴ Becker, m. 160, kn. 3; Bucher, s. 522, dn. 3; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 15; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 865; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Feyzioğlu, s. 390; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980, dn. 2; Akıntürk ve Karaman, s. 163; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 1. Aksi görüş için bkz. Grüneberg, Palandt, § 339, kn. 11; Beisenkötter, s. 66.

⁵³⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61.

⁵³⁶ Bucher, s. 522, dn. 3; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 865; Bilge, ss. 46-47; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 108; Gökçeoğlu, s. 39. Benzer yönde bkz. Wuffli, OFK, m. 163, kn. 1.

örneğinde durum farklıdır. Miras hukukuyla ilgili olmayan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf kapsamında bu mümkün görülebilir. Ayrıca Miras Hukuku'na hâkim ilkelerle birlikte de bir değerlendirme yapılabilir. Şöyle ki, vasiyetnamenin sahibi olan mirasbırakanın son arzularına üstünlük tanınması, tereddütlü durumlarda onun iradesinin geçerli sayılmasının gerekliliği karşısında, her ne kadar sonuçlarını mirasbırakanın ölümünden sonra doğuracak olsa da ceza koşulu içeren bir vasiyetnamenin geçerli olacağı kabul edilebilir⁵³⁷.

b. Hukuki İşlemin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurdıkları Ana Göre

Hem İsviçre hem de Türk Hukuku bakımından doktrinde, ceza koşulunun sağlararası bir işlemle düzenlenmesi gerektiği, dolayısıyla, ölüme bağlı tasarruflarla ceza koşulunun belirlenmesinin söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir⁵³⁸. Bu görüŖe göre, mirasbırakanın vasiyetname ile tayin ettiği mirasçı veya belirli mal alacaklısına herhangi bir borç yüklemesi ve bunun yerine getirilmemesi durumunda ödenmek üzere bir edim tayin etmesi halinde, ceza koşulu doğmuş olmaz⁵³⁹; çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 514 ve devamı hükümlerinde ölüme bağlı tasarrufların çeŖitleri belirtilmiŖtir; dolayısıyla mirasbırakan kendisine uygun görünen bütün tasarrufları değil, ancak Kanun'da açıkça gösterilmiŖ veya amaca uygun bir yorumla geçerli sayılacak tasarrufları yapmaya izinli olacaktır; miras hukukunda, borçlar hukukundakinin aksine bireylerin sözleşme konusunu serbestçe belirleme özgürlüğü yoktur. Bu görüŖe göre, yukarıda sözünü ettiğimiz işlem, borçlar hukukuna göre değil, miras hukuku anlamında bir şart veya mükellefiyet olup olmadığına göre, yani ilgili hükümlere göre değerlendirilmelidir; dolayısıyla bir mükellefiyet bulunuyorsa, aşırı nitelikte bir mükellefiyetin indirilmesi, Türk Borçlar

⁵³⁷ Hukukumuz bakımından ceza koşulunun vasiyetnameyle belirlenebileceğine iliŖkin bkz. Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980, dn. 2. Alman Hukukunda aynı yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 1. Aksi görüŖ için bkz. Becker, m. 160, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 865.

⁵³⁸ Becker, m. 160, kn. 1; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, ss. 860-861; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Bilge, ss. 44 vd., 47; İnan ve Yücel, s. 565; Feyzioğlu, s. 391; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Hatemi ve Gökyayla, s. 355.

⁵³⁹ Becker, m. 160, kn. 1; Bilge, s. 48; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 18; Gökçeoğlu, s. 38.

Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre değil, saklı payla ilgili hükümlere göre olmalıdır⁵⁴⁰.

Doktrindeki bu görüşe katılmak tarafımızca mümkün görünmemektedir. Öncelikle, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların konusunu miras hukukuna ilişkin olmayan ölüme bağlı tasarruflar da oluşturabilir. Bu tasarruflar bakımından sınırlı sayılı ilkesi geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla bir borçlar hukuku kurumu olan ceza koşulu kurumunun mirasbırakanın şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarrufunda, maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf olarak ceza koşuluna yer vermesinde bir sakınca görmemek gerekir. Kaldı ki, yukarıdaki başlık altında açıkladığımız üzere, mirasbırakanın vasiyetinin üstün tutulması kuralı bakımından da aynı sonuca varılabilir. Mirasbırakanın tek taraflı olarak gerçekleştirdiği ölüme bağlı tasarruflar kapsamında ceza koşulunu belirlediği hallerde, mirasçıların ceza koşulu ile yükümlü tutulmasında bu kural önem arz etmektedir⁵⁴¹.

Miras sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin karşı tarafının ölüme bağlı olmayan (sağlararası) bir edimde bulunmasıyla, başka bir deyişle karşılıklı (ivazlı) olarak yapılması şeklinde gerçekleşmiş olan miras sözleşmeleri ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. İvazlı mirastan feragat sözleşmesi (olumsuz miras sözleşmesi) veya ivazlı miras (olumlu) sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, mirasbırakan veya sözleşmenin karşı tarafı, sağlararası borç altına girmektedir. Bu kişilerin sağlararası nitelikteki bu borçları için ceza koşulu kararlaştırılmış olabilir. Bu durumlarda ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin bir tartışma, ceza koşulunun bağlı olduğu edimin sağlıkta hüküm doğuran bir edim olması sebebiyle yersiz olacaktır. Bu şekilde bir ceza koşulunun belirlenmesinin mümkün olduğunun evleviyetle kabul edilmesi gerekecektir.

⁵⁴⁰ Becker, m. 160, kn. 1; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 18. İsviçre Hukukunda, kıyas yoluyla ve gerekli değişikliklerin yapılması suretiyle ceza koşuluna ilişkin hükümlerin bu işlemler hakkında da uygulanabileceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Oser ve Schönenberger, s. 702, kn. 16.

⁵⁴¹ Hukukumuz bakımından ceza koşulunun vasiyetnameyle belirlenebileceğine ilişkin bkz. Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 980, dn. 2. Alman Hukukunda aynı yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 1. Aksi görüş için bkz. Becker, m. 160, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 865.

2. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Yapılma Anı ve Şekli

a. Hukuki İşlemin Yapılma Anı

Ceza koşulunun belirlenmesi, genellikle, asıl borcu meydana getiren hukuki işlemle aynı anda gerçekleşir, yani bu hukuki işlemin içindedir⁵⁴². Hatta ceza koşulu, çoğunlukla bir sözleşme içinde kararlaştırılmış olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla, asıl sözleşme içinde kararlaştırılan ceza koşuluna, sözleşmenin bir parçası olduğu için, doktrinde, “*akdi kayıt (sözleşme kaydı=sözleşme şartı) (Vertragsklausel)*” veya “*ceza kaydı (Strafklausel)*” adı verilmektedir⁵⁴³. Hatta “*ceza koşulu*”nun adındaki “*koşul*” ibaresi, kayıt anlamında olup, gerçek ve teknik anlamda koşul değildir. Ancak bu, ceza koşulunun her zaman bir sözleşmeyle kararlaştırılması gerektiği ve bu sözleşmede bir kayıt (madde-hüküm) olarak yer alması gerektiği olarak da anlaşılmamalıdır. Kanunkoyucu, ceza koşulunun çoğunlukla bir sözleşmeyle ve bu sözleşmeyle birlikte aynı anda belirlenebileceği ihtimali sebebiyle böyle bir tercihte bulunmuştur.

Ceza koşulunun, belirlendiği anda asıl borcun bulunması şartıyla, daha sonra da yani asıl borcu doğuran hukuki işlemten ayrı bir hukuki işlemle de belirlenmesi mümkündür⁵⁴⁴. Hatta doktrinde bir görüş ceza koşulunun daha sonra kararlaştırılabilmesi olanağını bir adım daha ileri götürerek; ceza koşulunun zararın meydana gelmesinden sonra dahi kararlaştırılabileceğini ifade etmiştir⁵⁴⁵. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü zararın meydana gelmesi demek, asıl borcun ihlal edilmesi demektir. Asıl borcun ihlal edildiği anda, artık ceza koşulunun önemli amaçlarından biri olan borçlu üzerinde baskı oluşturarak asıl borcun ifasına zorlama amacından söz edilemeyecektir. Böyle bir amaca hizmet etmeyen bir anlaşmanın da

⁵⁴² Schoch, s. 23; von Tuhr ve Escher, s. 278; Keller ve Schöbi, s. 93; Bucher, s. 524; Bentele, s. 37; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3788, 3793; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 6; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 17; Reck, s. 99; Santoro, s. 4; Reisoğlu, s. 455; Nomer, ss. 433-434; Tekil, s. 238; İnan ve Yücel, s. 565; Akıntürk ve Karaman, s. 165.

⁵⁴³ Keller ve Schöbi, s. 93; Bentele, s. 37; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3793; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 2; Santoro, s. 4; Eren, Genel Hükümler, s. 1207.

⁵⁴⁴ Schoch, s. 23; Keller ve Schöbi, s. 93; von Tuhr ve Escher, s. 278; Bucher, s. 524; Bentele, s. 39; Reck, s. 99; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3788, 3793; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 2, kn. 6; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 17; Santoro, s. 4; Beck-Mannagetta, s. 2; Kanık, s. 1073; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 62; Tekil, s. 238; Reisoğlu, s. 455; Nomer, ss. 433-434; İnan ve Yücel, s. 565; Akıntürk ve Karaman, s. 165; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1378; Öktem Çevik, s. 98; Tamer, ss. 735-736.

⁵⁴⁵ Beck-Mannagetta, ss. 2, 17.

artık ceza koşulu niteliğinden bahsedilemez. Bu durumda olsa olsa bir götürü tazminat anlaşmasının varlığından söz edilebilir. Ancak götürü tazminat ile ceza koşulunun birbirinden farklı kurumlar olduğu unutulmamalıdır.

Ayrıca, ceza koşulunun, ifasını teminat altına aldığı asıl borçtan önce de kararlaştırılması mümkündür⁵⁴⁶. Ancak bu ihtimalde ceza koşulunun varlık kazanabilmesi, asıl borcun doğmasına bağlıdır⁵⁴⁷. Örneğin çerçeve niteliği olan isimsiz sözleşmelerden tek satıcılık sözleşmesinde taraflar ceza koşulu kararlaştırmış olabilirler. Bu sözleşmenin ifası, münferiden yapılan satış sözleşmeleriyle gerçekleşir. Bu sözleşmeler asıl sözleşme olarak düşünüldüğünde, bu sözleşmelerin yapılmasıyla, önceden kararlaştırılan ceza koşulu varlık kazanmış olacaktır⁵⁴⁸.

b. Hukuki İşlemin Şekli

Ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için öncelikle bir asıl borcun varlığının gerekli olduğunu ve ceza koşulunun bu asıl borca bağlı olduğunu daha önce açıklamıştık. Dolayısıyla ceza koşulunu meydana getiren hukuki işlemin şekle bağlı olup olmadığı; şekle bağlı ise, hangi şekilde olması gerektiğini açıklığa kavuşturabilmek için asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekliyle birlikte değerlendirilmesi gerekir⁵⁴⁹. Şöyle ki, asıl borcu meydana getiren hukuki işlem için bir şekil zorunluluğu yoksa ceza koşulu sözleşmesi de şekle bağlı olmayacaktır. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrası da sözleşmelerin geçerliliğini, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı tutmamıştır. Ancak asıl

⁵⁴⁶ Bucher, s. 524; Bentele, s. 38; Reck, s. 99; Santoro, s. 4. Aksi görüş için bkz. Schoch, s. 23.

⁵⁴⁷ Bentele, s. 38; Reck, s. 99; Santoro, s. 4; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 111.

⁵⁴⁸ Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 111.

⁵⁴⁹ Ceza koşuluyla ilgili hükümlerden de görüleceği üzere, ceza koşulu bakımından Kanun'da öngörülmüş özel bir şekil kuralı bulunmamaktadır. Oysaki Roma Hukuku'nda ceza koşulunun, kural olarak hem bir borç kaynağı olan hem de bir sözlü şekil şartını içeren stipulatio (sözlü sözleşme) ile kararlaştırılması gerekiyordu. Bkz. Honsell, Römisches Recht, ss. 95, 120; Oğuzoğlu, s. 264; Umur, Ders Notları, s. 315; Umur, Lügat, s. 204; Koschaker ve Ayiter, s. 210; Rado, Borçlar, s. 105; Tahiroğlu, s. 143; Dinçer Araz, ss. 48, 125-126; Buz, Konventionalstrafe, s. 491. Ancak, ceza koşuluna, vasiyetnamede (Bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), s. 374) ve iyiniyet işlemine bir anlaşma ilavesi şeklinde de (Bkz. Di Marzo, (çev. Ziya Umur), s. 374; Erdoğan, s. 68, dn. 124; Buz, Konventionalstrafe, s. 491) yer verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmekteydi.

borç şekle bağlı bir hukuki işlemle meydana gelmişse, ceza koşulu sözleşmesi de aynı şekle uyularak yapılmalıdır⁵⁵⁰.

Ceza koşulunun asıl borcun şekil açısından kaderine tabi olmasına gerekçe; fer'i niteliği yanında⁵⁵¹; bir sözleşmenin kaydı olarak kararlaştırılması durumunda, o sözleşmenin sübjektif esaslı noktası olması da gösterilebilir⁵⁵². Nitekim sözleşmenin şekli, ilke olarak, sözleşmenin tüm objektif ve sübjektif esaslı noktalarını kapsamalıdır⁵⁵³.

Ceza koşuluna bağlanmış olan asıl borcun kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmaması halinde asıl sözleşme geçersiz olacağı gibi onun kaderine tabi olan ceza koşulu da geçersiz olacaktır⁵⁵⁴. Örneğin, rekabet yasağı sözleşmesinin şekli Kanun'da adi yazılı şekle bağlanmıştır (TBK m. 444/I); rekabet yasağının ceza koşuluna bağlanması durumunda (TBK m. 446), ceza koşuluna ilişkin bu sözleşmenin de adi yazılı şekilde yapılması zorunlu olacaktır⁵⁵⁵. Aynı şekilde, resmi yazılı şekilde yapılması gereken bir taşınmaz satış sözleşmesine⁵⁵⁶ veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine⁵⁵⁷ bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu bakımından da aynı şekle

⁵⁵⁰ Schwenzer, kn. 71.05; Berger, kn. 1782; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3794; Koller, Konventionalstrafe, kn. 20; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 16; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 8; Wolfer, Grundstückkauf, kn. 96; Reisoglu, s. 455; Nomer, s. 434; İnan ve Yücel, s. 565.

⁵⁵¹ Schoch, s. 13; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3794, 3839; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 11; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 3; von Tuhr ve Escher, ss. 277, 278; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Bucher, ss. 523, 524; Schwenzer, kn. 71.05; Bentele, ss. 31-32; Bilge, s. 67; Eren, Genel Hükümler, s. 1206; Funk, s. 229; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 522; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 342; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377.

⁵⁵² Bentele, s. 59; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 524; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 120-121; Hatemi ve Gökyayla, s. 355; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 721; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1380.

⁵⁵³ Guhl ve Koller, § 14, kn. 3; Wolfgang Wiegand ve Christoph Brunner, "Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages", **Recht**, 1993, ss. 1-3; Eren, Genel Hükümler, s. 285.

⁵⁵⁴ von Tuhr ve Escher, ss. 278-279; Bschorr ve Zanner, s. 53; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 121; Yarg. 19. HD., E. 2009/9677, K. 2010/5534, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁵⁵⁵ Bucher, s. 524.

⁵⁵⁶ Schoch, s. 22; Keller ve Schöbi, s. 93; Wolfer, Grundstückkauf, kn. 96; von Tuhr ve Escher, s. 278, dn. 12; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 81; Bilge, s. 76; Eren, Genel Hükümler, ss. 1207-1208; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795; Günay, Cezai Şart, s. 126; Yarg. 13. HD., T. 20.9.1977, E. 1977/3244, K. 1977/4000, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018); YHGK, T. 15.2.1989, E. 1985/11-493, K. 1989/853, (Günay, Cezai Şart, s. 126, dn. 373); YHGK, T. 10.11.1993, E. 1993/13-125, K. 1993/711; Yarg. 15. HD., T. 2.2.1995, E. 1994/2658, K. 1995/480; Yarg. 14. HD., T. 4.2.2003, E. 2003/700, K. 2003/825, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından aynı yönde bkz. Karataş, ss. 327-328.

⁵⁵⁷ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3795; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 524; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 61. Tapu sicilindeki bir önalım veya geri alım hakkına ilişkin şerhin on yılın bitiminde yenileneceğine ilişkin önceden bir yükümlülük getirilmesi geçersiz olacağı için, bu yenilemenin yapılmaması hali için kararlaştırılmış ceza koşulu da hükümsüz olacaktır. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3820;

uyulmalıdır. Ancak tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından Yargıtay, bu taşınmazların zilyetliğinin devriyle devredilebileceğini ve zilyetliğin devri anlaşmasının geçerliliğinin de bir şekle tabi olmadığını kabul ettiği için, buna bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulunun şekle tabi olmadan kararlaştırılabileceği ifade edilebilir⁵⁵⁸.

Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, asıl işlem şekle tabi bir işlem olmasına rağmen tarafların ceza koşulunu bu şekle tabi olmadan kararlaştırmaları halinde, ceza koşulunun geçerli olacağına hükmetmiştir. Mahkemenin gerekçesi, söz konusu taşınmaz satış sözleşmesinin ceza koşuluyla güvence altına alınmasıyla, sadece sözleşme öncesi görüşmelerden doğan menfi zararın güvence altına alınmasıdır⁵⁵⁹. İsviçre Hukuk doktrinindeki bir görüş de Federal Mahkemenin kararına uygun şekilde; bir ön sözleşmenin şekle tabi olması durumunda, buna bağlı ceza koşulunun da şekle tabi olarak belirlenmesi gerektiğini; ancak bu ön sözleşmede kararlaştırılan ceza koşuluyla sözleşme öncesi görüşmelerden doğan menfi zararın tazmin edilmesi amaçlandıysa, buradaki şekil kuralı yerine, adi yazılı şeklin yeterli görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁶⁰. Kanaatimizce şekil zorunluluğuna, dayanağı olmadan bu şekilde bir istisna getiren ve hiçbir hukuk ilkesiyle bağdaşmayan Federal Mahkeme'nin kararı yerinde değildir⁵⁶¹.

Yargıtay da bir kararında, tarafların aralarında harici olarak yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde, ceza koşuluna ilişkin bir kayda yer verdikleri ve daha sonra tapuda aynı tarihte işlem yapmak suretiyle geçersiz olan harici sözleşmeye geçerlilik kazandırdıkları durumda, ceza koşulunun da geçerli hale geldiğini ifade etmiştir⁵⁶².

Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 5; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 4; BGE 73 II 158, s. 161, Er. 2, (/www.servat.unibe.ch, E.T.: 28.06.2018); Tunçomağ, Cezai Şart, s. 81.

⁵⁵⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 62; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 122; Yarg. 13. HD., T. 31.1.1991, E. 1990/6830, K. 1991/878, (Günay, Cezai Şart, s. 73).

⁵⁵⁹ BGE 140 III 200 Er. 5= BGer, 11.3.2014, 4A_413/2013, Er. 5, (Wolfer, Grundstückkauf, kn. 96; Jörg Schmid, "Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstrafe", **BR, Baurecht**, 2014/6, ss. 278-280). Benzer yönde başka bir karar için bkz. BGer, 8.11.2018, 4A_109/2018, Er. 3.1, (www.swisslex.ch, E.T.: 12.2.201058). Aynı görüşte bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 11. Ehrat ve Widmer, aynı hususu götürü tazminat anlaşmaları bakımından da kabul etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 11.

⁵⁶⁰ Hrubesch-Millauer ve Fuhrer, s. 640.

⁵⁶¹ Aynı yönde bkz. Schmid, ss. 278-280; 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", **AJP**, 2015/6, (Bundesgericht), ss. 962-966; Wolfer, Grundstückkauf, kn. 96; Altınok Ormancı, ss. 134-139.

⁵⁶² Yarg. 13. HD., T. 23.10.2001, E. 2001/7441, K. 2001/9522, (Ekinci, Ceza Koşulu, ss. 90-91). Aynı şekilde, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmış ve sonradan resmi şekle

Geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme, bu şekle uygun olarak yapılmazsa ve şekle aykırılığı ileri sürmenin de dürüstlük kuralı ile bağdaşmaması sebebiyle dinlenmediği durumlarda, sözleşme geçerli sayılacağı için onun fer'i niteliğinde olan ceza koşulu da geçerli sayılacaktır⁵⁶³.

Doktrinde bir görüşe göre, sözleşmede şeklin kapsamında yer alması gereken asli edimlere ilişkin olup da bunların ayrıntılarına ilişkin birtakım yükümlülüklerin aynı şekle uyulmayarak sözleşmenin eki niteliğinde bir belgede gösterilmiş olabilir ve bu ekte gösterilen yükümlülüklerle ilişkin ceza koşulu da şekle uyulmamış olsa da geçerli olur. Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taşınmaz payı devir taahhüdü ve bunun karşılığının para yerine bir inşaat yapılması şeklinde olacağı hususları noterde yapılan düzenleme şeklindeki senette yer alacaksa da, inşaatın ayrıntılarına; inşaatın niteliğine ve tamamlanma zamanına ilişkin hükümlerin, asıl senette yollama yapılan adi yazılı şekilde bir belgede kararlaştırılmış olabileceği, bu yükümlülüklerle ilişkin ceza koşulunun da aynı şekilde geçerli olacağı belirtilmektedir⁵⁶⁴. Kanaatimizce, yukarıda verilen örnekte, inşaatın niteliği ve tamamlanma zamanı gibi hususlar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin asli edimi olan inşaat yapma borcuyla ilgilidir ve üzerinde durulmakla sözleşmenin sübjektif esaslı noktası haline gelen noktalardır. Bu sebeple bunlar asli edimin şekline tabi olmalıdır. Böylece, bu noktalara ilişkin olan ve onları güçlendiren ceza koşulu kaydı da resmi şeklin kapsamında yer almalıdır. Gerçekten taşınmaz satış sözleşmesinde de, objektif

uyularak yapılan sözleşmede ceza koşuluna ilişkin hükme yer verilmemesi halinde de ceza koşulunun istenemeyeceği yönünde bkz. Karataş, s. 324; Usta, s. 98; Yarg. 15. HD., T. 13.2.2002, 4641/962, (Karataş, s. 324). Benzer yönde bkz. "... Tapu memuru huzurunda yapılan resmi sözleşmede ceza koşulu tayin edilmemiş olup bu sözleşmeden evvel yapılan adi sözleşme, sonraki resmi sözleşme ile ortadan kalkmış olup, resmi sözleşmeye geçerlilik tanınması ve ceza koşulunun bu sözleşmede olmadığına göz ardı edilmesi bozmayı gerektirmekle ...", Yarg. 4. HD., T. 31.5.1974, E. 1974/378, K. 1974/2959, (Uçar, s. 35).

⁵⁶³ Demet Çeliktaş, "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", **DEÜHFD, Kudret Ayiter'e Armağan**, C. 3, S. 1-4, 1988, s. 593-641, (Şekle Aykırılık), ss. 601-602, 621-624, 637; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 795; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1380; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 61; Çetin Aşçıoğlu, "Yargı Kararlarında Cezai Şart I Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu", **XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, (Der. Mertol Can ve Selçuk Veziroğlu), 4-5 Nisan 1997, Ankara, s. 124; "... Gerçekten tapulu yerin adiyen satışı geçersizdir. Ancak, resmi satış yolu ile edim yerine getirildikten sonra asıl borca bağlı olan ve fer'i nitelikte bulunan ceza koşulunun geçersizliğinin ileri sürülmesi objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. ...", Yarg. 13. HD., T. 26.5.1980, E. 1980/2333, K. 1980/3412, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 17.04.2017); Yarg. 13. HD., T. 26.3.1981, E. 1981/1701, K. 1981/2168; Yarg. 13. HD., T. 28.12.1981, E. 1981/7364, K. 1981/8620; Yarg. 15. HD., T. 29.11.2001, E. 2001/3664, K. 2001/5516, (Karahasan, Borçlar Hukuku, ss. 1380-1382).

⁵⁶⁴ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 524-525, dn. 407.

esaslı noktalar yanında, bu noktalara ilişkin olan ve onları güçlendiren veya belirginleştiren; ifa zamanı, ödeme koşulları, ceza koşulu, sorumsuzluk anlaşmaları gibi kayıtlar da resmi şeklin kapsamında yer almalıdır⁵⁶⁵.

Ceza koşulu anlaşmasının asıl borcu doğuran işlemin bağlı olduğu şekilde yapılmasının gerekliliği, sadece asıl borç sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulu bakımından değil, asıl borç ilişkisi kurulduktan sonra kararlaştırılan ceza koşulu bakımından da söz konusudur⁵⁶⁶. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Dolayısıyla bu anlamda yapılacak bir değişiklik sözleşmede var olan bir hükmün değiştirilmesi şeklinde olacağı gibi, sözleşmeye yeni bir hüküm ilave edilmesi şeklinde de olabilir. Asıl borç ilişkisi kurulduktan sonra kararlaştırılan ceza koşulu da sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olduğu için asıl sözleşmenin şekli ne ise, ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşme de o şekilde yapılmalıdır⁵⁶⁷. Ceza koşulunun asıl borç ilişkisinin kurulmasından önce kararlaştırılmış olması durumunda da, bunun asıl borç için öngörülen şekle sokulması gerekmektedir. Aksi durumda geçerli bir ceza koşulunun varlığından söz edilmeyecek hatta tarafların ceza koşulundan vazgeçtikleri kabul edilecektir⁵⁶⁸.

Şekil zorunluluğu tarafların iradelerinden kaynaklanıyorsa (TBK m. 17/I), ceza koşulu sözleşmesi bakımından kararlaştırılan bu şekle uyulması zorunluluğu yoktur. Taraflar asıl sözleşmeyi yaparken ceza koşulunu öngördükleri durumda, iradi şeklin kapsamını tarafların diledikleri gibi belirleme yetkileri çerçevesinde, ceza koşulunun da bu şekle dâhil edilip edilmeyeceği yine tarafların iradelerine göre belirlenir. Bu konuda bir uyuşmazlık doğmuş ise, ceza koşulunun, tarafların asıl sözleşme için öngördükleri şekle uygun olarak kararlaştırılması gerekir⁵⁶⁹. Ceza koşulunun asıl sözleşmeden sonra kararlaştırılması halinde de, benzer şekilde, tarafların iradelerine

⁵⁶⁵ Gümüş, Ders Kitabı, s. 116.

⁵⁶⁶ Keller ve Schöbi, s. 93; Bucher, s. 524; Reck, s. 100; Bentele, s. 57; Birsén, s. 360; Belén, Cezai Şart, s. 513. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 13. HD., T. 8.11.1983, E. 1983/6047, K. 1983/7484, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018).

⁵⁶⁷ Bentele, ss. 57-58; Santoro, s. 8; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 124, 125 dn. 268; Yarg. 15. HD., T. 19.03.1985, E. 243, K. 1985/916, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 18.04.2017); YHGK., T. 19.03.2003, E. 2003/15-124, K. 2003/175, (Gökçeoğlu, ss. 76-81).

⁵⁶⁸ Bentele, s. 58; Berger, kn. 1782; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 125.

⁵⁶⁹ Bentele, s. 59; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 126.

bakmak gerekir. Şöyle ki, bu ihtimalde, kanuni şekil için geçerli olan; asıl sözleşmenin değiştirilmesinde, yine aynı şekle uygun hareket etme zorunluluğuyla ilgili olan kural (TBK m. 13) burada uygulanmayacaktır. Bu sebeple taraflar, sözleşmede değişiklik yapma anlamına gelen ceza koşulu için diledikleri şekilde hareket edebilirler; ceza koşulunu iradi şekle uymadan da kararlaştırabilirler⁵⁷⁰. Bununla birlikte tarafların sözleşmenin değiştirilmesini belirli bir şekle tabi tuttuğu durumlarda, ceza koşulu da, öngörülen şekle uygun olarak kararlaştırılmak zorundadır. Ceza koşulunu taraflar asıl sözleşme kurulmadan önce kararlaştırmış olup da iradi bir şekle tabi tuttıkları asıl sözleşmede buna yer vermedilerse, tarafların iradelerinden ortaya çıkan sonuç, iradi şeklin ceza koşulunu kapsamayacağı yönünde olacaktır⁵⁷¹.

Asıl sözleşme için kanuni veya iradi bir şekil kuralı olmasa da, taraflar sadece ceza koşulu için bir şekil öngörebilirler⁵⁷². Bu durumda, taraflarca öngörülen şekilde yapılmayan ceza koşulu geçersiz olacaktır (TBK m. 17/I)⁵⁷³. Ancak Kanun'da getirilen kural (TBK m. 17/I), şeklin, geçerlilik şartı şekil olduğu yönünde bir karinedir. Hâlbuki şeklin bir diğer türü de ispat şartı şekildir. Buna göre taraflar, ispat şartı şekil getirmek amacıyla hareket etmişlerse, ceza koşulunun o şekle tabi tutulmaması, sadece ispat bakımından sorun doğurabilecektir⁵⁷⁴.

3. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Tarafları

Asıl borç ilişkisinin tarafları kimler ise, kural olarak ceza koşulu ediminin tarafları da o kimselerdir⁵⁷⁵. Örneğin bir satış sözleşmesi veya kira sözleşmesi düzenlenirken, sözleşmenin içerdiği hükümlere bir de ceza koşulu eklenirse veya ceza koşulu sonradan kararlaştırılırsa, kural olarak, kira sözleşmesinin veya satış sözleşmesinin tarafları (satıcı-alıcı, kiraya veren-kiracı) ceza koşulunun alacaklısı ve borçlusu olacaklardır. Diğer bir örnek olarak kat mülkiyeti ilişkisinde, kat maliklerinin borçlarından, kat malikinin, kiracının, oturma hakkı sahibinin veya bu bölümlerden

⁵⁷⁰ Bucher, s. 524; Bentele, s. 60; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 16; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 126-127.

⁵⁷¹ Bentele, s. 60; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 127.

⁵⁷² Bentele, ss. 58-59.

⁵⁷³ Bentele, s. 59; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 125-126. Aksi görüş için bkz. Bucher, s. 524.

⁵⁷⁴ Keller ve Schöbi, s. 22 vd.; Eren, Genel Hükümler, s. 284; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 126.

⁵⁷⁵ Koller, Konventionalstrafe, kn. 70; Bentele, ss. 38-39.

herhangi bir surette devamlı olarak faydalananların borçlu sıfatıyla sorumlu olmaları sebebiyle (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 18/II), yönetim planına konulan ceza koşulundan da aynı sıfatla sorumlu olmaları söz konusudur. Ayrıca bu ilişkide ceza koşulunun alacaklısı olarak, bütün kat maliklerinin müşterek alacaklılık sıfatıyla alacaklı olduğu söylenebilir⁵⁷⁶. Bazı durumlarda asıl borcun alacaklısı veya borçlusundan başka kimselerin ceza koşulunun alacaklısı veya borçlusu olup olamayacağı meseleleri gündeme gelebilir. İki ihtimal ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Ceza koşulu alacaklısının başka bir kimse olup olamayacağına ilişkin Kanun'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hem hukukumuzda hem de İsviçre Hukukunda bunun mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁷. Örneğin ceza koşulunun üçüncü bir kişi lehine, alacaklının ihtiyacı olan bir yakını veya bir yardım sandığı veya Kızılay veya Çocuk Esirgeme Kurumu yararına kararlaştırılması böyledir⁵⁷⁸. Ceza koşulu alacaklısının başka bir kimse olması, tarafların anlaşmasına dayanabileceği gibi; yargı kararına da dayanabilir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 198'inci maddesine göre (İMK m. 177), eşlerden biri birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. Bu durumda asıl borcun ve buna bağlı olarak ceza koşulunun alacaklısı, asıl borcun alacaklısı olan eş değil, diğer eş olacaktır. Dikkat edilirse bu durumda sadece ceza koşulu alacaklısının değişiminden bahsetmek hatalı olacaktır. Çünkü burada asıl borcun alacaklısı değiştiği için ceza koşulu alacaklısı değişmektedir⁵⁷⁹.

Ceza koşulu alacaklısının başka bir kişi olacağı daha başlangıçta kararlaştırılabileceği gibi, bunun sonradan gerçekleşmesi de mümkündür⁵⁸⁰.

İlk ihtimalde ceza koşulunun üçüncü kişi lehine kararlaştırılmış olması söz konusu olup, üçüncü kişinin ceza koşulunu talep hakkının bulunup bulunmadığı

⁵⁷⁶ Belen, Cezai Şart, ss. 535-536.

⁵⁷⁷ Becker, m. 160, kn. 7; Oser ve Schönenberger, s. 701, kn. 7; von Tuhr ve Escher, s. 280; Bentele, ss. 36-37; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 14; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 8; Koller, Konventionalstrafe, kn. 70-72; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 16, 62; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 94. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 1.

⁵⁷⁸ Arsebük, Cezai Şart, s. 991; Göktürk, Cezai Şart, s. 399; O. Berki, s. 289; Kanık, ss. 1073-1074. İsviçre Hukukunda ceza koşulu alacaklısının yoksullar sandığı olabileceği yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 7; von Tuhr ve Escher, s. 280. Benzer yönde bkz. Oser ve Schönenberger, s. 701, kn. 7; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 7; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 14.

⁵⁷⁹ Becker, m. 160, kn. 10.

⁵⁸⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 63.

üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerine göre (TBK m. 129/İBK m. 112) değerlendirilmelidir. İlgili düzenlemeye göre, kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir (TBK m. 129/I). Buna göre, ceza koşulunun ödenmesini talep hakkı asıl alacaklıda, yani kendi adına sözleşme yapan kişidedir. Dolayısıyla talep hakkının ileri sürülmesi için, örneğin seçimlik ceza koşulunun varlığı ve borcun ihlali halinde, ifa veya ceza koşulundan birini seçme hakkı, asıl borcun alacaklısına ait olacaktır. Üçüncü kişinin ifayı isteyemediği ancak ceza koşulunun ona ifa edildiği bu durumda, ceza koşulunun amacının, sözleşmenin ihlali sebebiyle ortaya çıkabilecek muhtemel zararın elde edilmesinde kolaylık sağlanmasından çok; borçluyu ifaya zorlamak, böylece asıl borcun ifasını teminat altına almak şeklinde olacağı söylenebilir⁵⁸¹. Üçüncü kişi yararına kararlaştırılan ceza koşulunu talep yetkisi, üçüncü kişiye de tanınmışsa ya da tarafların amacından veya örf ve adetten böyle bir anlam çıkarılıyorsa; başka bir deyişle; tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusuysa; o zaman üçüncü kişi veya halefleri de ceza koşulunun ödenmesini talep edebilirler (TBK m. 129/II). Ancak böyle bir uygulama alacaklı açısından anlam taşımayacaktır. Şöyle ki, borçluyu ifaya zorlama işlevi nedeniyle, ceza koşulunun ödenmesinin gerekli olup olmadığı konusunda karar vermek yetkisini, alacaklı kendi iktidarında tutacak ve bunu üçüncü kişiye bırakmayacaktır⁵⁸².

Ceza koşulu alacaklısının sonradan başka bir kişi olarak belirlenmesi de mümkündür. Şöyle ki bu ihtimal, sonradan üçüncü kişi yararına sözleşmeyle gerçekleşebileceği gibi; ceza koşulu alacağının başka bir kişiye devriyle de gerçekleşebilir. Ceza koşulunun başka bir kişiye devri konusunu, muaccel olmasından önce ve sonra şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür⁵⁸³. Bize göre muaccel olmasından sonra devir bakımından herhangi bir tereddüdün söz konusu olmaması gerekir⁵⁸⁴. Ancak ceza koşulu türlerinden; seçimlik ceza koşulunda, borçluya, onu

⁵⁸¹ von Tuhr ve Escher, s. 280; Bilge, ss. 94-95; Arsebük, Cezai Şart, s. 991; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 984; O. Berki, s. 289; Kanık, ss. 1073-1074.

⁵⁸² von Tuhr ve Escher, s. 280; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 984; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 63. Benzer yönde bkz. Bentele, s. 37.

⁵⁸³ Ceza koşulunun muaccel olmasından önce ve sonra devrinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 5; Becker, m. 160, kn. 25; Westermann, § 339, kn. 4; Bilge, s. 75; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 16, 89.

⁵⁸⁴ Ceza koşulunun muaccel olmasından sonra devrinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 19; Schöbi, s. 68, dn. 248; Bentele, s. 100; Huguenin, kn. 1210; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 6; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1377; Öktem Çevik, s. 100. Ceza

belirsizlikten kurtarmak amacıyla, seçim hakkının ceza koşulu yönünde kullanıldığının bildirilmesi gerekir. Bu bildirim, seçim hakkını kullandıktan sonra ama devirden önce devredecek alacaklı tarafından yapılabileceği gibi; ceza koşulunun devrinden sonra, doğrudan devrin, devreden veya devralan alacaklı tarafından borçluya bildirilmesiyle de gerçekleşebilir. Muaccel olmadan önce devrinde ise⁵⁸⁵, ifaya eklenen ceza koşulu türü bakımından devir mümkündür denilebilirse de, seçimlik ceza koşulunda bunu kabul etmemek gerekir⁵⁸⁶. Şöyle ki, seçimlik ceza koşulunda ceza koşulunun devri, alacaklının asıl borç veya ceza koşulu arasındaki seçim hakkını ceza koşulu yönünde kullanmış olduğu anlamına gelir. Hâlbuki devreden seçim hakkını kullanılabilmemesine yönelik koşullar henüz gerçekleşmediğinden, alacaklı seçim hakkına sahip değildir. İfaya eklenen ceza koşulunda ise seçim hakkı söz konusu olmadığından devre bir engel yoktur.

Ceza koşulu ediminin borçlusunun başka bir kimse olması konusunda ise, ceza koşulu borçlusunun başka bir kimse olması demek, ceza koşulu edimini ifa etmekle yükümlü olan kişinin asıl borcun borçlusu dışında birisi olması demektir. Bu durumda, ceza koşulunun borçlusu başka, asıl borcun borçlusu başka bir kişidir. Bunun sonucunda, ceza koşulu amacına ulaşamaz; özellikle asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı gerçekleşmez. Bu sebeple burada ceza koşulunun varlığından söz edilemez⁵⁸⁷. Dolayısıyla, aynı gerekçelerle ceza koşulu borcunun asıl borçtan ayrı

koşulunun muaccel olmasından sonra devrinin hiçbir şekilde mümkün olmadığı ilişkin bkz. Josef Kohler, § 50, s. 143.

⁵⁸⁵ Ancak doktrinde muaccel olmamış ceza koşulunun, fer'iiliği sebebiyle asıl alaktan ayrılamayacağı ve aksi durumda teminat ve ceza amaçlarını kaybedeceği gerekçeleriyle, bağımsız olarak devredilemeyeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden; ceza koşulunun hem muaccel olmasından önce hem de sonra devredilemeyeceği yönünde bkz. Kohler, § 50, s. 143, önceden mümkün olmamakla birlikte ancak muaccel olmasından sonra devredilebileceği yönünde bkz. Max Stahel, *Die Konventionalstrafe mit spezieller Berücksichtigung des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, 1898, ss. 79-80'den aktaran Schoch s. 50; O. Berki, s. 289; Kanık, s. 1072. Kanaatimizce ceza koşulunun fer'i bir hak olması, hiçbir zaman asıl borçtan ayrılamayacağı anlamına gelmeyeceği gibi, ceza koşulunun asıl borcun alacaklısına veya üçüncü bir kişiye ifa edilmesi, genel olarak borçlu yönünden bir fark yaratmayacağından, özellikle borçluyu ifaya zorlama amacı açısından bir değişiklik olmayacaktır. Bkz. Schoch, ss. 49-51; Bilge, s. 75; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 88.

⁵⁸⁶ Ceza koşulunun başka bir kişiye devrinde, ceza koşulunun türü seçimlik ceza koşulu ise, doktrinde, seçim hakkının kime ait olacağı tartışması ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bu hususu, taraflar serbestçe kararlaştırabilirler, ancak böyle bir anlaşma yoksa seçim hakkının devirle birlikte devralana geçeceğini kabul etmek gerekir; çünkü devirle birlikte devralan alacağı bütün sonuçlarıyla birlikte kazanır; devirle birlikte seçim hakkının da devralana geçmesi olağan bir sonuçtur. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 89-90. Diğer bir görüşe göre ise, ceza koşulunun asıl borca bağlı olması sebebiyle, seçim hakkının kural olarak asıl alacağın sahibine ait olması gerekir. Bkz. Bilge, s. 75.

⁵⁸⁷ Becker, m. 160, kn. 40; Bentele, ss. 130-131; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 63; Bilge, s. 75; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 131.

olarak borcun üstlenilmesine konu olması da düşünülemez⁵⁸⁸. Ceza koşulunun borçlusunun başka, asıl borcun borçlusunun başka bir kişi olması durumunda, doktrinde bir görüş, şarta bağlı bir borcun olduğunu⁵⁸⁹; başka bir görüş de, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin (üçüncü kişinin edimini taahhüdün/garanti sözleşmesinin) (TBK m. 128) olduğunu⁵⁹⁰ ifade etmektedir.

4. Ceza Koşulunu Doğuran Hukuki İşlemin Yorumlanması

Ceza koşulunun yukarıda saymış olduğumuz unsurlarının bilinmesiyle, ceza koşulunun varlığını tespit edebilmek her zaman kolay olmayabilir. Tarafların gerçek arzuları bu yönde olmayabileceği gibi, benzer hukuki kurumların varlığı da tarafların irade beyanlarının yorumunu güçleştirebilir. Örneğin somut bir olayda, şarta bağlı borç mu, seçimlik borç mu veya ceza koşulu mu olduğu yönünde bir tereddüt söz konusu olabilir⁵⁹¹. Bu üç taahhütten hangisinin söz konusu olacağı konusunda, tarafların bu işlemle ulaşmak istedikleri amacın, irade beyanlarının yorumu yoluyla ortaya konulması gerekir. Yorum yapılırken, özellikle bu taahhütlerin yer aldığı metnin alacaklı tarafından kaleme alınması ihtimalinde, alacaklı aleyhine yoruma gidilmesi düşünülebilir⁵⁹². Ancak alacaklının alacağını güvence altına almak amacıyla sözleşmeye bu yönde bir kayıt koyması, ondan beklenen bir davranış olduğundan, bunu metinde kaleme aldı diye her zaman onun aleyhine yoruma gidilmesi haksız sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple bazı hallerde titiz davranarak alacaklının menfaatini de gözeterek⁵⁹³, ayrıca sözleşmenin amacını ve ekonomik sonuçlarını da dikkate alarak⁵⁹⁴ ceza koşulunun varlığı sonucuna ulaşmak gerekebilir.

Ceza koşulunun varlığı sonucuna ulaşıldığında da ceza koşulunun yer aldığı sözleşme kaydının ve bizzat ceza koşuluna ilişkin sözleşmenin yorumlanmasına

⁵⁸⁸ Bilge, s. 75; Bentele, ss. 130-131; Kaduk, StauK., Vorb. § 339, kn. 4. Aksi görüş için bkz. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 90.

⁵⁸⁹ Becker, m. 160, kn. 40; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 63; Günay, Cezai Şart, s. 96; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 94.

⁵⁹⁰ Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 131. Atipik ceza koşulu başlığı altında benzer açıklamalar için bkz. Bentele, ss. 130-131.

⁵⁹¹ Benzer bir örnek için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 18.

⁵⁹² Becker, m. 160, kn. 39; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 29; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 19.

⁵⁹³ Alacaklının durumunun göz önünde bulundurulmasının vurgulandığına ilişkin bkz. Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 15; BGE 46 II 401, Er.2, (Krauskopf, m. 160, kn. 1).

⁵⁹⁴ Becker, m. 160, kn. 41; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 19.

ihtiyaç olabilir. Örneğin, ceza koşulunun muaccel olabilmesi konusunda sözleşmenin birden fazla ihlali halinde, her ihlalde ayrı ayrı mı, yoksa bir kez mi muaccel olup hesaplanacağı hususunda sözleşmede açıklık yoksa tereddüt yaşanabilir⁵⁹⁵. Bu konuda genel bir kural belirlemek mümkün değil ise de, kararlaştırılan ceza koşulu miktarının çok düşük olduğu durumlarda, sözleşme ihlalinin gerçekleştiği her durumda ayrı ayrı hesaplama yapılması düşünülebilir⁵⁹⁶. Ancak, sözleşmenin birden çok hükmünü ihlal etse de borçlunun sadece tek bir davranışı sonucunda, ihlal edilen her hüküm bakımından ayrı ayrı hesaplama yapılması uygun olmaz⁵⁹⁷. Yargıtay da bir kararında, rekabet yasağı olarak öngörülen iki yıllık sürenin kaç günü yasağa aykırı olarak geçirildiyse, kararlaştırılan miktarın bu süreye göre oranlanarak, ödenecek miktarın belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁹⁸. Bu karardan, rekabet yasağı için öngörülen ceza koşulunun miktarının yüksek olduğu sonucu çıkarılabilir, bu yönüyle Yargıtay'ın varmış olduğu sonuç isabetli sayılabilir. Ancak aynı örnekte, ceza koşulu miktarının düşük olarak belirlendiği varsayıldığında, bu durumda geçen her gün için sözleşmenin ihlal edildiğinden hareketle ceza koşulunun muaccel olması ve ona göre hesaplama yapılması gerektiği sonucuna varılabilir⁵⁹⁹.

II. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI

Ceza koşulunun muaccel olması, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi bakımından önem taşır. Bu sebeple muacceliyet anının tespit edilmesi, bu alacağın talep edilebilmesi açısından bir ön şarttır. Ceza koşulunun muacceliyet kazanabilmesi, öncelikle asıl borcun muaccel olmasını, sonrasında ise taraflarca öngörülen ihlalin borçlu tarafından kusurlu bir şekilde meydana getirilmesini gerektirir. Bu şartlar yanında muacceliyet için borçlunun temerrüde düşmesi gerekli olmadığı gibi,

⁵⁹⁵ Kaduk, StauK., § 339, kn. 40 vd.; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 19. Bu durumda borçlu lehine yorum yapılması gerektiğine ilişkin bkz. Becker, m. 160, kn. 39; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 29.

⁵⁹⁶ Kaduk, StauK., § 339, kn. 55 vd.; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 19-20.

⁵⁹⁷ Nitekim Yargıtay da, aynı eylem sebebiyle iş sözleşmesindeki iki maddeye de aykırılık teşkil etmesi durumunda, iki ayrı ceza koşulunun hüküm altına alınmasını doğru bulmamıştır. Bkz. Yarg. 9. HD., T. 9.11.1999, E. 1999/13768, K. 1999/16929, (Günay, İş Sözleşmesi, ss. 30-31).

⁵⁹⁸ Yarg. 9. HD., T. 5.2.2013, E. 2010/36445, K. 2013/4274, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁵⁹⁹ Doktrinde de, işin niteliğine uygun düşmese de, rekabet yasağı bakımından sözleşmeye her aykırılık hali için ceza koşulunun muaccel olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Becker, m. 160, kn. 41; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 19.

alacaklının zarara uğramış olması da gerekli değildir. Biz muacceliyet için aranan şartları ve bu şartların gerçekleştiğine ilişkin ispat yükünü aşağıda ayrı başlıklar altında değerlendirdikten sonra muacceliyet için önemi olmayan; zarar ve temerrüt konularını değerlendireceğiz, son olarak da muacceliyet şartlarını ağırlaştıran veya hafifleten anlaşmaları yine ayrı bir başlıkta irdedeleyeceğiz.

A. Ceza Koşulunun Muacceliyeti İçin Gerekli Şartlar

Ceza koşulunun muacceliyeti hakkında Kanun'da bir hüküm bulunmasa da, denilebilir ki, muacceliyet, asıl borcun kusurlu olarak ihlal edilmesiyle gerçekleşir. İhlalin ne zaman gerçekleşeceğini belirlemek için asıl borcun muaccel olması ve bu anın ne zaman olduğunun öncelikle bilinmesi gerekir. Ancak asıl borcun muacceliyeti, ceza koşulunun muacceliyetini belirleyebilmek açısından yeterli bir unsur değildir, bundan başka ceza koşulunun bağlandığı ihlalin gerçekleşmesi de gerekir. Bu noktada ihlalin türü önem taşır.

İhlalin türü, asıl borcun zamanında ifa edilmemesi ise, asıl borç için bir vadenin öngörülmüş olup olmamasına bakılmalıdır. Taraflarca bir vade belirlenmemişse, asıl borcun muacceliyeti Kanun gereği (TBK m. 90) doğumu anında olacaktır. Bu durumda borcun doğduğu tarihte borç ifa edilmemişse ceza koşulu da muacceliyet kazanacaktır. Taraflarca bir vade belirlenmişse, bu vade, olağan, belirli veya kesin vade şeklinde olabilir. Söz konusu vadelerin gelmesiyle asıl borç muaccel olacaktır. Bu durumda vade tarihinde borç ifa edilmemişse ceza koşulu da muacceliyet kazanacaktır⁶⁰⁰.

İhlalin türü asıl borcun zamanında ifa edilmemesi dışında diğer ihlaller ise, asıl borcun, yukarıda sözünü ettiğimiz ihtimaller göz önünde tutularak muacceliyete kavuştuğu tarihten itibaren söz konusu ihlalin gerçekleştiği anda ceza koşulu muaccel olacaktır⁶⁰¹.

Şimdi yukarıda yüzeysel olarak belirtmeye çalıştığımız bu şartları alt başlıklar halinde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

⁶⁰⁰ Benzer yönde bkz. Bentele, ss. 81-82; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 23; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 840; Feyzioğlu, s. 399; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 214.

⁶⁰¹ Benzer yönde bkz. Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 22, m. 161, kn. 2; Eren, Genel Hükümler, s. 1207.

1. Asıl Borcun Muacceliyeti

Alacaklının borcun ifasını talep edebileceği ve bu sebeple dava açabileceği anda, borç (alacak) muaccel olur. Alacağın ne zaman talep edilebilir (muaccel) olacağı, tarafların anlaşması, ihbar, kanun hükmü veya hukuki ilişkinin niteliğiyle belirlenir. Bu yollardan hiçbirisiyle alacağın ne zaman muaccel olacağı belirlenemiyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 90'ıncı maddesindeki “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” şeklindeki genel hüküm uygulama alanı bulur.

Asıl borç yukarıda belirtilen yollardan biriyle muaccel olduktan sonra ceza koşulu da tanımlanan ihlalin gerçekleşmesi koşuluyla muaccel olabilecektir. Vurgulamak gerekir ki, asıl borç muaccel hale gelmeden önce, ceza koşulunun muaccel olması mümkün değildir⁶⁰². Bu, zaten olması gereken, beklenen ve doğal bir sonuçtur. Çünkü ceza koşulunun bağlandığı ihlallerin gerçekleşebilmesi asıl borç muaccel ise mümkündür.

2. Asıl Borcun İhlal Edilmesi

Ceza koşulunun muaccel olması için, ceza koşulunun bağlandığı asıl borca ilişkin somut ihlalin de gerçekleşmesi gereklidir. Bu ihlal, asıl borcun hiç ifa edilmemesi şeklinde olabileceği gibi, asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde de olabilir. Ancak, ceza koşulunun bağlandığı ihlal niteliğindeki davranışlar, taraflarca genel şekilde, “sözleşmenin ihlali” gibi muğlak ifadelerle değil, somut olarak belirtilmesi bu konudaki şüphe ve uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından önem taşır⁶⁰³.

Hiç ifa etmeme niteliğindeki davranışlar, ya borcun ifası mümkün olduğu halde ifa edilmeme ya da borcun ifası imkânsızlaştığı için ifa edilmeme şeklinde gerçekleşebilir. Borcun ifasının mümkün olmasına rağmen borçlunun borcu ifa etmemesi durumunda ise, ifa zamanı geçirilmiştir ancak gecikmiş de olsa ifa imkânı

⁶⁰² Becker, m. 160, kn. 19; Schoch, ss. 35-36; von Tuhr ve Escher, s. 280; Bentele, s. 75; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 8; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 840; Bilge, s. 74; A. Arkan, s. 15; Akıntürk ve Karaman, s. 166; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 162.

⁶⁰³ Westermann, § 339, kn. 2.

bulunmaktadır. İfa zamanının geçirilmesi temerrüt halini ifade eder. Diğer durum yani ifanın imkânsızlığı ise kusurlu ifa imkânsızlığı olarak anlaşılır. Gereği gibi ifa etmeme niteliğindeki davranışlarda ise, artık hiç ifa etmeme değil, ifa edilmiş olan borcun kararlaştırılan yer, miktar veya nitelik yönünden kötü ifa edilmesi durumu söz konusudur⁶⁰⁴.

Ceza koşulunun muaccel olması bakımından, asıl borcun hiç ifa edilmemesi, gereği gibi ifa edilmemesi, zamanında ve yerinde ifa edilmemesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bunlar arasındaki farklılık, ceza koşulunun muaccel olmasından sonra, ceza koşulunun hükümleri; yani ceza koşulunun, tarafların veya Kanun'un kabulüne göre, taleplerin toplanması veya yarışması ilkesi çerçevesinde talep edilip edilemeyeceği bakımındandır.

Borcun ihlal edilmesi şartının gerçekleşmiş sayılması için sözleşmede gösterildiği şekilde somut ihlalin gerçekleşmesi gerekir. Örneğin istenilen kalitede bir malın teslim edilmemesi ihtimali için ceza koşulu kararlaştırılmışsa, bu durumda, iyi kalitede ancak miktar olarak eksik bir mal teslim edilmesi halinde ceza koşulu muaccel olmayacaktır⁶⁰⁵. Ancak doktrinde, somut ihlal koşulu göz ardı edilerek, gereği gibi ifa etmeme hali için kararlaştırılan ceza koşulunun, borcun hiç ifa edilmemesi hali için de muaccel olacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşün dayanağı, hiç ifa etmeme durumunda alacaklının daha az hakka sahip olmaması gerekliliğidir. Örneğin, kötü ifa durumu için kararlaştırılan ceza koşulu, ifanın hiç gerçekleşmediği durumda da muaccel olacaktır⁶⁰⁶. Biz, yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmedeki somut ihlal ne ise, bu ihlalin gerçekleşmesini aramanın, tarafların da iradelerine uygun düşen bir kabul olması sebebiyle bu görüşe katılamıyoruz. Nitekim Yargıtay da mutlaka somut ihlalin gerçekleşmesi gerektiği yönündeki tutumuyla bizimle aynı görüştedir:

“Ceza şartı, hangi haller için kabul edilmiş ise, ancak o halin gerçekleşmesi takdirinde istenebilir. Ceza şartına esas olan halin tefsir yoluyla 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

⁶⁰⁴ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1068; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 379; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 972 vd.

⁶⁰⁵ Bentele, s. 24; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 97; A. Arkan, s. 15; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 867; Akıntürk ve Karaman, s. 167. Bununla birlikte somut ihlalin gerçekleşmesine rağmen, dürüstlük kuralı çerçevesinde, ihlalin önemsiz derecede olması karşısında ceza koşulunun talep edilemeyeceği yönünde bkz. Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 234.

⁶⁰⁶ Arsebük, Cezai Şart, s. 992; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 97-98; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 867; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 222.

birakmışlardır. Cezai şarta ait hükümlerin tefsirinde evleviyet yolu ile kıyasa yer yoktur. Akdin borçlu lehine yorumlanması gerekir.”⁶⁰⁷.

Yargıtay benzer şekilde başka bir kararında da ceza koşulunun, yüklenicinin edimini yazılı süre içinde gereği gibi ifa etmemesi durumu için kararlaştırılması halinde, yüklenicinin edimini zamanında yerine getirip ancak işi eksik yapması durumunda, iş sahibinin sözleşmeye dayanarak bir ceza koşulu talep hakkının bulunmadığına karar vermiştir⁶⁰⁸.

Somut ihlalin gerçekleşmesinde taraflar, asıl borcu ihlal eden tek bir hareketi yeterli sayabilecekleri gibi, ihlal niteliğindeki hareketlerin tekrarlanması gerektiğini de öngörebilirler.

Somut ihlalin gerçekleşme ihtimalinin varlığı; mesela borçlunun ifa günü yaklaşmasına rağmen hiçbir hazırlık hareketlerine girişmemesi ya da inşaatın yapımına geç başlanması veya zamanında bitirilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması, ceza koşulunun muacceliyeti açısından yeterli değildir⁶⁰⁹. Hiçbir hazırlık hareketine girişmemek, ihlal niteliğindeki bir davranışı tam olarak karşılamadığı için ceza koşulunun muacceliyetine imkân vermeyeceği gibi, aksine; bir hazırlık hareketine girişilmiş olması da muacceliyeti doğurmaz. Hazırlık hareketlerine girişmek, yapmama borçları açısından özel bir önem taşır. Sözleşmede tanımlanan yapmama, kaçınma, katlanma fiillerinden birisinin gerçekleşmesi, ceza koşulunun muaccel olması için gerekli ve yeterlidir⁶¹⁰. Özellikle zaman açısından sınırlandırılmış rekabet etmeme yasakları bakımından, rekabet yasağıyla bağlı olan borçlu, sürenin sonuna doğru; süre bittikten sonra faaliyete başlamak üzere bir işyeri açmak için hazırlıklara başlamış olabilir. İşte sadece bu hazırlıklar, borcun ihlaline yol açmaz ve dolayısıyla ceza koşulunu muaccel hale getirmez⁶¹¹. Aksi durumun kabulü, borçlunun

⁶⁰⁷ YHGK, T. 7.1.1959, E. 1958/3, K. 1959/1, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 12.06.2018).

⁶⁰⁸ Yarg. 15. HD., T. 1.10.1975, E. 1975/2837, K. 1975/3917, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018). Bu konudaki başka bir karar da şu şekildedir: “... sözleşmenin 4. maddesiyle öngörülen ceza koşulunun, yalnızca eserin belli edilen günde teslimin yaptırımı olduğu, hükmün gerek sözünden ve gerekse özünden anlaşılmaktadır. Eserin ayıplı ve eksik teslim alınmasında, bunların giderilmesini sağlamaya yönelik olarak ceza koşulu belirlenmiş değildir. ... ceza koşulu, yalnızca eserin belli edilen günde teslim edilmemesi yönünden öngörülmüştür. ...”, Yarg. 15. HD., T. 29.9.1977, E. 1977/1658, K. 1977/1746, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018). Benzer şekilde bkz. YHGK, T. 10.4.1985, E. 1983/13-675, K. 1985/308, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁶⁰⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 98; A. Arkan, s. 16; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 226.

⁶¹⁰ Becker, m. 160, kn. 22; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99. Benzer yönde bkz. Bentele, s. 80, dn. 936; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 15; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 23.

⁶¹¹ Becker, m. 160, kn. 22; Bilge, s. 90; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99.

ancak sürenin bitiminden sonra hazırlıklara başlaması gereğini doğurur ki, bu durum yasak süresinin fiilen uzaması anlamına geleceğinden kabul edilemez⁶¹². Belirtelim ki, vermiş olduğumuz diğer inşaat örneğinde, her ne kadar iş sahibinin Kanun'a göre (TBK m. 473/I) eser sözleşmesinden erken dönme imkânı mevcutsa da, sözleşmedeki ifa zamanına aykırılık şeklinde somut ihlal gerçekleşmediği için ceza koşulu da muaccel olmayacaktır.

Somut bir ihlalin varlığı konusunda, asıl borç, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden doğmaktaysa, ödemezlik def'ine dayanılmış olması da etkilidir. Şöyle ki ceza koşulu alacaklısı kendi edimini ifa etmiş veya ifa etmeye hazır konumda değilse, karşı taraftan edimini isteyemeyeceği için, ortada bir ihlal olmayacak, dolayısıyla ceza koşulu da muaccel olmayacaktır⁶¹³.

Somut ihlalin, borçlunun bir kişiden ibaret olması durumunda; onun tarafından gerçekleştirilmesiyle ceza koşulu muaccel olacaktır. Ancak, borçlunun birden fazla kişi olması durumunda, ihlalin, kim tarafından gerçekleştirildiği de bazı hallerde önem taşıyabilir. Şöyle ki, borçlu tarafın birden çok kişi olması ve borcun bölünmesinin de mümkün olduğu durumlarda; yani kısmi borçlulukta, sadece borcu ihlal eden borçlu hakkında ceza koşulu muaccel olacak; diğer borçlular bundan etkilenmeyecek ve sadece ihlal eden borçlu, asıl borçtaki payı oranında ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacaktır⁶¹⁴.

Asıl borcun bölünmesinin mümkün olmadığı durumlarda ise, borcun ihlali, borçlulardan sadece biri tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ceza koşulu tüm borçlular yönünden ve tamamıyla muaccel olacaktır⁶¹⁵. Bu durumda ceza koşulu taahhüdünde bulunan diğer borçlular, borcu ihlal eden davranışın zararlı sonuçlarını üstlenmiş olurlar. Çünkü kanunkoyucu bölünmez nitelikteki borçları birçok hususta müteselsil borca benzetmiştir. Dolayısıyla, diğer borçlular bizzat kusurlu olmasa bile,

⁶¹² Becker, m. 160, kn. 22; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99.

⁶¹³ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3797; T. Fischer, ss. 56-57; Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 16; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 25; Wuffli, OFK, m. 161, kn. 4; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 9; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1382; Tekelioğlu, ss. 173-174. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 15. HD., T. 13.12.1982, E. 1982/2128, K. 1982/2639, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁶¹⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 98-99; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 227.

⁶¹⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99; Akıntürk ve Karaman, s. 167; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1396; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 729.

her bir borçludan ceza koşulunun tamamının ifa edilmesi istenebilir⁶¹⁶. Yapmama borçları da her zaman bölünmez nitelikte bir edim olduğu için, borçlu tarafın birden fazla olması durumunda, hepsinin söz konusu yapmama borcuna uygun davranması zorunludur. Bunlardan biri dahi bu borcu ihlal etse, ceza koşulunun tamamı muaccel olur ve ceza koşulu, borçluların her birinden istenebilir⁶¹⁷.

Müteselsil borçlulukta da borçluların tümünün ceza koşulunu üstlenmesi ve aralarından sadece birinin borcu ihlal etmesinde de durum aynıdır. Bununla birlikte, müteselsil borçlulardan sadece birinin ceza koşulunu üstlenmesi halinde, sadece üstlenen borçlu ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olur. Çünkü borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz (TBK m. 165)⁶¹⁸.

3. Borçlunun Kural Olarak Kusurlu Olması

Ceza koşulunun muaccel olabilmesinin bir diğer şartı da somut ihlalin, kural olarak, borçlunun kusurlu bir davranışıyla gerçekleşmesidir⁶¹⁹. Ancak doktrinde, ceza koşulu talebinin kural olarak kusura bağlı olsa da para borçlarında, kanuni temerrüt faizinin üzerinde bir faiz ödenmesi şeklinde bir ceza koşulu kararlaştırılması halinde, nasıl ki temerrüt faizi için kusur şartı aranmıyorsa, bu ceza koşulunun istenmesinin de

⁶¹⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, ss. 867-868; Akıntürk ve Karaman, s. 167.

⁶¹⁷ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 100; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 229. Bunlardan birinin borcu ihlal etmesinin ceza koşulunu muaccel hale getirmekle birlikte ceza koşulunun sadece borcu ihlal eden kişiden talep edilebileceği yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 23.

⁶¹⁸ Becker, m. 146, kn.1; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 99; İnan ve Yücel, s. 568; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 729.

⁶¹⁹ von Tuhr ve Escher, s. 281; Becker, m. 160, kn. 24; Bucher, s. 526; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3792a, 3822; Huguenin, kn. 1218; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 2; Berger, kn. 1792; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 24, m. 161, kn. 2; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 8; Scheitlin, s. 111; Koller, Konventionalstrafe, kn. 74; Bentele, s. 79; Schwenzer, kn. 71.08; Fröhlich-Bleuler, s. 341, kn. 1272; Matt, s. 53; Arsebük, Cezai Şart, s. 991; Bilge, ss. 90, 108-109; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 348, 360; İnan ve Yücel, s. 569; Hatemi ve Gökyayla, s. 358; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 803-804; A. Arkan, s. 16; Belen, Cezai Şart, s. 515; Akıntürk ve Karaman, s. 167; Uçar, s. 21; Turgut Uygur, s. 4330; Gökçeoğlu, s. 55; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1397; Hüseyin Ekinci, “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, **THD**, Y.2, S. 8, Nisan 2007, (Kusur), s. 22; Öktem Çevik, s. 106; F. Gündüz, ss. 138-139; Usta, s. 81; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1388; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 191, 231-232. Alman Hukuku bakımından bkz. Christoph Schmitt ve Detlef Ulmer, **Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen**, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, s. 130; Tobias Rodemann, “Die Vertragsstrafe im Bauvertrag”, **MDR**, 2002, s. 1357; Pamp, HGBK, § 348, kn. 7; Westermann, § 339, kn. 6. Avusturya Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Wenusch, 6.5. Verzug, kn. 393; Spunda, ss. 20, 27 vd.

kusur şartına bağlı olmaması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır⁶²⁰. Başka bir görüş de kusurun varlığını kural olarak aramakla birlikte, asıl borcun bir yapmama borcu olması halinde, borcun ihlalinin gerçekleşmesinin ceza koşulunun muacceliyeti için yeterli olduğunu, kusurun şart olmadığını savunmaktadır⁶²¹.

Kusurun gerekli olmadığı yönündeki sonuca, ceza koşulunun miktarı veya asıl edimin türü esas alınarak varmak yerinde olmaz. Bize göre ceza koşulunun fer'i niteliği de göz önünde tutularak, asıl borcun ihlali için kusurun gerekli olduğu hallerde ceza koşulu için de kusur aranmalı⁶²², ancak asıl borcun ihlalinde kanun tarafından veya taraflarca kusursuz sorumluluk öngörülmüşse ceza koşulu için de kusur aranmamalıdır⁶²³.

Bununla birlikte doktrinde, ceza koşulunun fer'i niteliğini göz ardı ederek, genel bir ifadeyle; kusurun varlığına ihtiyaç olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶²⁴. Kusurun gerekli olmadığını savunan bu görüş, bu sonuca, Kanun'daki ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesiyle ilgili hükmün (TBK m. 180/II) zıt anlamından ulaşmaktadır⁶²⁵. İlgili hükme göre, ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesi, alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması şartına bağlıdır. Aşan zararı tazmin etmek isteyen alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorundaysa, o halde ceza koşulu için kusura ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Biz bu görüşe, kanunkoyucunun bu hükümle bir kusursuz sorumluluk yaratma amacını taşımaması gerekçesiyle katılmıyoruz. Maddede amaçlanan, ceza koşulu miktarını aşan bir zararın varlığı halinde, alacaklının bunu talep edebilmesi için, sözleşmesel kusur karinesi şeklindeki genel kuraldan (TBK m. 112) farklı olarak borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmasıdır. Görüldüğü üzere, maddede sadece ispat bakımından bir farklılık

⁶²⁰ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 533, dn. 437.

⁶²¹ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 14-15. Yapmama borçları için de kusurun gerekli olduğu yönünde bkz. Gernot Schmitt-Gaedke, "Der Anspruch auf Vertragsstrafe und seine Durchsetzung im Prozess – Leichtes Spiel für den Gläubiger?", **ZAP**, 2017, s. 10, (juris, Das Rechtsportal, E.T.: 17.11.2018); Westermann, § 339, kn. 7; Bilge, s. 91; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 236; Gökçeoğlu, s. 62.

⁶²² Schoch, s. 39 vd.; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 24.

⁶²³ Benzer yönde bkz. Bentele, s. 80; Koller, Konventionalstrafe, kn. 75; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 348; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 533; A. Arkan, s. 17; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 239.

⁶²⁴ Keller ve Schöbi, s. 95; Kramer ve Probst, Grundkurs, s. 249; O. Berki, s. 291; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 726; Eren, Genel Hükümler, ss. 1210-1211; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 390; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 100; Sanlı, s. 353.

⁶²⁵ Keller ve Schöbi, s. 95; O. Berki, s. 291; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 726; Eren, Genel Hükümler, ss. 1210-1211; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 390; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 100; Aksoy, s. 999 vd.

yaratılmak istenmiştir⁶²⁶. Ayrıca bu hüküm, kusuru dışlayan değil, bilakis var olması gerektiğini destekleyen bir hükümdür. Çünkü kusuru ispatta değişiklik getiren bu hüküm sadece aşan zarar bakımından geçerlidir, ceza koşulu açısından herhangi bir istisna getirilmiş değildir; başka bir deyişle sözleşmesel kusur karinesi burada da geçerli olacaktır. Aşan zararda kusurdan bahsedilmesi ise, genel olarak sorumluluk hukukunda kusurlu sorumluluk ilkesini benimseyen, özelde ise ceza koşulundaki kusuru arayan tutumun devam ettirilmesinden ve sadece ispat konusunda bir değişikliğe gidilmesinden başka bir şey değildir.

Gerçekten sorumluluk hukukunun genel ilkesi, kural olarak kusurun sorumluluğun kurucu unsuru sayılmasıdır. Hem haksız fiil sorumluluğunda hem de sözleşmeye dayalı sorumluluk hallerinde, borçlunun tazminat yükümlülüğünden söz edebilmek için kusur aranan bir unsurdur (TBK m. 49 vd.; m. 112 vd.). Sorumlulukta kusurun aranmadığı haller ise istisna olup, bunlar Kanun'da açıkça belirtilmiştir (örneğin haksız fiilde TBK m. 65-71; sözleşmeye dayalı sorumlulukta TBK m. 116). Dolayısıyla ceza koşuluyla ilgili hükümlere bakıldığında, ceza koşulu bakımından borçlunun sorumlu olması için kusurun aranmayacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmiş değildir⁶²⁷.

Kusurun varlığına ihtiyaç olduğu konusundaki aynı düşüncüyü paylaşmakla birlikte bu görüşü savunan bazı yazarlar, “*Asıl borç, ...aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez...*” (TBK m. 182/II) şeklindeki hükümle, imkânsızlık hükümlerini karşılaştırarak kanaatlerini güçlendirmektedirler. Bu yazarlar, anılan hükmün (TBK m. 182/II) zıt anlamından; ceza koşulu için kusur şartının gerekli olduğunu, aynı zamanda bu hükmün, kusursuz ifa imkânsızlığı hakkındaki hükmün (TBK m. 136) ve borçlunun kusuruyla ihlale sebebiyet vermesiyle sorumlu olduğunu belirten hükmün (TBK m. 112) özel bir uygulama örneği olduğunu da

⁶²⁶ Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 804.

⁶²⁷ İsviçre Hukuk doktrinde bir görüş de ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun kusurlu olmasının gerekliliğini, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163'üncü maddesinin ikinci fıkrası (TBK m. 182/II) sebebiyle olmadığını; bunun hiç veya gereği gibi ifa etmemenin genel bir sonuç olduğunu, yani sorumluluk hukukunun genel bir prensibi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3792a; Bentele, s. 79; Matt, s. 53. Buna karşılık, ceza koşulunun muacceliyeti bakımından borçlunun kusurunun varlığının şart olduğu sonucuna, ceza koşulunun fer'i niteliği sebebiyle de ulaşan görüşler de mevcuttur. Bkz. Schoch, s. 39 vd.; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 24.

belirtmektedirler⁶²⁸. Ancak kanaatimizce, bu hüküm (TBK m. 182/II) kusur şartının dayanağı değildir. Bu hüküm, esasen, ceza koşulunun istenememesine gerekçe olarak, borçlunun kusursuz olmasını değil, fer'i niteliği gereği asıl borcun ortadan kalkması (TBK m. 136) sebebiyle sona ermesini işaret etmektedir (TBK m. 131, TBK m. 182/II). Gerçekten ilgili hükmün ilk kısmındaki “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise...*” ibaresi de, ceza koşulunun ifasının istenemeyeceği hallerden bir diğeri olduğundan, hükmün bir bütün olarak ceza koşulunun fer'i niteliğine vurguda bulunduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Nitekim İsviçre doktrinde bir görüş de ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun kusurlu olmasının gerekliliğini, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163'üncü maddesinin ikinci fıkrası (TBK m. 182/II) sebebiyle olmadığını; bunun hiç veya gereği gibi ifa etmemenin genel bir sonuç olduğunu, yani sorumluluk hukukunun genel bir prensibi olduğunu ifade etmiştir⁶²⁹.

Asıl borcun ihlalindeki kusurun ağır veya hafif olması da, taraflar aksini öngörmedikçe, ceza koşulunun muaccel olması bakımından bir fark yaratmayacaktır⁶³⁰.

Kusurun arandığı hallerde kusuru ispat yükü bakımından, borçlunun asıl borcu ihlal ederken sözleşmesel kusur karinesine dayalı olarak sorumlu tutulmasında geçerli olan kural (TBK m. 112) aynen burada da geçerli olacaktır. Dolayısıyla, alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmayacak, bilakis, ceza koşulundan kurtulmak isteyen borçlu kusurunun bulunmadığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Sözleşme ilişkisinde borca aykırı davranılması halinde kusurun varlığı karine olarak kabul edildiği için, alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda

⁶²⁸ Oser ve Schöenberger, s. 708, kn. 8; Bentele, s. 79; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 102; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 804; İnan ve Yücel, s. 568-569; Ekinci, Kusur, ss. 22-23. Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin ikinci fıkrasının geniş yorumlanması gerektiği, kusurlu sonraki ifa imkânsızlığının yanında, borçlunun temerrüdü ya da ayıplı ifada bulunması gibi borca aykırılık hallerinde de ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun kusurlu olması gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. Schoch, ss. 39-40; von Tuhr ve Escher, s. 280 vd.; Bucher, s. 526; Bentele, ss. 79-80; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 14; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 803; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 360; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 533; Öktem Çevik, ss. 106-107; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 232-233.

⁶²⁹ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3792a; Bentele, s. 79; Matt, s. 53. Doktrinde kusur şartını aramayan bir görüş de ilgili hükme göre ceza koşulunun ifasının istenememesini, borçlunun kusursuzluğuna değil, ceza koşulunun fer'i bir borç olmasına bağlamıştır. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1210.

⁶³⁰ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 533; Bilge, s. 90; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 233-234.

değildir⁶³¹. İfade edilmeli ki, bu kural emredici nitelikte olmayıp, taraflar, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi yönünde, aksine anlaşma yapabilirler⁶³².

Borçlunun kusurlu olmadığı hallere de değinmek konunun anlaşılması açısından yararlı olacaktır. Ceza koşuluyla ilgili hükümler arasında borçlunun kusursuzluğuyla ilgili olarak sadece “*borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeple*” ifadesiyle sonraki imkânsızlığa işaret edilmiştir (TBK m. 182/II). Hatırlatmak gerekirse, bu hüküm bize göre kusur şartıyla ilgili olmayıp, ceza koşulunun fer’iliğine vurguda bulunmaktadır⁶³³. Fer’ilik sebebiyle, kusursuz ifa imkânsızlığı borcu sona erdiren bir sebepse (TBK m. 136), ceza koşulunu da aynı şekilde sona erdirmektedir. Bu durumda ceza koşulunun talep edilememesinin gerekçesi, borçlunun kusurunun bulunmaması değil; ceza koşulunun sona ermesidir. İşte bu noktada, borçlunun kusurunun bulunmadığı haller açıklanırken, kusursuz sonraki ifa imkânsızlığıyla ilgili hükmün göz önünde tutulması yerinde olmayacaktır.

Borçlunun kusurunun bulunmadığı haller, asıl borcun ifası mümkün olup da ihlalin, mücbir sebebe, olağanüstü hale veya alacaklının fiiline dayanarak gerçekleştiği hallerdir. Örneğin, alacaklı, kendisi tarafından yapılması gerekli ifaya yönelik hazırlıkları yapmayarak ifa etmemeye sebep olmuş olabilir⁶³⁴. Şöyle ki, iş sahibi, inşaatın yapılması sırasında yüklenici tarafından istenilen vekâletnameyi vermez veya onu inşaat alanına sokmazsa, yüklenicinin teslim süresini aştığı her gün için kararlaştırılan ceza koşulu muaccel olmayacaktır⁶³⁵.

⁶³¹ Bentele, s. 80; Bucher, s. 527, dn. 22; Becker, m. 163, kn. 7; Pellanda, HandK., m. 161, kn. 2; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 2; BGer, 17.10.2011, 4A_174/2011, E.4.1, (www.bger.ch, E.T.: 24.05.2018); Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 533; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 360; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 105; Ekinci, Kusur, ss. 27-28; Öktem Çevik, s. 107; Gökçeoğlu, s. 63.

⁶³² Bilge, s. 109; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 240; Gökçeoğlu, s. 56. Ancak aksine anlaşma yapılabilmesinin sadece kusur açısından geçerli olduğu, zarar konusunda getirilecek olan farklı kuralların ceza koşulunun yapısına uygun düşmeyeceği yönünde isabetli görüş için bkz. Bilge, s. 109.

⁶³³ Ancak söz konusu hükmün kusur şartıyla ilgili olduğunu kabul eden bazı yazarlar, kusursuzluk hallerini açıklarken bu düzenlemeyi de göz önünde tutmaktadırlar. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3822, dn. 59; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104.

⁶³⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 104-105; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 236; Ekinci, Kusur, s. 24.

⁶³⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 104-105; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 236-237. Reisoğlu, bu hususu, “*sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesinde ya da sözleşmenin feshinde kusurlu olan taraf ceza koşulunu isteyemez.*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Reisoğlu, s. 458. Aynı yönde bkz. “...Ancak, yerleşmiş uygulamada belirtildiği üzere sözleşme hükümlerini yerine getirmede kusurlu davranışta bulunan tarafın cezai şart talep etmesi olanaksızdır...”, Yarg. 14. HD, T. 28.06.2010, E. 2010/6622, K. 2010/7394, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

Ceza koşulunun muacceliyeti için kusur şartı kural olsa da kanunda kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü hallerde ceza koşulu için de kusur aranmayacaktır. Aynı şekilde taraflarca kusursuz sorumluluğun kabul edildiği hallerde de ceza koşulu için kusur aranmayacaktır⁶³⁶. Taraflarca kararlaştırma durumunda ya asıl borç için ya da doğrudan ceza koşulu için kusur şartı kaldırılmış olabilir⁶³⁷. Aslında her iki durumda da asıl borcun ihlalinin kusursuz bir ihlal olması yeterli sayılarak aynı sonuca ulaşılabılır. Ancak ceza koşulu için kusur şartının kaldırıldığı ihtimalin şöyle bir anlamı olabilir. Bu durumda alacaklı, borcun ihlalinden kaynaklı ceza koşulu dışında başka bir talepte bulunuyorsa, borçlunun kusurlu olması aranacaktır. Özetle; kusursuz da olsa sorumlu olma durumu sadece ceza koşulu bakımından geçerli olacaktır.

B. Muacceliyetin İspatı

Ceza koşulunun muacceliyeti için gerekli şartların oluştuğu konusunda bir uyuşmazlık yaşandığı takdirde ispat yükünün kimde olacağına ilişkin hem İsviçre Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Borçlar Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Oysaki Alman Medeni Kanunu'nda, bu husus, açıkça hükme bağlanmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 345'inci paragrafı uyarınca ceza koşulunun muacceliyetinde ihtilaf çıkması halinde, olumlu edimlerde asıl borcun ifa edildiğini ispat yükü

⁶³⁶ Yine doktrinde kusursuz sorumluluğun kararlaştırılmasının gerekçesi olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gösterilmektedir. Çünkü bu hükümde, asıl borcun borçlunun kusuruna dayanmayan bir sebeple imkânsız olması halinde dahi ceza koşulunu ifasının istenebilmesinin ancak tarafların aksini kararlaştırmaları halinde mümkün olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Becker, m. 163, kn. 4; BGE 87 II 147, Er. 1, ss. 149-150, (relevancy.bger.ch, E.T.: 11.10.2018); Oser ve Schönenberger, s. 708, kn. 3, 9; von Tuhr ve Escher, s. 280; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3792b; Bilge, ss. 97-98; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 345, dn. 8a; Eren, Genel Hükümler, s. 1211. Alman Hukuku bakımından benzer yönde bkz. Westermann, § 339, kn. 6. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, söz konusu hükmün kusur şartıyla ilgili olduğu söylenemez. Kaldı ki borcun sona ermesine rağmen ifa edilecek bir ceza koşulu; fer'i niteliği olmayan, asıl borçtan bağımsız, gerçek olmayan bir ceza koşulu olacaktır. Dolayısıyla borçlunun kusuru bulunmasa dahi, ceza koşulunun ifa edilmesinin taraflarca kararlaştırılması, borçlar hukukuna hâkim sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde mümkün olacaktır.

⁶³⁷ Ceza koşulu için kusur şartının kaldırılmasının bağımsız bir garanti niteliğinde olduğu yönünde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3792b; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 4. Garanti işlevi olduğu yönünde bkz. Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 3; Bucher, s. 527. Genel işlem koşulu şeklinde borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin kayıtların geçersiz olduğu yönünde bkz. Westermann, § 339, kn. 6a; Karagöz, Tip İş Sözleşmesi, s. 599. Dolayısıyla tip iş sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulunun istenebilmesi için işçinin kusurlu olması gerektiği yönünde bkz. Karagöz, Tip İş Sözleşmesi, s. 599, dn. 29.

borçluya, olumsuz edimlerde borca aykırı davranıldığını ispat yükü ise alacaklıya aittir.

İlgili bir düzenlemenin olmaması sebebiyle Türk ve İsviçre Hukuku bakımından bu konu doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre, asıl borcun yerine getirilmediğini ve bu nedenle ceza koşulunun muaccel hale geldiğini alacaklının ispatlaması gerekirken⁶³⁸, diğer görüşe göre borcun yerine getirildiğini ve bu nedenle de ceza koşulu borcunun doğmadığını borçlu ispatlamalıdır⁶³⁹.

Kanaatimizce ispat yükü konusu, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu yolundaki genel hüküm (TMK m. 6) sayesinde çözüme kavuşturulabilir. Buna göre lehine hak çıkaran taraf yani ceza koşulu alacaklısı muacceliyet için gerekli şartların varlığını ispatlamalıdır. Buna karşılık borçlu da muacceliyet koşulunun gerçekleşmediğini, örneğin borcu zamanında yerine getirdiğini iddia ediyorsa, bunu ispatlamak zorunda olacaktır⁶⁴⁰. Bu husus doktrinde, olumlu (müsbet)-olumsuz (menfi) vakıa ayrımı yapılarak açıklanmaktadır. Şöyle ki, olumlu vakıayı iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir; olumsuz vakıaları ispatlamanın zor olması sebebiyle buna aykırılığı iddia eden tarafın ispat yükü altına sokulması gerekir⁶⁴¹.

C. Ceza Koşulunun Muacceliyet Şartlarını Ağırlaştırır veya Hafifleten Anlaşmalar

Muacceliyet şartları, ceza koşulu, ister seçimlik ister ifaya eklenen türde olsun, her ikisi için de aynı şekilde geçerlidir⁶⁴². Bununla birlikte bu şartların, sözleşmenin taraflarınca serbestçe belirlenebilmesi de mümkündür. Şöyle ki, taraflar, borçlunun

⁶³⁸ Alfred Martin, **Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Nazariyeleri**, TC. Adliye Vekâleti Neşriyatı, 1936, s. 174 ve s. 179, N.1'den aktaran Bilge, s. 93, dn 89a; s. 88, dn. 78.

⁶³⁹ von Tuhr ve Escher, s. 281; Arsebük, **Borçlar Hukuku**, s. 985. Ehrat ve Widmer de, borçlunun ceza koşulunu ifa etmekten kaçınması halinde; ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olmadığını, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97'nci (TBK m. 112) maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, borçlunun kendisinin ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 14. Aynı yönde bkz. Bucher, s. 527, dn. 22; Huguenin, kn. 1218. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGer, 17.10.2011, 4A_174/2011, E.4.1, (www.bger.ch, E.T.: 24.05.2018).

⁶⁴⁰ von Tuhr ve Escher, s. 281; Pellanda, **HandK.**, Vorb. m. 160-163, kn. 28; Bentele, ss. 77-78; Bilge, s. 94; Arsebük, **Borçlar Hukuku**, s. 985; Birsén, s. 361.

⁶⁴¹ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 356.

⁶⁴² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 96. Bu durumda, ceza koşulunun bu iki türünü birbirinden ayırmak, ceza koşulunun muacceliyetten sonraki hükümlerini incelerken faydalı olabilir.

hiçbir kusuru olmasa da, ceza koşulundan sorumlu olacağına yönelik anlaşma yapabilirler⁶⁴³. Bu örnekte borçlunun sorumluluğu ağırlaştırılmaktadır. Ancak borçlu açısından muacceliyet şartlarının hafifletilmesi de mümkündür. Örneğin, ihlal durumunda alacaklının ihtarının aranması ve hatta ihtarda yer verilen süre içinde borçlu tarafından ihlalin sonlandırılmaması durumunda, ceza koşulunun muaccel olacağının kararlaştırılması böyledir⁶⁴⁴. Hafifletme ayrıca, ihlalin türüne göre, ceza koşulunun muacceliyet şartlarının ayrı ayrı belirlenmesi şeklinde de olabilir⁶⁴⁵. Gerçekten muacceliyet şartlarının somutlaştırılması ve ayrıntılandırılması, ceza koşulunun muacceliyetini zorlaştıracığı için borçlu lehine olacak şekilde bir hafifletme anlamına gelecektir.

Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus, muaccel şartlarına ilişkin belirlemelerin, ceza koşulunun niteliğine uygun düşmesi konusunda titiz davranmak gerekliliğidir. Bu gereklilik, ceza koşulunun yapısal özelliklerine müdahale edilmesi sonucunda onun başka bir kuruma dönüştürülmesi sakıncasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, zarar koşulunu muacceliyetin bir koşulu olarak aramak ve tazminatın bir üst sınırı olacağını belirlemek, ceza koşulu yerine götürü tazminat kurumunun kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılabilir.

⁶⁴³ Doktrinde, ağırlaştırmanın örtülü bir anlaşmayla da gerçekleşebileceği, örneğin, alacaklının, borçlunun yüklendiği sorumluluğa göre çok yüksek değerinde bir karşı edim taahhüt etmesinden, hal ve şartlara göre, tarafların, kusursuz da olsa ceza koşulunun muaccel olacağını kararlaştırdıkları sonucuna varılacağı ifade edilmiştir. Bkz. von Tuhr ve Escher, s. 281, dn. 31; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 96-97.

⁶⁴⁴ Yarg. 11. HD., T. 14.06.2016, E. 2011/3024, K. 2016/6604; Yarg. 23. HD., T. 24.02.2015, E. 2014/3920, K. 2015/1151; Yarg. 23. HD., T. 6.10.2015, E. 2015/3643, K. 2015/6307; Yarg. 23. HD., T. 10.06.2015, E. E. 2014/8313, K. 2015/4439, (www.lexpera.com.tr, E.T.: 12.06.2018).

⁶⁴⁵ “Taraflar arasındaki sözleşmenin cezai şartlar kısmını düzenleyen 10. maddesi, “... Kullanıcının ilgili mevzuat, taraflar arasında imzalanan Bağlantı Anlaşması ve bu Anlaşma hükümlerinin herhangi birini ihlal etmesi, söz konusu ihlali TEİAŞ’ın uyarısına rağmen uyarıda belirtilen süre içinde sona erdirmemesi durumunda TEİAŞ, aşağıda belirlenen cezai şartları uygulayacaktır. TEİAŞ’ın uğradığı zararlar ayrıca tazmin edilecektir.” hükmünü içermektedir. Hangi ihlalin hangi cezayı gerektireceği ve hesap şekli, bu 10. madde hükmü sonrasında tablo halinde sıralanmıştır. ...Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırıldığı üzere, kullanıcı davalı tarafından bir gün içerisinde 3 ve daha fazla arızaya sebebiyet verilmesi sonucunda, davacının fider kesicisinin açılması şeklindeki ihlâlin ilk gerçekleşmesinde, davacı TEİAŞ tarafından uyarıda bulunulması, uyarıya ve verilen süreye rağmen ihlâlin sona erdirilmemesi durumunda ikinci bir uyarı yapılmasına ve süre verilmesine gerek kalmaksızın cezai şartın uygulanması gerekmektedir. ...”, Yarg. 23. HD., T. 30.09.2014, E. 2014/2249, K. 2014/6064; Yarg. 23. HD., T. 31.05.2016, E. 2015/6190, K. 2016/3339, (www.lexpera.com.tr, E.T.: 12.06.2018).

D. Ceza Koşulunun Muacceliyeti İçin Zararın Ve Temerrüdün Gerçekleşmesinin Gerekli Olmaması

Ceza koşulunun muacceliyeti için, zararın ve temerrüdün gerçekleşmesi şartları gerekli değildir.

Zararın gerekli olmadığı hususu Kanun'da da açıkça belirtilmiştir (TBK m. 180/I)⁶⁴⁶. Dolayısıyla somut olayda gerçekleşen zarar, ceza koşulu miktarından aşağıda kalsa da, hatta ortada hiçbir zarar olmasa da, ceza koşulunun tamamen ifası talep edilebilecektir. Bu durum aslında, sorumluluk hukukundaki, “*Zarar yoksa tazminata da yer yoktur.*” ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Buna karşılık, kanundaki düzenlemenin tamamlayıcı nitelikte olduğunu göz önünde tutan doktrindeki bir görüş, ceza koşulunun talep edilmesinin zarara uğrama şartına bağlı kılınabileceğini kabul etmektedir⁶⁴⁷. Hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğuna biz de katılmakla beraber, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, zarar koşulunu muacceliyetin bir koşulu olarak aramada dikkatli değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira böyle bir durumda, diğer unsurların da varlığı halinde, götürü tazminatın varlığı da söz konusu olabilir.

Temerrüt konusunda ise, ceza koşulunun muacceliyeti açısından ihtar ve bununla bağlantılı olarak borçluyu temerrüde düşürme şartının bir önemi yoktur⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95; İnan ve Yücel, ss. 569-570; “... Ceza uygulaması için hatalı bilgi girişi yapmak gerekli ve yeterli olup, bu nedenle davalı şirketin bir zararının doğması şart olmadığı gibi, zararın sonradan giderilmesi de sonuca etkili değildir. ...”, Yarg. 11. HD., T. 18.3.2004, E. 2003/7979, K. 2004/2680, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018). 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, işçinin iş sözleşmesinin süresinden önce feshiyle birlikte başka bir işverenin tabiiyetinde çalışmaya devam etmesinde, eski sözleşmeden doğan ceza koşulu açısından yeni işverenin sorumluluğunun olmayacağı, çünkü Kanun'da (m. 15) sorumluluğun sadece eski işverenin zararı kapsamında olacağının belirtildiği, hâlbuki ceza koşulunun zarardan bağımsız bir alacak olduğu yönünde bkz. Yürekli, s. 1104; Yarg. 9. HD., T. 21.09.1999, E. 8717, K. 14063, (Yürekli, s. 1087 vd.). 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükmünde (m. 23) ise eski işverenin zararından bahsedilmediği için yeni işverenin, ceza koşulundan sorumlu olup olmayacağı konusunda, artık, yeni işverenin sorumluluğunun kapsamına işçinin eski işverenine karşı ifa etmekle yükümlü olduğu ceza koşulunun da dâhil olacağı kabul edilebilir.

⁶⁴⁷ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 161, kn. 2; Pietruszak, KurzK., m. 161, kn. 2.

⁶⁴⁸ Becker, m. 160, kn. 19; von Tuhr ve Escher, s. 280; Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 20; Funk, s. 229; Bilge, s. 89; Baştuğ, s. 210; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 840; Er, ss. 369-370; Feyzioğlu, ss. 399-400; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 984; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 215-216; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 729; Belen, Cezai Şart, s. 515; İnan ve Yücel, s. 568; Doğan, İstisna Sözleşmesi, s. 97. Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) ile müşterileri arasında sistem kullanım anlaşmasında yer verilen ceza koşulunun uygulanabilmesi için belirtilen ihlallerde, bir ön şart olarak öncelikle bir ihtar gönderilmesi ve süre verilmesi öngörülmüşken, 29.03.2012 tarihli ve 28248 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan “İletim Sistemi Sistem Kullanım Anlaşması”nın yeni haline göre böyle bir şarttan vazgeçildiği için artık ihtara gerek kalmaksızın ceza koşulunun muaccel olacağı yönünde bkz. Beşir Fatih Doğan, “TEİAŞ'ın Uyguladığı Cezai

Buna karşılık doktrinde bir görüş, ceza koşulunun muacceliyeti için asıl borcun muaccel olmasını yeterli görmeyip, ihtar ve borçlunun temerrüde düşürülmesi şartını da aramaktadır⁶⁴⁹. Biz bu görüşe şu gerekçelerle katılmıyoruz: Öncelikle Kanun'da böyle bir şart aranmamıştır⁶⁵⁰. Gerçekten ceza koşulu, borçlu temerrüdü hükümleri arasında, temerrüdün özel bir sonucu olarak düzenlenmiş değildir. Ceza koşulu, borçlu temerrüdünün sonuçlarından bağımsız bir şekilde başka bir ayırmda düzenlenmiş özel bir yaptırımdır. Ayrıca böyle bir şartı aramak, borçlu temerrüdünün sonuçlarıyla yetinmek arzusunda olmadığı için ceza koşulunu öngörmek amacıyla olan alacaklının iradesiyle de bağdaşmaz⁶⁵¹.

III. CEZA KOŞULUNUN HÜKÜMLERİ

Ceza koşulunun muaccel hale geldikten sonra doğuracağı hükümler, ceza koşulunun türüne göre farklılık gösterir. Bu sebeple biz de ceza koşulunun muaccel olduktan sonraki hükümlerini, seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulu türleri bakımından ayrı ayrı değerlendireceğiz.

A. Seçimlik Ceza Koşulunun Hükümleri

1. Alacaklının Seçim Hakkı

Seçimlik ceza koşullarında, ceza koşulunun muaccel olmasıyla, alacaklı, asıl borcun ifasını veya ceza koşulunun ifasını talep etme yönünde bir hakka sahiptir. Seçim hakkı olarak nitelendirilen bu hak sayesinde alacaklı, sadece tek taraflı irade

Şartların Hukuka Uygunluğu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2013, (TEİAŞ), ss. 61-84.

⁶⁴⁹ Koller, Konventionalstrafe, kn. 158; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3791; Bucher, s. 526; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 23; Huguenin, kn. 1217; Gauch, kn. 696; Santoro, s. 11; Arslanlı, s. 454; O. Berki, s. 291; Kanık, s. 1074. Ehrat ve Widmer, ceza koşulunun ceza niteliği dikkate alındığında ve BGB § 339 hükmü esas alındığında, temerrüdün gerekli olduğu görüşüne üstünlük verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 15.

⁶⁵⁰ Oser ve Schönerberger, s. 703, kn. 20; Bilge, s. 89; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 216. İsviçre Borçlar Kanunu tasarılarındaki gelişimi de temerrüdün gerekli olmadığını destekler niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Secrétan, s. 81'den aktaran Bilge, s. 89. Oysaki Alman Medeni Kanunu'nda ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun temerrüdü açıkça aranmıştır (§ 339).

⁶⁵¹ Bilge, s. 89. Ceza koşulu için zaten kusurun arandığını, buna ilaveten temerrüde düşme şartını aramanın ceza koşulunun işlevselliğini yitirmesine sebep olacağı yönünde isabetli görüş için bkz. Becker, m. 160, kn. 19; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95.

beyanıyla bir hukuki sonuç meydana getirebilmekte; bir bakıma borcun konusunu değiştirebilmektedir. Bu sebeple bu hak, değiştirici yenilik doğuran nitelikte bir hak sayılır. Hakkın yenilik doğuran nitelikte olması sonucunda, hüküm ve sonuç doğurabilmesi için karşı tarafa varması gereklidir⁶⁵². Seçim hakkı, kanunen alacaklıya tanınmış olmasına rağmen; tarafların aralarında anlaşarak bu hakkı borçluya da tanımları mümkündür⁶⁵³. Ayrıca, alacaklı veya borçlu bu hakkı bizzat kendileri kullanabileceği gibi, yetkili temsilcileri aracılığıyla da kullanabilirler⁶⁵⁴.

Alacaklının asıl borcun ifasını veya ceza koşulunu seçtiğine yönelik beyanı kanunen bir şekle bağlı değildir. Bu beyan, yazılı veya sözlü, hatta açık veya örtülü şekilde de olabilir⁶⁵⁵. Örneğin, alacaklının ifayı dava etmesi, ifayı seçtiği anlamına gelecektir⁶⁵⁶. Yargıtay da bir kararında, davacının, davalının sözleşmeyi feshetmesinin doğru olmadığını ileri sürerek sözleşmenin hukuken geçerliliğini koruduğunun tespitini dava etmesini, iradesinin sözleşmenin ifası yönünde olduğuna, ceza koşulunun ifasının istenemeyeceğine karar vermiştir⁶⁵⁷. Seçimlik ceza koşulu bulunmasına rağmen; alacaklının hem asıl borcun ifasını hem de ceza koşulunun ifasını talep ettiği davada, doktrinde, alacaklının ifadan vazgeçmemesi sebebiyle ve ceza koşulu talebinin kabul edilebilmesi için de ifadan vazgeçmenin zorunlu olması sebebiyle, hâkimin, ifayı kabul edip ceza koşulunu reddetmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü bu durumda ceza koşulunu talep ettiğini kabul etmek, asıl borcun ifasından feragat ettiği sonucunu doğurur. Oysa alacaklı hem asıl borcun hem de ceza koşulunun ifa edilmesine yönelik açtığı davayla asıl borcun ifasından vazgeçmediğine

⁶⁵² Becker, m. 160, kn. 29; Keller ve Schöbi, s. 94; Koller, Konventionalstrafe, kn. 111; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 34; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 13; Bilge, s. 99; Eren, Genel Hükümler, ss. 1208-1209; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108; Günay, Cezai Şart, s. 139; Hatemi ve Gökyayla, s. 356; M. Ayan, s. 82; Gökçeoğlu, s. 52; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1386; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 722; Öktem Çevik, s. 104. Doktrinde bir görüş, sadece ceza koşulunun seçilmesi ihtimalinde, bu hakkın yenilik doğuran bir hak olduğunu ve karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklamasıyla kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Berger, kn. 1790; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3799. Gerçekten İsviçre doktrininde, alacaklıya tanınmış olan ifa talebinin kanunen ona tanınmış bir hak olduğu, seçimlik bir hak olmadığı görüşü hâkimdir. Bkz. Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 18; Bucher, s. 528; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Huguenin, kn. 1220; Schwenzer, kn. 71.10; von Tuhr ve Escher, s. 281; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 35.

⁶⁵³ Bentele, s. 94; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108. Aksi görüş için bkz. Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 722.

⁶⁵⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108.

⁶⁵⁵ Berger, kn. 1790; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110. Seçim beyanın yargı içi veya yargı dışı bir yolla kullanılabileceği yönünde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1208.

⁶⁵⁶ Berger, kn. 1790; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110.

⁶⁵⁷ Yarg. 15. HD, T. 15.2.1988, E. 1988/1994, K. 1988/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 18.06.2018).

yönelik iradesini açıkça ortaya koymuş olmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda fer'i olan değil, asıl olan tercih edilecektir⁶⁵⁸. Kanaatimizce, böyle bir davada alacaklının seçim hakkını açık veya örtülü şekilde kullanması söz konusu olmadığından, hâkimin davayı aydınlatma yetkisi çerçevesinde (HMK m. 31), alacaklıya hangi hakkı seçmiş olduğunu sorması uygun olur.

Kanun'da, seçme hakkının belli bir süre içinde kullanılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Taraflar da buna yönelik bir süre kararlaştırmamışlarsa, dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre içinde bu hakkın ileri sürülmesi gerekir. Nitekim durumun bir an önce belli olmasında borçlunun haklı bir menfaati bulunmaktadır. Seçim beyanında bulunulmaması halinde ne olacağı meselesi, seçimlik borçlardaki hükümler dikkate alınarak çözümlenebilir⁶⁵⁹. Dolayısıyla buna göre, seçim hakkının kime ait olduğu ihtimaline göre, bir sonuca varmak mümkün olur. Seçme hakkının alacaklıda olduğu durumlarda; borçlu, bir süre vererek alacaklıyı temerrüde düşürdükten sonra, Türk Borçlar Kanunu'nun 110'uncu maddesine göre sözleşmeden dönme yoluna gidebilir. Alacaklının temerrüdü halinde kural olarak borçlu, borç konusu şeyi tevdi ederek borcundan kurtulur. Ancak seçimlik borçlarda birden çok borç olduğu için, borçlu hangi borcu tevdi edeceğini bilemez, borçların hepsinin tevdi de borçludan istenemez. Dolayısıyla borçlu, edimleri tevdi etmeyerek Türk Borçlar Kanunu'nun 110'uncu maddesine kıyasen sözleşmeden dönebilir⁶⁶⁰. Seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda ise; alacaklı, seçimlik bir dava açacak ve mahkeme de seçimlik nitelikte bir karar verecektir. Bu karardan sonra icrada, alacaklı borçludan sadece birini talep edebilecektir. Borçlu bu aşamada edim konularından herhangi birini alacaklıya teslim ederek borcundan kurtulabilecektir⁶⁶¹.

Alacaklı ceza koşulunu seçtiğini belirtmişse, bu beyan borçluya vardığı andan itibaren borçlu, asıl borcu ifa etmekten kurtulmuş olur; alacaklının da asıl borcun

⁶⁵⁸ Becker, m. 160, kn. 29; von Tuhr ve Escher, s. 282, dn. 38; Bilge, s. 101; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 251-252.

⁶⁵⁹ Bentele, s. 94; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 37; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108; Hatemi ve Gökyayla, s. 356.

⁶⁶⁰ Becker, m. 72, kn. 8. Alman Hukukunda seçimlik borçlarda, alacaklının seçim hakkını kullanmaması halinde, seçim hakkının borçluya geçeceği hükme bağlanmışken (BGB 264); Türk-İsviçre Hukukunda alacaklının temerrüdü nedeniyle seçim hakkının borçluya geçeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Becker, m. 72, kn. 8; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 37; Eren, Genel Hükümler, ss. 987-988; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 254. Aksi görüş için bkz. Koller, Konventionalstrafe, kn. 104-105; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 815.

⁶⁶¹ Eren, Genel Hükümler, ss. 988-989; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 254.

ifasını istemekten vazgeçtiği kabul edilir⁶⁶². Nasıl ki Türk Borçlar Kanunu'nun 125'inci maddesinde ifa yerine tazminat isteyen alacaklının ifadan vazgeçmiş olacağı kabul ediliyorsa, ceza koşulu için de aynı varsayımda bulunmak mümkün olacaktır⁶⁶³.

Alacaklı asıl borcun ifasını seçtiğini belirtmişse, artık ceza koşulunu talep edemeyeceği sonucuna varılabilirse de, doktrinde bazı yazarlarca, borçlunun ifaya yanaşmaması durumunda, alacaklının ceza koşulunu talep edebilme imkânına kavuştuğu kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Yazarların gerekçeleri, alacaklının ceza koşulu talebinden mahrum bırakılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği, nitekim borçlu temerrüdü hükümlerine göre zararını tazmin edecek olan alacaklının, aynı amacı taşıyan ceza koşulunu da talep edebilmesi gerektiği⁶⁶⁵; alacaklının aynen ifa talebinin ona kanunen tanınmış bir hak olduğu; seçim hakkı olmadığı şeklinde sıralanabilir⁶⁶⁶. Kanaatimizce alacaklının asıl borcun ifasını istemesi ve borçlunun ifa etmemesi halinde, ceza koşulunun istenebileceğini kabul etmek, yenilik doğuran irade beyanlarının dönülemez nitelikte olması özelliğiyle bağdaşmayacağı gibi, aksi durumun kabulü taraflar arasındaki hukuki ilişkide güvensizlik de yaratır⁶⁶⁷. Kaldı ki,

⁶⁶² Becker, m. 160, kn. 29; Oser ve Schönerberger, s. 704, kn. 5; Keller ve Schöbi, s. 94; von Tuhr ve Escher, ss. 281-282; Berger, kn. 1789-1790; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3799; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 13; BGE 63 II 84, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 6.7.2018); Bilge, ss. 99-100; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 108; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 349; Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 527; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 796; M. Ayan, s. 82; Yarg. 15. HD, T. 15.2.1988, E. 1988/1994, K. 1988/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.01.2016).

⁶⁶³ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 108-109.

⁶⁶⁴ Oser ve Schönerberger, s. 704, kn. 5; von Tuhr ve Escher, ss. 281-282; Keller ve Schöbi, s. 94; Berger, kn. 1789; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3799; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 13; Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 18; Bilge, s. 100; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 250-251; A. Arkan, s. 11; Belen, Cezai Şart, s. 518; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1373. Ancak bunun tarafların kararlaştırmasıyla mümkün olduğu yönünde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1208; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 349. Alman Medeni Kanunu'nun 340'ıncı paragrafında da ceza koşulunu istediğini borçluya bildirmiş olan alacaklının artık ifayı talep hakkının sona ereceği açıkça hükme bağlanmışken; asıl borcun ifasını isteyen alacaklının bundan vazgeçerek ceza koşulunu isteyip isteyemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kanun'un bu susması karşısında, Alman doktrinindeki baskın görüş, alacaklının asıl borcun ifasını istemesi ve borçlunun ifa etmemesi halinde ceza koşulunun istenebileceği yönünde olmuştur. Bkz. Kaduk, StauK., § 340, kn. 16.

⁶⁶⁵ Bilge, s. 100. Benzer yönde bkz. Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 250-251.

⁶⁶⁶ Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 18. Hatta İsviçre Hukuk doktrininde hâkim görüş bu yöndedir. Bkz. Bucher, s. 528; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3799; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Huguenin, kn. 1220; Schwenzer, kn. 71.10; von Tuhr ve Escher, s. 281; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 35.

⁶⁶⁷ Aynı yönde bkz. Bentele, s. 89; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 109; BGE 63 II 84; BGer, 23.6.2004, 4C_58/2004, Er. 3.4, (www.servat.unibe.ch, E.T: 12.7.2018).

taraflar isteseydi, terditli şekilde, yani asıl borcun ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirlerdi.

2. Asıl Borcun veya Ceza Koşulunun İfasının İstenmesi

Alacaklı asıl borcun ifasını istemişse, borçlu, asıl borcu ifa etmekle yükümlüdür. Alacaklı ayrıca zararını da talep edebilir⁶⁶⁸. Ceza koşulunun varlığı, alacaklının zarar talebini engellemez⁶⁶⁹.

Asıl borç, imkânsız hale gelmişse ve bunda borçlunun kusuru etkili olmuşsa, burada artık asıl borç ve ceza koşulu arasında bir seçimden bahsedilemez. Çünkü artık borçlanılan edimin ifası mümkün olmadığı için asıl edim yerine genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edilebilir⁶⁷⁰ ve artık tazminat talebi ile ceza koşulu arasında bir seçim mümkün olur⁶⁷¹. Seçim hakkı asıl borcun ifası yönünde kullanıldıktan sonra, borçlunun kusuru sebebiyle imkânsızlığın gerçekleşmesi ihtimalinde ise alacaklının iradesinin, seçimiyle uyumlu şekilde, asıl borcun devamı niteliğindeki tazminat talebi olduğu kabul edilmelidir⁶⁷².

Alacaklı ceza koşulunun muaccel olmasıyla, asıl borç yerine ceza koşulunun ifa edilmesini de talep edebilir. Bu yöndeki seçimin bildirilebileceği süre, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, dürüstlük kuralına göre belirlenebilecek makul bir süredir. Bununla birlikte doktrinde asıl borcun usulüne uygun şekilde teklif edilmesine kadar ceza koşulunun seçilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶⁷³. Bu görüşler kabul edilirse, alacaklının seçim hakkını kullanmaması halinde, seçim hakkının borçluya geçeceği gibi bir sonuç doğmuş olacaktır. Ancak bize göre, seçim hakkının kullanılmaması durumunda, seçim hakkı borçluya geçmemeli; alacaklının seçim hakkı

⁶⁶⁸ Bilge, s. 98; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110; Günay, Cezai Şart, s. 143.

⁶⁶⁹ Schoch, s. 45; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 35; Bilge, s. 98; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 797.

⁶⁷⁰ Bentele, ss. 89-90, 91; Bucher, s. 528; Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 19; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, ss. 723-724.

⁶⁷¹ Bucher, s. 528; Ehrat ve Widmer, BSK m. 160, kn. 19; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110; Eren, Genel Hükümler, s. 1209. Bu durumda alacaklının sadece ceza koşulunu isteyebileceği yönündeki aksi görüş için bkz. Baştuğ, s. 210.

⁶⁷² Tunçomağ, Cezai Şart, s. 110; Eren, Genel Hükümler, s. 1209; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 723. Buna karşılık, tazminat yerine kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 324.

⁶⁷³ Bkz. Berger, kn. 1790; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 13; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 527; Belen, Cezai Şart, s. 518; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 259.

böyle bir sınırlandırmaya tabi tutulmamalı, seçimlik borçlarda öngörülen hükümler doğrultusunda hareket edilmelidir.

Ceza koşulunun ifasını seçtiğine dair beyanını açıkladığında, bu beyan borçluya varır varmaz borçlu, asıl borcu ifa etmekten kurtulur ve alacaklı da asıl borcun ifasını isteme hakkını kaybeder⁶⁷⁴.

Ceza koşulu, alacaklının kanundan doğan haklarıyla etkileşim içindedir. Şöyle ki, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü örneğinde, alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için, seçimlik hakları kullanırken, iradesini asıl borcun ifası yönünde veya sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracak şekilde açıklamamış olması gerekir⁶⁷⁵. Gerçekten seçimlik ceza koşulunda, aynen ifa talebi veya sözleşmeden dönme şeklindeki borçlu temerrüdünde ileri sürülen haklar, ceza koşulu talebine engel olan haklardır. Aynen ifa talebi, asıl borcun seçildiğini gösterir. Sözleşmeden dönme hali (TBK m. 123, m. 125) ise; klasik dönme görüşünün kabulüyle⁶⁷⁶, borç ilişkisini ona bağlı olan tüm haklar ve borçlarla geçmişe etkili olacak şekilde ortadan kaldırdığı için ceza koşulu da ortadan kalkmış olacaktır⁶⁷⁷. Tabii ki taraflar arasında sözleşmeden dönülmesi halinde dahi ceza koşulunun

⁶⁷⁴ Huguenin, kn. 1220, 1222; Berger, kn. 1789; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 36; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 13; Reck, s. 107; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111; Reisoğlu, s. 456, dn. 10; İnan ve Yücel, s. 569; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 723; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1373; Yarg. 15. HD, T. 15.2.1988, E. 1988/1994, K. 1988/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.01.2016).

⁶⁷⁵ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 527, 530; A. Arkan, s. 11; Öktem Çevik, s. 104; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 724. Ancak Yargıtay, seçimlik ceza koşulunun istenebilmesi için, borçlunun sözleşmeden dönmesi gerektiğini belirtmektedir: “...kararlaştırılan ceza şartı, BK.nun 158/1. maddesinde öngörülen seçimlik ceza niteliğinde olup, davacılar ya akdin icrasını veya akdin feshi ile birlikte cezanın tediyesini isteyebilir...”, Yarg. 15. HD., T. 25.5.1987, E. 1987/3875, K. 1987/2021, (Uçar, s. 58); Yarg. 15. HD., T. 17.11.1986, E. 1986/108, K. 1986/3853, (Uçar, s. 60). Yarg. 15. HD., T. 20.03.1990, E. 3768, K. 1267, (Turgut Uygur, s. 4288). Aynı yönde bkz. Turgut Uygur, s. 4258. Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

⁶⁷⁶ Bu görüşte olanlar için bkz. von Tuhr ve Escher, s. 155; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 449; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 794-795; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, (Sözleşmeden Dönme), s. 134; Öz, Eser, s. 39 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öktem Çevik, ss. 100-101. Elbette dönmenin etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen diğer görüşler çerçevesinde farklı bir sonuca varılabilecektir. Farklı görüşler ve sonuçları için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd.; Eren, Genel Hükümler, ss. 1144-1146.

⁶⁷⁷ Westermann, § 339, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 794-795; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öz, Eser, ss. 295-296; Buz, Sözleşmeden Dönme, ss. 160-161; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1390; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 730; Öktem Çevik, ss. 100-101; Emre Gökyayla, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 59-60, 62; Samet Can Olgaç, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, **THD**, C. 12, S. 126, Şubat, 2017, (https://jurix.com.tr/article/7485?sscope=title, E.T.: 24.01.2018), s. 20.

istenebileceğinin kararlaştırılabilmesi mümkündür⁶⁷⁸. Dönmenin etkisi konusunda klasik dönme dışında diğer görüşlerden birisi tercih edilirse, ceza koşulu talebi yönünden sonuç değişecektir. Şöyle ki, dönmenin etkisinin geçmişe etkili olmadığı yönündeki görüş kabul edilirse, dönmeye rağmen ceza koşulunu talep edebilmek mümkün olacaktır⁶⁷⁹. Sözleşmenin alacaklı tarafından feshedilmesi durumu farklıdır. Fesih zamanına kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için, bu ana kadar gerçekleşen ihlale dayanarak ceza koşulu talep edilebilir⁶⁸⁰. Yargıtay bazı kararlarında isabetsiz bir şekilde, ceza koşulunun sözleşmenin feshinden önce muaccel olup olmadığına bakmaksızın, sözleşmenin feshi durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceğini; ancak tarafların anlaşmasıyla aksinin kabul edilebileceğini ifade etmiştir⁶⁸¹. Asıl borcun ihlali, fesih bildiriminden sonra ortaya çıkmışsa, ceza koşulunun talep edilmesi mümkün olmaz⁶⁸². Ancak bunun da aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür⁶⁸³.

Bununla birlikte, doktrinde ceza koşulunu müspet zarar kalemleri arasında sayan görüşler de bulunmaktadır⁶⁸⁴. Bu görüş kabul edilirse, dönme ve fesih bakımından ulaştığımız; ceza koşulunun istenebilmesi veya istenememesi yönündeki sonuçlar, bu görüşle de teyit edilmiş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, ceza koşulu talebi etkileşim içinde olsa da, alacaklının kanundan doğan haklarından bağımsız bir taleptir. Söz gelimi yukarıda vermiş olduğumuz borçlu temerrüdü örneğinde, alacaklı dilerse sadece ceza koşulunu isteyebilir, dilerse aynı zamanda borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sahip olduğu hakları da ileri sürebilir. İşte birinci ihtimalde herhangi bir etkileşim söz konusu olmazken, ikinci ihtimalde ceza koşulu, borçlu temerrüdünden doğan haklarla

⁶⁷⁸ Öz, Eser, ss. 296-297; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Gökyayla, s. 63; Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 668-669.

⁶⁷⁹ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 565.

⁶⁸⁰ Westermann, § 339, kn. 3; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 525-526; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 281; Gökyayla, s. 62; Yarg. 15. HD., T. 4.4.2011, E. 2010/7438, K. 2011/2040, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:1.10.2018).

⁶⁸¹ Yarg. 15. HD., T. 13.11.2017, E. 2016/1632, K. 2017/3919; Yarg. 15. HD., T. 29.12.2005, E. 2004/6307, K. 2005/7170, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:25.12.2018).

⁶⁸² Westermann, § 339, kn. 3; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 525-526; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 281.

⁶⁸³ Gökyayla, s. 63.

⁶⁸⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1141; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 349; Gökyayla, s. 57; Buz, Konventionalstrafe, s. 496; Yarg. 15. HD., T. 8.11.2000, E. 2000/2826, K. 2000/4884, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2018). Bununla birlikte doktrinde, ceza koşulunun culpa in contrahendo sorumluluğu için öngörüldüğü hallerde menfi zarar kalemi de olabileceği de ileri sürülmüştür. Bkz. Altınok Ormancı, ss. 138-139.

etkileşim içine girmiş olur. Ancak bu etkileşim, borçluya belirli bir hakkı kullanması yönünde bir dayatma anlamında değil; yukarıda açıklamış olduğumuz gibi bir uyumu sağlamak anlamındadır. Özetle ceza koşulu, alacaklıya, kanundan doğan hakların yanında yeni ve bağımsız bir talep sağlamaktadır. Ancak asıl borcun yerine ceza koşulunun talebini isteyen alacaklının, asıl borcun kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesi sebebiyle kanundan doğan haklarını talep edebilmesinin, Kanun'un özel düzenlemesi sebebiyle (TBK m. 180/II) ancak ceza koşulunu aşan zarar ölçüsünde mümkün olduğu unutulmamalıdır.

Bu noktada doktrinde bir görüş, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdünden doğan seçimlik hakların yanında, ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla ekstra bir hak tanınmış olduğunu; alacaklının bu imkândan faydalanabilmesi için, borçluyu temerrüde düşürmesinin ve borçluya süre vererek seçimlik haklarından birini kullanmış olmasının aranmasının yerinde olmayacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte aynı görüş, ceza koşulu talebiyle kanundan doğan diğer talepler arasında hiçbir etkileşim bulunmadığı yönünde şu açıklamalara da yer vermiştir: Alacaklıyı borçlu temerrüdünden doğan sonuçlar kapsamında bir seçime zorlamak, salt ceza koşulu kararlaştırıldı diye, müspet zararının tazminini ceza koşulu aracılığıyla elde edilmesini zorunlu kılarak; aşan zararın varlığı halinde, onu Kanun'daki genel kurala nazaran daha ağır şartlar altına sokmak yerinde değildir⁶⁸⁵. Bu görüşten, alacaklının ceza koşulu talebi yanında hatta ceza koşulunu aşan zararın tazminiyle ilgili hüküm (TBK m. 180/II) göz önünde bulundurulmadan; ondan tamamen bağımsız şekilde diğer kanuni hakların kullanılabileceği sonucu çıkmaktadır. Biz ceza koşulunun kanundan doğan diğer haklarla etkileşim içinde olduğu görüşümüzle uyumlu olarak bu açıklamalara katılamıyoruz.

Ceza koşulunun etkileşim içinde olduğu başka bir örnek olan ayıplı ifa durumunda da alacaklının ceza koşulu talebi ayrıca incelenmelidir. Ceza koşulu sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri için kararlaştırılmış olabilir.

⁶⁸⁵ Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 670-671. Bununla birlikte aynı görüşün, seçimlik ceza koşulunun varlığında, alacaklının müspet zararın tazmin edilmesi ve ceza koşulunun talep edilmesi arasında seçim yapabileceği yönünde açıklamalarda bulunmasının (bkz. Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 671) önceki açıklamalarla uyumlu olmadığını düşünüyoruz.

Hiç ifa etmeme durumu için kararlaştırılan ceza koşulunda, ayıplı ifanın bir önemi yoktur. Nitekim ayıplı da olsa ifa gerçekleştiği için ceza koşulu muacceliyet kazanamamıştır. Bununla birlikte, ayıplı ifa, alacaklıya ifayı reddetme hakkı tanınması bakımından önem taşır. Böyle bir durumda, alacaklının borçluyu hiç ifa etmeme durumuna sokması mümkündür. İşte bu noktada yine ifa ayıplı olduğu için değil; hiç ifa etmeme oluştuğu için ceza koşulu muacceliyet kazanmış olur.

Gereği gibi ifa etmeme hali için kararlaştırılmış bir ceza koşulunda ise, ayıplı ifa aynı zamanda gereği gibi ifa etmeme halinin bir başka görünümünü oluşturduğu için, bu durumda önem taşır. Ayıbın tespit edildiği durumda, sözleşmede belirtilen ihlal gerçekleşmiş olur ve ceza koşulu bu anda muaccel hale gelir. İşte alacaklının seçim hakkı da bu anda doğar. Dolayısıyla alacaklı bu anda seçim hakkını kullanarak ceza koşulunu talep edebilir. Ancak bu durumda alacaklının almış olduğu edimi iade etmesi gerekir⁶⁸⁶, bununla birlikte tarafların ayıplı edimi iade etmeksizin ceza koşulunun ödenmesini isteyebileceklerini kararlaştırmalarına bir engel yoktur⁶⁸⁷.

Alacaklının ifayı teslim alması ve ayıbın varlığını tespit etmesi durumunda, hal ve şartlar, onun ifayı seçtiği yönünde bir sonuca varılmasını haklı kılmayabilir. Böyle bir durumda peşin bir hükümle, alacaklının, asıl borç yönünde seçim hakkını kullandığı sonucuna varılmadan; ayıplı edimi borçluya iade ederek, ceza koşulunu talep edebilmesi mümkün sayılmalıdır⁶⁸⁸. Dikkat edilirse, bu durumda alacaklı ayıptan doğan haklarından birini kullanarak ayıplı edimi iade etmemektedir.

Ayıplı ifadan dolayı alacaklı ayıba bağlı kanundan doğan haklarını kullanmak isterse, ceza koşulu talebinin bu haklarla uyumlu olması gerekir. Ancak bu hususu, her bir seçimlik hak ve bunlardan bağımsız şekilde ve genel hükümler çerçevesinde ele alınabilen tazminat hakkı bakımından ayrı ayrı değerlendirmekte yarar vardır. Ayıplı ifa dolayısıyla alacaklının sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkını ileri sürmesi durumunda (satış sözleşmesi bakımından TBK m.227/I, b.1, m. 229-İBK m. 205/b.1, m. 208; eser sözleşmesi bakımından TBK m. 475/I, b.1-İBK m. 368/b.1), alacaklı, şartları gerçekleşmiş olsa bile, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep edemez. İfayı alıkoyup da ayıp oranında bedelde indirim isteme hakkının kullanılması halinde

⁶⁸⁶ Benzer yönde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1209.

⁶⁸⁷ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 527, dn. 419; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 262.

⁶⁸⁸ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Keller ve Schöbi, s. 94; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3800; Eren, Genel Hükümler, s. 1209.

de (satış sözleşmesi bakımından, TBK m. 227/I, b.2-İBK m. 205/b.1; eser sözleşmesi bakımından TBK m. 475/I, b.2-İBK m. 368/b.2.), aynı şekilde ceza koşulunun talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü seçimlik ceza koşulu kapsamında ifanın kabul edilmesiyle birlikte artık ceza koşulundan vazgeçilmiş sayılacaktır⁶⁸⁹. Ücretsiz onarım hakkının(Satış sözleşmesi bakımından TBK m. 227/I, b. 3; eser sözleşmesi bakımından TBK m. 475/I, b. 3) seçilmesi⁶⁹⁰ veya ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkının (sadece satış sözleşmesi bakımından TBK m. 227/I, b. 4) seçilmesi hallerinde de aynı sonuca varılması gerekir.

Bununla birlikte, alacaklının tazminat talebi açısından konu incelenecek olursa, tazminat talebinin, seçimlik haklarla birlikte veya ondan bağımsız şekilde talep edilmesine göre konuyu iki ihtimalde değerlendirmek uygun olur. İlk durum yani seçimlik haklarla birlikte tazminat talep edilmesi halinde, yukarıdaki gerekçelerle, alacaklının yine ceza koşulu talebinde bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir⁶⁹¹. Ancak hiçbir seçimlik hakka dayanmadan, alacaklının, doğrudan genel hükümlere göre tazminat talep etmesinde, ceza koşulunu aşan zararın tazminiyle ilgili hükmün de (TBK m. 180/II) göz önünde tutulmasıyla, ceza koşulu talebi mümkün olmalıdır.

Borçlunun kısmi ifada bulunduğu hallerde, bunun ceza koşulu talebine etkisi konusuna da değinmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bundan sonra metindeki açıklamalarımız alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi ve ceza koşulunun hiç

⁶⁸⁹ Buz ise, indirim talebiyle birlikte ceza koşulunun da talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bu sonuç, yazarın, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 160'ıncı maddesinin birinci fıkrasındaki gereği gibi ifa etmeme ile ikinci fıkrasındaki yerinde ve zamanında ifa etmeme arasında, ifa yanında ceza koşulunun da talep edilebilmesi bakımından bir farklılık yaratılmaması gerektiği yönündeki görüşüyle uyumludur. Bkz. Buz, Konventionalstrafe, ss. 499, 500. Yazarın görüşü çerçevesinde, bedelde indirim durumunda hem bedelden indirilecek tutar hem de ceza koşulu ayrı ayrı, herhangi bir mahsup yapılmaksızın talep edilebilecektir. Hatta bedeldeki indirim bir zarar olmadığı için, ceza koşulu tutarını aşsa bile, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesinin ikinci fıkrasına (TBK m. 180/II) göre değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır. Bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500. Bentele de, ayıptan doğan sorumlulukların bir tazminat yükümlülüğü oluşturmadığı sürece, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesinin ikinci fıkrasının (TBK m. 180/II) uygulama alanı bulmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Bentele, s. 135.

⁶⁹⁰ Eser sözleşmeleri bakımından aksi görüş için bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500. Yazar bu durumda da İsviçre Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesinin ikinci fıkrasının (TBK m. 180/II) uygulanmayacağı kanaatindedir. Çünkü onarımın yerine getirilmemesi dolayısıyla talep edilecek olağan onarım giderlerinin bir tazminat talebi niteliğinde olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Buz, Konventionalstrafe, s. 500.

⁶⁹¹ Doktrinde bir görüş, dönmenin varlığına rağmen, menfaat dengesini tesis edebilmek amacıyla, ayıptan kaynaklanan dönme hakkının kullanılmasıyla talep edilebilen zararlarının tazmini yanında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 161'inci maddesinin ikinci fıkrasının da (TBK m. 180/II) göz önünde tutulması kaydıyla, ceza koşulunun da talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. Buz, Konventionalstrafe, ss. 499, 500.

ifa etmeme durumu için kararlaştırılmış bir ceza koşulunun varlığı ihtimali üzerinedir. Şöyle ki, alacaklı, kısmi ifa karşısında Kanun'a göre (TBK m. 84/I), borcun tamamı belli ve muaccel ise, kısmen ifayı reddedebilir ve borçluyu kısmen mütemerrit duruma düşürebilir. Ancak, alacaklı, kısmi ifayı kabul etmiş ve geri kalan kısım için bir süre belirlemişse, borçlu da bu süre içinde gecikme tazminatıyla birlikte eksik kalan kısmı ifa etmişse, ceza koşulu talebi muaccel olmayacaktır. Buna karşılık borçlu, eksik kalan kısmı ifa etmezse, ifa etmeme gerçekleştiği için; alacaklı artık ceza koşulu talebinde bulunabilecektir⁶⁹². Bu durumda alacaklı yine bir seçim hakkına sahip olacaktır. Ancak buradaki seçim hakkı, edimin tamamı ile ceza koşulu arasında değil, artık ifa edilmeyen edim ile oran kurularak belirlenecek olan ceza koşulu arasında olacaktır. Seçimin ceza koşulu yönünde olması halinde, alacaklının, kısmen ifa edilmeyen edim yani borcun ihlali oranında ceza koşulunu talep etmesi mümkün olmalıdır⁶⁹³. Bununla birlikte doktrindeki bir görüş, alacaklının kısmi ifayı iade veya mahsup yollarından birini tercih ederek hareket edebileceğini kabul etmektedir. Şöyle ki alacaklı, kabul etmiş olduğu kısmi edimi ya iade ederek⁶⁹⁴ ya da bunu ceza koşulundan mahsup ederek⁶⁹⁵ ceza koşulunu talep edebilir⁶⁹⁶, iade yoluna giderse, bu iadenin hukuki dayanağı da Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeyle ilgili hükümleri

⁶⁹² Benzer yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 98; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 867; A. Arkan, s. 16; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 225; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1381.

⁶⁹³ Benzer yönde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111; Yarg. 15. HD., T. 28.3.2013, E. 2012/2052, K. 2013/1381, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

⁶⁹⁴ Oser ve Schönenberger, s. 704, kn. 4; von Tuhr ve Escher, s. 282; Keller ve Schöbi, s. 94; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3800; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19a; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 36; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 14; Pietruszak, KurzK., m. 160, kn. 11; BGE 122 III 420, Er. 2.b, s. 423, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 173, s. 507); Bilge, ss. 101-102; A. Arkan, s. 11; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 723; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1374. Alacaklının iade etmemesi durumunun, ceza koşulunun indirilmesinde haklı bir gerekçe oluşturacağı yönünde bkz. Oser ve Schönenberger, s. 704, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111; Bilge, s. 102.

⁶⁹⁵ Becker, m. 160, kn. 22; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3800; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 160, kn. 19a; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 36; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 14; BGE 122 III 420, Er. 2.b, s. 423, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 173, s. 507); Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1374; Hatemi ve Gökyayla, s. 356.

⁶⁹⁶ Bununla birlikte doktrinde sözleşmenin kısmen ifa edilmesine rağmen ceza koşulunun tamamen ödenmesi gerektiği yönünde başka bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Pellanda, HandK., m. 160, kn. 36; Edgü, s. 115; T. Önen, s. 121; Arsebük, Cezai Şart, s. 992; Günay, Cezai Şart, s. 145; Göktürk, Cezai Şart, s. 400. Göktürk bu sonuca, ceza koşulunun alacaklının hiçbir zararı bulunmasa da ceza koşulunun kendisine ödenmesini talep edebileceği kuralıyla ulaşmıştır. Bkz. Göktürk, Cezai Şart, s. 400. Yargıtay da asıl borcun bir hizmet edimi, örneğin bir tarlayı ekmek gibi bir edim olması ve bu asıl borcun kısmen ifa edilmesi durumunda, borçlunun ceza koşulu miktarının tamamını ödemekle yükümlü olacağı; ancak ceza koşulu miktarının aşırı olması durumunda borçlunun indirim talep edebileceği yönünde bir kararı için bkz. Yarg. 3. HD., T. 08.02.1957, E. 28, K. 1026, (AD, Y.49, Mart-Nisan 1958, S. 3-4, ss. 278-279).

olur⁶⁹⁷. Bize göre sözleşme adaletinin sağlanması ve ceza koşulunun amaç ve işlevini yerine getirmesi açısından, ifa edilmeyen kısım ile orantılı şekilde ceza koşulu talebine olanak tanınması isabetli olacaktır. Örneğin, 100 birim asıl borç için 90 birim kısmen ifada bulunulmuş ve taraflar arasında 120 birim ceza koşulu kararlaştırılmış olsun. Görüşümüze göre alacaklı, ifa edilmeyen 10 birim için % 10 hesabıyla, 12 birim daha ceza koşulu talep edebileceken; iade veya mahsup görüşüne göre ifa edilen 90 birim yanında borçludan ilaveten 30 birim daha talep edilebilecektir. Bu durum, alacaklının lehine gibi gözükse de, ceza koşulu miktarının asıl edimin değerinden düşük olduğu durumlarda alacaklı aleyhine olmaktadır. Örnekteki ceza koşulu 90 birim olsa, alacaklı artık borçludan bir şey isteyemeyecek, bu sonuç, kısmen ihlal edilen sözleşmede ceza koşulunun işlevselliğini yitirmesine sebep olacaktır. Hâlbuki görüşümüz doğrultusunda % 10 hesabıyla alacaklı borçludan 9 birim ceza koşulu talep edebilecektir.

Bununla birlikte, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesinde, kabul edilen kısım alacaklı açısından bir yarar sağlamıyorsa veya ifa edilmeyen kısım olmaksızın alacaklı sözleşmeyi yapmayacak idiyse⁶⁹⁸, işte bu durumda iade veya mahsup görüşüne üstünlük tanınarak, alacaklının ceza koşulunun tamamını talep edebilmesi mümkün olmalıdır.

Alacaklı ceza koşulunun ifasını istemiş ancak borçlu bunu ifaya yanaşmamışsa ve ceza koşulu da bir miktar paradan ibaretse, borçlu Kanun'a göre (TBK m. 120) temerrüt faizi de ödemekle yükümlü olacaktır⁶⁹⁹. Yargıtay, eski tarihli bir kararında ceza koşuluna faiz yürütülemeyeceğini kabul etmişken⁷⁰⁰, daha sonraki kararlarında içtihat değişikliğine giderek bunu kabul etmiştir. Ancak bu kararlarda temerrüt faizinin başlangıç tarihi konusunda tutarlı bir yol izlenmediği anlaşılmaktadır: bazı kararlarda ceza koşuluna temerrüt tarihinden değil, dava tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilebileceği kabul edilmişken⁷⁰¹, bazı kararlarında ise, ceza koşuluna temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilebileceği kabul edilmiştir⁷⁰².

⁶⁹⁷ Bilge, s. 102; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 111; Gökçeoğlu, s. 53.

⁶⁹⁸ Kısmi temerrütte benzer yönde bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1151.

⁶⁹⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 112; Kudat, ss. 30-31; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1398.

⁷⁰⁰ Yarg. 4. HD., T. 20.12.1930, E. 342, K. 287, (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 112).

⁷⁰¹ Yarg. 4. HD., T. 03.01.1958, E. 1097, K. 438, (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 112); Yarg. 9. HD., T. 19.1.1998, E. 1997/19625, K. 1998/166, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:25.12.2018).

⁷⁰² Yarg. 18. HD., T. 14.2.2006, E. 2005/10472, K. 2006/949; Yarg. 15. HD., T. 18.4.2002, E. 2002/1155, K. 2002/1966, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

B. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Hükümleri

1. İfa ve Ceza Koşulunun Birlikte İstenebilmesi

İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel olmasıyla birlikte alacaklı, asıl borcun ifasını ve ceza koşulunun ifasını birlikte isteyebilir⁷⁰³.

İfaya eklenen ceza koşulu da, seçimlik ceza koşulu türünde olduğu gibi, alacaklının kanundan doğan diğer haklarıyla etkileşim içindedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdü örneğinde, alacaklının sözleşmeden dönmesi ihtimalinde, asıl borç ilişkisinin bağlı olduğu bütün hak ve borçlarla birlikte geriye etkili olarak sona ermesi sebebiyle⁷⁰⁴, ceza koşulunu talep etmesi mümkün olmaz⁷⁰⁵. Ancak, sözleşmeden dönülmesi halinde dahi ceza koşulunun istenebileceğinin taraflarca kararlaştırılabilmesi mümkündür⁷⁰⁶. Elbette dönmenin etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen diğer görüşler çerçevesinde farklı bir sonuca varılabilecektir⁷⁰⁷. Şöyle ki, dönmenin etkisinin geçmişe etkili olmadığı yönündeki görüş kabul edilirse, dönmeye rağmen ceza koşulunu talep edebilmek

⁷⁰³ Yargıtay'ın satış vaadi sözleşmesindeki ifaya eklenen ceza koşulunda, bunun ifaya zorlayıcı nitelikte olması gerekçe gösterilerek, tescil yanında ayrıca ceza koşulunun tahsiline karar verilemeyeceği yönünde hatalı bir kararı için bkz. Yarg. 14. HD., T. 28.9.1993, E. 1992/10778, K. 1993/7097, (Günay, Cezai Şart, s. 108, dn. 340).

⁷⁰⁴ Borçlunun temerrüde düşmesi halinde, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ereceğine ilişkin bkz. von Tuhr ve Escher, s. 155; Oğuzman ve Öz, 1. Cilt, s. 449; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 794-795; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 134; Öz, Eser, s. 39 vd.; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öktem Çevik, ss. 100-101.

⁷⁰⁵ Westermann, § 339, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Kılıçoğlu, Borçlar, ss. 794-795; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öz, Eser, ss. 295-296; Buz, Sözleşmeden Dönme, ss. 160-161; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1390; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 730; Öktem Çevik, ss. 100-101; Gökyayla, ss. 59-60, 62; Olgaç, s. 20; Yarg. 13. HD., T. 18.2.1981, E. 1981/240, K. 1981/1080, (Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1391); Yarg. 15. HD., T. 15.2.1988, E. 1987/1994, K. 1988/569; Yarg. 15. HD., T. 4.3.1981, E. 1981/414, K. 1981/447, (Uçar, s. 74); Yarg. 15. HD., T. 14.02.1996, E. 1996/463, K. 1996/821, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 30.06.2017). Sözleşmeden dönme halinde ceza koşulunun varlığını sürdüreceği yönünde aksi görüş için bkz. Becker, m. 160, kn. 12; Pellanda, HandK., Vorb. m. 160-163, kn. 10.

⁷⁰⁶ Öz, Eser, ss. 296-297; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Gökyayla, s. 63; Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 668-669.

⁷⁰⁷ Nitekim Serozan'a göre, sözleşmeden dönme geçmişe etkili değildir; sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaz, onu sadece bir akdi çözülme ilişkisine dönüştürür. Bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd. Eren'e göre de dönmenin geçmişe etkili sonucu, sözleşmeyi ortadan kaldırması bakımından değildir, sözleşmenin içeriğinin geçmişe etkili olarak değişmesi bakımındandır. Dönme beyanı üzerine sözleşme ortadan kalkmaz, değişen içeriğiyle, ilk edimler yerine tarafların birbirlerine daha önce aldıklarını geri verme borcuyla varlığını sürdürür. Bkz. Eren, Genel Hükümler, ss. 1144-1146.

mümkün olacaktır⁷⁰⁸. Sözleşmenin feshi halinde ise, fesih zamanına kadar sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için, bu ana kadar gerçekleşen ihlale dayanarak ceza koşulu talep edilebilir⁷⁰⁹. Yargıtay bir kararında isabetsiz bir şekilde, ceza koşulunun sözleşmenin feshinden önce muaccel olup olmadığına bakmaksızın, sözleşmenin feshi durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceğini; ancak tarafların anlaşmasıyla aksinin kabul edilebileceğini ifade etmiştir⁷¹⁰. Asıl borcun ihlali, fesih bildiriminden sonra ortaya çıkmışsa, ceza koşulunun talep edilmesi mümkün olmaz⁷¹¹. Ancak bunun da aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür⁷¹².

Özetle, alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için, iradesini ifayı istediği yönünde belirtmesi yani aynen ifa talebinde bulunması gerekir⁷¹³. Ceza koşulunun alacaklının kanundan doğan diğer haklarıyla etkileşimi şu şekilde de gerçekleşmektedir: Asıl borcun yanında ceza koşulunun talebini isteyen alacaklının, asıl borcun kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesi sebebiyle kanundan doğan haklarını da talep edebilmesi (örneğin temerrüt faizi gibi), Kanun'un özel düzenlemesi sebebiyle (TBK m. 180/II) ancak ceza koşulunu aşan zarar ölçüsünde mümkün olabilecektir. Etkileşime örnek başka bir durum ise, asıl borcun borçluya yüklenebilen bir sebepten dolayı imkânsız hale gelmesidir. Bu durumda, ceza koşulu da muaccel ise, alacaklı, hem ceza koşulunu hem de asıl borcun imkânsız hale gelmesi yüzünden uğradığı zararların tazminini talep edebilir⁷¹⁴.

Zaman yönünden borcun ihlaline dayalı olarak kararlaştırılmış ifaya eklenen ceza koşulu miktarının gecikme süresine bağlı olarak belirlenmesi halinde, taraflar ceza koşulunun istenebileceği zamana ilişkin azami bir sınır da belirlememişlerse,

⁷⁰⁸ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 565.

⁷⁰⁹ Westermann, § 339, kn. 3; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 525-526; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 281; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Gökyayla, s. 62; Yarg. 15. HD., T. 4.4.2011, E. 2010/7438, K. 2011/2040, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:1.10.2018).

⁷¹⁰ Yarg. 15. HD., T. 13.11.2017, E. 2016/1632, K. 2017/3919; Yarg. 15. HD., T. 29.12.2005, E. 2004/6307, K. 2005/7170, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:25.12.2018).

⁷¹¹ Westermann, § 339, kn. 3; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, ss. 525-526; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 281.

⁷¹² Gökyayla, s. 63.

⁷¹³ "...Taraflar arasındaki tarihsiz sözleşmede inşaatın 7 ayın sonunda biteceği, bu tarihte bitmediği takdirde müteahhit tarafından her geçen gün için 2.000 lira ödeyeceği yazılıdır. Bu hüküm BK.nun 158/2. maddesinde yer alan ifaya eklenen ceza niteliğindedir. Dava dilekçesinde ayrıca eksik iş tutarının ödetilmesi dava edildiğine göre davacı olayda BK.nun 106. maddesinde belirtilen seçimlik haklardan aktin ifası doğrultusunda olmak üzere iradesini kullanmış olduğundan, yukarıda sözü edilen aktin ifasına bağlı cezanın da tahsilini talep edebilir. ...", Yarg. 15. HD., T. 05.10.1987, E. 1987/892, K. 1987/3421, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 30.06.2017).

⁷¹⁴ Koller, Konventionalstrafe, kn. 64.

alacaklının hareketsiz kalarak ceza koşulunun artmasına sebebiyet vermesi durumunda, ceza koşulunun nasıl hesaplanacağı meselesi açıklığa kavuşturulmalıdır. Uygulamada Yargıtay'ın konuyla ilgili yakın tarihe kadar vermiş olduğu kararlar arasında bir uyumun bulunmadığı gözlemlenmektedir. Şöyle ki, eski tarihli kararlarında, inşaat sözleşmeleriyle ilgili olarak alacaklının ceza koşulu talebini dürüstlük kuralına aykırı görerek sınırlandırmış; bu sınırlandırma bazı kararlarda “sözleşmeden dönmesi veya ifa yerine müsbet zararın tazmini için ilk uygun zaman”⁷¹⁵, bazı kararlarda ise “borcun ödeneceği kanısı ile davacının beklemesi lazım gelen normal ve makul süre”⁷¹⁶ şeklinde ifade edilmişti. Ancak Yargıtay, 1991 yılında görüş değişikliğine giderek, bu düşüncenin aksine; borçlu temerrüdünde alacaklının seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanılmasının onun yasal hakkı olup kınanacak bir davranış olarak kabul edilemeyeceği, yasaya uygun davranışının alacaklının ortak kusuru olarak değerlendirilip tazminatın indirilemeyeceği, borçlunun gecikme süresinin tamamını kapsayan şekilde bir ceza koşulunu taahhüt etmesi sebebiyle, alacaklının bu süre kapsamında ceza koşulu talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağı gerekçeleriyle ceza koşulunun eksiksiz hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştı⁷¹⁷. Bununla birlikte Yargıtay'ın, bu görüş değişikliğinden sonra da tutarlı olmayacak şekilde; bazı kararlarında bu görüşe uygun⁷¹⁸, bazı kararlarında ise bundan farklı sonuca vardığı görülmektedir. Farklı

⁷¹⁵ Yargıtay'ın iş sahibinin, ilk uygun zamanda sözleşmeden dönmemesi ya da ifa yerine müsbet zararının tazminini istememesinin, Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi (818 sayılı BK m. 44) uyarınca ortak kusuru oluşturduğuna kanaat getirmişti. Dolayısıyla, Yargıtay'a göre, iş sahibinin dürüstlük kuralı gereği en geç ne zaman sözleşmeden dönmesi gerekiyorsa, o zamandan sonrası için ceza koşulu talebinde bulunması mümkün olmayacaktı. Bkz. Yarg. 15. HD., T. 13.11.1974, E. 1750, K. 1714; Yarg. 15. HD., T. 9.2.1977, E. 2903, K. 271; Yarg. 15. HD., T. 29.06.1988, E. 1988/4232, K. 1988/2458, (Karahasan, Borçlar Hukuku, ss. 1418-1420). Yargıtay'ın bu kararlarına yönelik; asıl borcu ifa edeceği yönünde umut veren, işi uzattıkça uzatan kusurlu yükleniciyi gözetmenin ve iş sahibinin dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeden dönmesi ya da ifayı istememesi gereken zaman diye farazi bir tarihten söz etmenin, hak ve adalet düşüncesiyle bağdaşmadığı yönünde bkz. Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 74 vd.; Öz, Eser, ss. 180-181, dn. 132; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1431; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 274; Dirican, s. 97.

⁷¹⁶ “...borcun ödeneceği kanısı ile davacının beklemesi lazım gelen normal ve makul süre mahkemece tayin olunarak...”, Yarg. 15. HD., T.7.10.1977, E. 1977/1234, K. 1977/1830, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

⁷¹⁷ YHGK., T. 9.10.1991, E. 1991/15-340, K. 1991/467; Yarg. 15. HD., T. 12.03.1992, E. 1991/4239, K. 1992/1246; Yarg. 13. HD., T. 15.6.1995, E. 1995/5604, K. 1995/5908; Yarg. 13. HD., T. 3.7.1995, E. 1995/6285, K. 1995/6630; YHGK, T. 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

⁷¹⁸ Yarg. 15. HD., T. 12.03.1992, E. 1991/4239, K. 1992/1246; YHGK, T. 26.3.1997, E. 1997/13-11, K. 1997/240; (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

sonuca varılan kararlarda, ceza koşulunun makul süre kapsamında talep edilebileceği kabul edilmiştir⁷¹⁹. Bundan sonraki yıllarda Yargıtay'ın verdiği kararlarla artık makul süre kabulünün istikrar arz ettiği söylenebilir⁷²⁰.

Doktrinde ise bu meseleye kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından değinen bir görüş, bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, yüklenici inşaatı tamamlayacağını bildirerek iş sahibinde bir beklenti oluşturmuş, buna rağmen inşaatı yarıda bırakıp gitmişse; iş sahibi (arsa sahibi), en geç inşaatın bitirilmesi için geçen süre kadar ceza koşulu talep edebilir. Yüklenici, inşaatı elini çekmemiş ancak zamanında da inşaatı teslim etmemişse; arsa sahibinin geçen süre zarfında ceza koşulu hakkı işlemeye devam edecektir. Her iki durumda da arsa sahibinin ifadan vazgeçmesini beklemek, aksi takdirde ceza koşulu miktarının artmasında ortak kusurlu olacağını kabul etmek mümkün değildir⁷²¹. Yine aynı sözleşme bakımından başka bir görüş ise, ceza koşulunun, arsa sahibinin işi kabulden kaçınmayacağı zamana kadar işlemeye devam edeceğini ileri sürmüştür. Arsa sahibinin kaçınmayacağı zamana örnek, önemsiz bazı eksikliklere rağmen inşaatın ona teslim edilmek istendiği andır. Bu durumda arsa sahibi, önemsiz eksikliklerin tamamlanmasını bekleyerek, aradan geçen zaman süresince ceza koşulunun işleyeceğini ileri sürememelidir⁷²². Bu konuya tamamen farklı bir bakış açısıyla yaklaşan bir görüşe göre ise, iş sahibinin bu tutumu, ceza koşulunun indirilmesine yol açan bir gerekçe olarak değerlendirilmeli ve bu sorun aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili hükme (TBK m. 182/III) göre çözüme bağlanmalıdır⁷²³.

Kanaatimizce, somut olaya göre, tarafların takındıkları tutum da değerlendirilerek bir sonuca varılması uygun olacaktır. Bu konuda dürüstlük kuralı çerçevesinde, borçlunun alacaklıda ifanın yerine getirileceği yönünde haklı bir beklenti oluşturması söz konusuysa, aradan geçen zaman süresi için ceza koşulunun talep edilmesinde bir sakınca görmemek gerekir. Buna karşın, borçlunun ifayı

⁷¹⁹ Yarg. 15. HD., T. 6.6.1994, E. 1993/5161, K. 1994/3638, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

⁷²⁰ Yarg. 15. HD., T. 2.11.1998, E. 1998/2740, K. 1998/4008; Yarg. 15. HD., T. 15.6.2002, E. 2002/1001, K. 2002/3285; Yarg. 15. HD., T. 28.3.2013, E. 2012/2052, K. 2013/1381, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:13.2.2019).

⁷²¹ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 94; Usta, s. 130.

⁷²² Seliçi, s. 76; Usta, s. 130. Yargıtay'ın da benzer görüşte kararı vardır. Bkz. Yarg. 15. HD., T. 16.6.1977, E. 1977/578, K. 1977/1366, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018).

⁷²³ Dirican, s. 98.

tamamen veya kısmen yerine getirmeyeceği anlaşılınca kadar ceza koşulunu işletmekte alacaklının beklentisine üstünlük tanınması gerekir. İfanın yerine getirilmeyeceği, borçlunun hal ve davranışlarından anlaşıldığında, bu süreye ifanın yerine getirilmesi için gerekli olan süre de (mesela eksikliğin tamamlanması için gereken süre veya ayıbın giderilmesi için gereken süre) eklenerek bir hesaplama yapılması uygun olacaktır.

2. İhtirazi Kayıt İleri Sürme Külfeti

Alacaklının, asıl borç yanında ceza koşulunu da elde edebilmesi için, asıl borcun kabulü sırasında, borçlunun ceza koşulunu ifaya yanaşmadığı durumlarda, ceza koşuluna yönelik alacağını saklı tutması da gerekir (TBK m. 179/II). Saklı tutma ihtirazi kayıt anlamına gelir. Böyle bir kaydı ileri sürme gerekliliği, alacaklıya getirilmiş olan külfet niteliğinde bir davranıştır. Nitekim alacaklı böyle bir davranışta bulunmazsa, sahip olduğu ceza koşulunu talep etme hakkını kaybetmektedir⁷²⁴. Ancak doktrinde bir görüş, ihtirazi kayıt ileri sürme imkânını, yenilik doğuran bir hakkın ileri sürülmesi olarak nitelendirmiştir⁷²⁵. Kanaatimizce ihtiraz kaydın ileri sürülmesi, bir hakkın doğumu, değiştirilmesi veya kaybı yönünde bir sonuç doğurmayacağından bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca ifade edilmeli ki, ihtirazi kaydın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, bu beyanın borçluya varmasını gerektirir. Bu beyan, bizzat alacaklı tarafından ileri sürülebileceği gibi onun yetkili temsilcisi vasıtasıyla da ileri sürülebilir⁷²⁶.

İhtirazi kaydın ileri sürülmesi açık şekilde olmalıdır⁷²⁷ ve herhangi bir şekil zorunluğuna tabi değildir⁷²⁸. Açık şekilde ileri sürme açısından, ihtirazi kayıt anlamına gelebilen kelimelerin veya davranışların bulunması yeterlidir, yeter ki alacaklının bu

⁷²⁴ Koller, Konventionalstrafe, kn. 173; Ozanoğlu, s. 50, dn. 143.

⁷²⁵ von Tuhr ve Escher, s. 282, dn. 42; Schoch, s. 47; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 294.

⁷²⁶ von Tuhr ve Escher, s. 282; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116; Bentele, s. 105; Halil Yılmaz, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 74.

⁷²⁷ Becker, m. 160, kn. 31; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116.

⁷²⁸ Gauch, kn. 700; Koller, Konventionalstrafe, kn. 172; Yılmaz, s. 119; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799. Devlet ve Kamu İhalelerine tabi işlerde Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi bu konuda şekil koşulları getirmiştir. Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799.

niyeti borçlu tarafından şüphe oluşturmayacak şekilde anlaşılabilsin⁷²⁹. İhtirazi kaydın ceza koşuluna yönelik ileri sürüldüğü konusu da tereddüte sebep olmamalıdır. Örneğin, alacaklının kanundan doğan başka bir hakkına ilişkin ileri sürüldüğü ihtirazi kayıt, ceza koşulu için de sonuç doğurmaz⁷³⁰. Ayrıca ceza koşulunun teminat altına aldığı asıl borcun ifası sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmelidir. Başka bir borcun ifası sırasında yapılmış bir ihtirazi kayıt, söz konusu ceza koşulu için sonuç doğurmaz⁷³¹.

İhtirazi kaydın ileri sürülme zamanı, kural olarak, en geç ifanın kabulü sırasında⁷³². Doktrinde inşaat sözleşmeleri bakımından, teslim olgusunun, inşaatın tamamlanmasının bildirilmesi şeklinde gerçekleşmesi sebebiyle, yüklenicinin inşaatı bitirmiş olduğunu bildirdiği anda, iş sahibinin gecikmeksizin derhal ceza koşulu talebini saklı tuttuğunu bildirmesi gerektiği, aksi takdirde bu talebinin sona ereceği ifade edilmiştir⁷³³. İsviçre Hukuku bakımından, tarafların SIA-Norm 118'i üstlenmiş olmaları halinde, tamamlanmanın bildirilmesinin, teslim anlamında olmayacağı; sadece teslimi kapsayacağı, hatta bu durumda, teslimin, inşaatın taraflarca ortaklaşa incelenmesi ve bir teslim alma protokolünün imzalanmasıyla gerçekleşeceği, dolayısıyla, böyle bir durumda, ihtirazi kaydın teslim süresi boyunca yapılabilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir⁷³⁴.

Alacaklının ifanın kabulünden önce açıklamış olduğu ihtirazi kayıt beyanı da ifa esnasında farklı bir açıklama olmadıkça, geçerliliğini koruyacaktır⁷³⁵. Alman Yüksek Mahkemesi, alacaklının önceden açıklamış olduğu ihtirazi kayıt beyanının ifanın kabulü sırasında devam etmesini hükümsüz saymış; hatta ifanın kabulünden önce ceza koşulunun ödenmesi davası açılmış olsa da ifanın kabulü sırasında ceza

⁷²⁹ Gauch, kn. 700; Koller, Konventionalstrafe, kn. 171 vd.; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116.

⁷³⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 116-117; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 295.

⁷³¹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 117.

⁷³² Becker, m. 160, kn. 31; von Tuhr ve Escher, s. 282; Gauch, kn. 700; Koller, Konventionalstrafe, kn. 189; Koller, Verspätungsstrafe, s. 1519; Bentele, s. 105; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 118; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 530; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 351; Öktem Çevik, s. 105; S. Ayan, İnşaat, s. 202. Bazı durumlarda, asıl borcun ifasının kabul edilmesinden hemen sonra da vakit geçirmeksizin yapılması kaydıyla, alacaklının ceza koşulunu talep hakkını saklı tuttuğunu beyan edebileceği yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 31; von Tuhr ve Escher, s. 282; Bentele, s. 105; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 986.

⁷³³ Gauch, kn. 700-701; S. Ayan, İnşaat, s. 202.

⁷³⁴ Koller, Verspätungsstrafe, s. 1519.

⁷³⁵ Kaduk, StauK., § 341, kn. 40-41; Koller, Verspätungsstrafe, s. 1519; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 118. Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 15. HD., T. 18.1.2007, E. 2006/2810, K. 2007/162, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

koşuluna ilişkin talep hakkının saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir⁷³⁶. Kanaatimizce bu kararlar yerinde değildir. Alacaklının borcun ifa edilmesine rağmen, ifadan önce açmış olduğu ceza koşulunun ödenmesine yönelik davaya devam etmesi, ceza koşulunu da talep ettiğini; bu hakkını açıkça saklı tuttuğunu gösterir; bu hususta daha fazla şekilci bir yaklaşım doğru olmaz⁷³⁷.

İhtirazi kaydın ileri sürüleceği kişi borçlu olabileceği gibi onun ifa yardımcısı da olabilir. Doktrinde ifa yardımcısının böyle bir ihtirazi kayda muhatap olabilmesi için bu konuda özel bir yetkiye sahip olması gerektiği ileri sürülmüşse de⁷³⁸, kanaatimizce önemli olan alacaklının ihtirazi kayıta bulunmasıdır. Ona ayrıca, ifa yardımcısının özel yetkiye sahip olup olmadığı konusunda bir araştırma külfeti getirmek uygun olmaz⁷³⁹.

İfa, alacaklının, şahsen bulunmadığı sırada, ceza koşulunun varlığına ilişkin bilgisi olmayan bir yardımcısına ya da ihtirazi kayıt ileri sürmek konusunda yetkiye sahip olmayan bir temsilcisine yapılmışsa, ifanın kabulünden sonra da ihtirazi kaydın ileri sürülmesi mümkün olmalıdır⁷⁴⁰. Bunun gibi istisnai haller dışında, ifanın kabul edilmesinden sonra ileri sürülecek ihtirazi kaydın etkisi yoktur. Federal Mahkeme, bir kararında ihtirazi kaydın ileri sürülmemesine rağmen ceza koşulu talebinin mümkün olabileceğini belirtmiştir. Karara konu olan olayda, borcun geç ifasına yönelik kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunun, ifa edilen edimin ayıplı ve bu ayıbın gizli ayıp olduğu durumda, alacaklının bu ayıbı anladığı sırada da ceza koşulunu isteyebileceği sonucuna varılmıştı⁷⁴¹. Ancak, Federal Mahkemenin kabulü, ihtirazi kaydın sonradan ileri sürülebileceği yönünde bir istisna hali oluşturmaz. Karardan açık bir şekilde anlaşılamamakla birlikte, geç ifaya rağmen ihtirazi kaydın ileri sürülmemesiyle ortadan kalkan ceza koşulunun istenebilmesinin, böyle bir anlaşma

⁷³⁶ Bu kararlar için bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 41.

⁷³⁷ Kaduk, StauK., § 341, kn. 41; Westermann, § 341, kn. 3; Bentele, s. 105; Gauch, kn. 705; von Tuhr ve Escher, s. 282; Koller, Konventionalstrafe, kn. 189 ve 200 vd.; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 118.

⁷³⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 117.

⁷³⁹ Aynı yönde bkz. Koller, Konventionalstrafe, kn. 182; Becker, m. 160, kn. 31.

⁷⁴⁰ Becker, m. 160, kn. 31; von Tuhr ve Escher, s. 282; Koller, Konventionalstrafe, kn. 199; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 117-118; S. Ayan, İnşaat, ss. 202-203. Yardımcı veya temsilcinin değil de alacaklının ceza koşulundan haberi olmadığı durumlarda ise alacaklının ifa anında ihtirazi kaydı ileri sürmesi gerektiği yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 118-119.

⁷⁴¹ BGE 87 II 350, (Kocaağa, Cezai Şart, s. 202). Alman Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Westermann, § 341, kn. 5.

yokken; taraf iradelerine aykırı düşecek şekilde, gereği gibi ifa etmeme şeklinde başka bir ihlal durumuna genişletilmesi yerinde değildir.

İfanın kısım kısım yapılacağına ilişkin bir anlaşmanın varlığı halinde, alacaklı, ifanın bir kısmını teslim aldığı sırada, ceza koşuluna ilişkin ihtirazi kaydı ileri sürmezse, sadece bu kısmın karşılığı olan ceza koşulu ortadan kalkar; ifa edilmeyen kısımlar bakımından ihtirazi kayıt ileri sürme külfeti devam eder⁷⁴².

Alacaklının ayıplı veya eksik olarak teklif edilen ifayı, bu sebeple reddetmesi halinde, ortada bir kabul olmadığı için ihtirazi kaydın ileri sürülmesi gerekli olmadığı gibi, bu durum, ceza koşulunun muacceliyetine ve böylece talep edilmesine de engel değildir⁷⁴³. Buna karşılık, sözleşmeye uygun olan ifanın alacaklının tarafından reddedilmesi ve böylece alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi ihtimalinde, doktrinde, alacaklının en geç edim konusunun tevdi edildiğinin kendisine bildirildiği ana kadar, ceza koşuluna ilişkin talep hakkının saklı olduğunu ileri sürebilmesi gerektiği ifade edilmişse de⁷⁴⁴, bu durumda, borcun borçlu tarafından ihlal edildiğinden; dolayısıyla ceza koşulunun muaccel olduğundan söz etmek mümkün olmadığı için, ihtirazi kaydın ileri sürülebileceği anın tartışılmasına da gerek yoktur.

İhtirazi kaydın ileri sürülüp sürülmediğini uyuşmazlık halinde hâkim kendiliğinden dikkate alır⁷⁴⁵; bu konudaki ispat yükü alacaklıdadır⁷⁴⁶.

Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmeden asıl borcun ifasını kabul etmiş olursa, artık ceza koşulunun istenmesi mümkün değildir. Kanun, ihtirazi kayıt ileri sürmeme ihtimali açısından, burada aksi ispat edilemeyen kanuni bir varsayım (fiksiyon) getirmiştir⁷⁴⁷. Kanunî varsayımlar (fiksiyon) kesin karinelere benzer. Kesin karineler

⁷⁴² Kaduk, StauK., § 341, kn. 46; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 118; S. Ayan, İnşaat, s. 202.

⁷⁴³ Koller, Konventionalstrafe, kn. 197; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 119; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 297.

⁷⁴⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 119; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 297-298.

⁷⁴⁵ Reisoğlu, s. 457; Yarg. 15. HD., T. 14.4.1975, E. 1975/493, K. 1975/2079; Yarg. 15. HD, T. 26.01.1981, E. 1981/29, K. 1981/113; Yarg. 13. HD, T. 21.01.1988, E. 1987/6836, K. 1988/188, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁷⁴⁶ Benzer yönde bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 45; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 119; Koller, Konventionalstrafe, kn. 183 vd.; Bentele, s. 106.

⁷⁴⁷ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 530, dn. 427; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 287. Kanuni kesin karine olduğu yönünde bkz. Keller ve Schöbi, ss. 94-95; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3807; Fröhlich-Bleuler, ss. 277-278, kn. 1070; BGE 97 II 350, Er. 2a, s. 352, (relevancy.bger.ch, E.T.: 01.08.2018); Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799; Arif Kocaman, “BK m.158/II c. 2 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 İle Bertaraf Edilip Edilmeyeceği Hususu”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 571; Yarg. 15. HD., T. 8.5.2017, E. 2016/373, K. 2017/1947, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.:

ve kanuni varsayımlar, aksi ispat edilememe yönünden aynı sonuca tabidirler. Ancak kanunî varsayımlarda belli bir olaya kanun sonuç bağladığı halde; kesin (kanunî) karinelerde, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, başka bir olumlu veya olumsuz olayın veya durumun varlığı veya yokluğu sonucu çıkarılır. Hem kanuni varsayımda hem de kesin karinelerde, buna dayanan kimse ispat yükünden kurtulur⁷⁴⁸. Kanaatimizce burada, teorik açıdan kanuni varsayımın varlığını kabul etmek doğru olacaktır.

Ceza koşulunda Kanun, alacaklının, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin ifayı kabul etmesine, ceza koşulundan vazgeçmiş sayılma şeklinde bir sonuç bağlamıştır⁷⁴⁹. Görüldüğü üzere, alacaklının ihtirazi kayıt ileri sürmeyerek örtülü bir şekilde ceza koşulundan vazgeçtiği sayılmıştır. Alacaklının ifayı kabul etmesiyle ceza koşulundan vazgeçmiş sayılmasının sonucu, ceza koşulunun Kanun hükmü gereğince sona ermesidir⁷⁵⁰. Doktrinde bir görüş, ihtirazi kayıt ileri sürmemenin ceza koşulunu ortadan kaldırmasını, Kanun'un bağlı hakların sona ermesiyle ilgili hükmünü (TBK m. 131/I) gerekçe olarak görmektedir. Bu görüş, ihtirazi kayıtla ceza koşulunu saklı tutmayı, bağlı hakların sona ermesiyle ilgili hükmün bir istisnası niteliğinde kabul ederek, ihtirazi kayıt sayesinde, asıl borcun ifayla sona ermesi sebebiyle aynı sonuca tabi olması gereken ceza koşulunun varlığını koruyacağını ifade etmektedir⁷⁵¹. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bize göre ceza koşulunun ihtirazi kayıt sayesinde sona ermemesinin gerekçesi, ceza koşulunun fer'iliğine bir istisna teşkil etmez. Nitekim muaccel olmakla ceza koşulu asıl borçtan bağımsız hale gelmiş olur. İhtirazi kayıt ileri sürmeksizin asıl borcu kabul eden alacaklının ceza koşulunu talep edememesinin

25.12.2018). Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 23; Grüneberg, Palandt, § 341, kn. 4; Gottwald, MünK., § 341, kn. 5 vd.; Zanner, s. 60. Aksi ispat edilebilen adi karine olduğu yönünde bkz. Wuffli, OFK, m. 160, kn. 17. Önceki İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemede de adi karine olduğu yönünde bkz. Becker, m. 160, kn. 31.

⁷⁴⁸ Edis, ss. 375-376; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s. 198; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, İstanbul, 2012, ss. 333-336. Aralarındaki sıkı benzerlik sebebiyle doktrinde bazı yazarlar kanuni varsayım yerine kesin karine deyimini de kullanmaktadırlar. Bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s. 198; Oğuzman ve Barlas, s. 333; Edis, s. 376, dn. 55.

⁷⁴⁹ Oser ve Schönerberger, s. 704, kn. 3; Becker, m. 160, kn. 31; von Tuhr ve Escher, s. 282; Keller ve Schöbi, ss. 94-95; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3807; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 115; Eren, Genel Hükümler, ss. 1209-1210; BGE 97 II 350, (relevancy.bger.ch, E.T.:12.06.2018); Yarg. 15. HD, T. 02.02.2009, E. 2008/522, K. 2009/526; YHGK, T. 27.9.2006, E. 2006/15-545, K. 2006/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁷⁵⁰ Berger, kn. 1791; BGE 97 II 352, Er. 2a, (Krauskopf, m. 160, kn. 5); Tunçomağ, Cezai Şart, s. 114; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 286.

⁷⁵¹ Kocaman, ss. 568, 569-570.

gerekçesi de ilgili Kanun hükmüdür. Bu sebeple burada, fer’ilik özelliği artık etkisini gösteremeyeceğinden bir gerekçe olamaz. Nitekim doktrinde bir görüş de, ceza koşulunun sona ermesi bakımından asıl borca bağlılığının ceza koşulunun muaccel olduğu ana kadar devam edeceğini; ceza koşulunun muaccel olmasından sonra asıl borcun sona ermesi durumunda ceza koşulunun ortadan kalkmayacağını ifade etmiştir⁷⁵².

Alacaklının ifayı kabul etmesiyle ceza koşulundan vazgeçmiş sayılmasının sonucunda, ceza koşulunun Kanun hükmü gereğince sona ermesi halinde, asıl borcun ifasıyla yetinmek zorunda kalan alacaklı, ceza koşulunu talep edemese de borcun ihlalden doğan zararların tazminini isteyebilir⁷⁵³. Ayrıca taraflar, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olsa bile bunun vazgeçme olarak değerlendirilmeyeceğini, açıkça vazgeçmenin aranacağını kararlaştırabilirler. Nitekim Yargıtay, bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir:

*“...Ne var ki yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 33. maddesinde "feragat eden tarafın yetkilileri tarafından imzalanmış yazılı bir feragatname diğer tarafa verilmedikçe taraflardan hiçbirisi 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 sarıh 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 varılamaz.”*⁷⁵⁴.

Alacaklının ihtirazi kaydı ileri sürmeyerek ceza koşulundan örtülü olarak vazgeçmiş sayılabilmesi için, öncesinde ceza koşulunun muacceliyet kazanmış olması gerekecektir. Şöyle ki, ifa sözleşmede kararlaştırılan şekilde ihlal edildikten sonra ceza koşulu muaccel olabileceği için ancak bundan sonra örtülü vazgeçme söz konusu

⁷⁵² Bilge, s. 74. Nitekim fer’ilik özelliğini gerekçe kabul eden görüş de, daha sonraki açıklamalarında, ihtirazi kayıt ileri sürülmeden ifanın kabul edilmesiyle, ceza koşulunu isteme hakkının Kanun gereği düşeceğini ifade etmiştir. Bkz. Kocaman, ss. 571-572.

⁷⁵³ Becker, m. 160, kn. 32; Berger, kn. 1791; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3807; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 42, 43; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 17; Bilge, s. 105; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 301.

⁷⁵⁴ Yarg. 15. HD., T. 12.4.2010, E. 2009/7003, K. 2010/2104;. Bu yönde başka bir kararı için bkz. Yarg. 15. HD., T. 30.11.2006, E. 2005/5717, K. 2006/7007, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 18.10.2017). Bu ikinci kararı, Yargıtay’ın “teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi halinde ceza koşulunun düşeceği” içtihadından ayrılmış olduğu şeklinde eleştiren bir görüş bulursa da (bkz. Kocaman, ss. 573-581), bize göre Yargıtay içtihat değişikliğine gitmiş değildir. Taraflar Kanun’daki düzenlemenin aksini kararlaştırmışlarsa, onların bu iradelerine üstünlük tanınması gerekeceğinden, bu kararın yerinde olduğu belirtilmelidir.

olabilecektir. Alacaklının, muacceliyet kazanan ceza koşulunun varlığına rağmen, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin sadece ihlale uğramış olan asıl borcu kabul etmesiyle örtülü vazgeçme artık sonuçlarını doğurmuş olacaktır. Asıl borcu kabul ise, açık veya örtülü olabilir⁷⁵⁵. Ceza koşulunu muaccel kılan nitelikte ihlale uğramış olan asıl borç, bunun dışında başka unsurlar yönünden de borca aykırı şekilde ifa edilmek istendiğinde, alacaklının, ifadaki bu aykırılıkların giderilmesi kaydıyla ifayı kabul etmiş olması açık bir kabule örnek olabilir. Bu örnekte de ceza koşulundan örtülü vazgeçme söz konusudur; çünkü ifadaki aykırılıklara yönelik konulan ihtirazi kaydı, ceza koşulunu da kapsar şekilde değerlendirmek mümkün değildir⁷⁵⁶. Her irade beyanında olduğu gibi, kabul beyanının da, iradeyi sakatlayan hallerden birinin bulunması durumunda iptal edilmesi mümkündür⁷⁵⁷. Böyle bir durumda bir kabul beyanının varlığından bahsedilemeyeceği için, alacaklının ihtirazi kaydı ileri sürme imkânı varlığını koruyacaktır.

3. Alacaklının Ceza Koşulundan Açıkça Vazgeçmesi

Alacaklının asıl borcun ifasıyla birlikte ifaya eklenen ceza koşulunu talep edebileceği hallerde, Kanun'daki ilgili hükme göre (TBK m. 179/II), bu haktan açıkça vazgeçmiş olması durumunda da artık ceza koşulunun istenmesi mümkün değildir. Böyle bir durum, alacaklıyı, asıl borcun ifasıyla yetinmek zorunda bıraksa da, onun borcun ihlalden doğan zararların tazmin edilmesi hakkını engellemeyecektir⁷⁵⁸.

Alacaklının açıkça vazgeçmeye yönelik beyanı, tek taraflı bir hukuki işlemle olur. Bu beyanın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için karşı tarafa varması

⁷⁵⁵ Kaduk, StauK., § 341, kn. 29 vd.; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116.

⁷⁵⁶ Benzer yönde bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116.

⁷⁵⁷ Kaduk, StauK., § 341, kn. 38; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116; Koller, Konventionalstrafe, kn. 176. Alacaklının, kabul sırasında ceza koşulunun varlığına ilişkin bilgisizliğinin saik hatası olduğu ve bu sebeple, kabulün iptali yoluna gidemeyeceği yönünde bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 38; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 116. Alman Medeni Kanunu'nun ilk tasarısında (421'inci paragrafının 3'üncü cümlesinde) alacaklının ceza koşulu hakkında bilgisi olmaması sebebiyle ifanın kabulü sırasında ceza koşuluna ilişkin talep hakkının saklı olduğunu ileri sürememiş olması halinde ceza koşulu talep hakkının saklı kalacağını kabul edildiği, ancak daha sonra, bu durumun sakıncalı sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle tasarıdan çıkarıldığına ilişkin bkz. Kaduk, StauK., § 341, kn. 26; Lindacher, BGB Kommentar, § 341, kn. 9.

⁷⁵⁸ Becker, m. 160, kn. 32; Berger, kn. 1791; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3807; Pellanda, HandK., m. 160, kn. 42, 43; Wuffli, OFK, m. 160, kn. 17; Bilge, s. 105; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 301.

gereklidir. Böylece ceza koşulunu talep edebilme yönündeki hakkın sona ermesine yol açan bu vazgeçme beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hakkın ileri sürülmesi niteliğindedir. İhtirazi kayıt ileri sürmeksizin ifayı kabul etmek şeklindeki örtülü vazgeçme hali bir yana bırakılacak olursa, diğer hallerde, ilgili Kanun hükmünde de belirtildiği gibi, vazgeçmenin mutlaka açık şekilde olması gerekir⁷⁵⁹. Açık şekilde vazgeçme, ceza koşulunun muaccel olmasından önce olabileceği gibi, sonra da olabilir⁷⁶⁰.

Alacaklının ceza koşulundan açıkça vazgeçip vazgeçmediğini uyuşmazlık halinde hâkim kendiliğinden dikkate alır⁷⁶¹; bu konudaki ispat yükü borçludur⁷⁶². İspat konusunda sunulabilecek delil bakımından ceza koşulunun tutarına göre senetle ispat kuralı söz konusu olabilecektir (HMK m. 200). Nitekim alacaklının ceza koşulundan vazgeçmesi, muaccel olmuş ceza koşulu borçlusunun bu borcu nedeniyle ibra edilmesi şeklinde bir hukuki işlem olarak değerlendirilebilecektir.

⁷⁵⁹ Becker, m. 160, kn. 30; Koller, Konventionalstrafe, kn. 92; Schwenger, kn. 71.11; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 114-115; Kocaman, s. 569; Yarg. 15. HD, T. 26.01.1981, E. 1981/29, K. 1981/113, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016); Yarg. 13. HD, T. 21.01.1988, E. 1987/6836, K. 1988/188, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016). Alman Medeni Kanunu'nda (§ 341/3), konuyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Yani ceza koşulunun talep edilebilmesi için, alacaklının açıkça vazgeçmemiş olması bir şart olarak aranmamıştır. Ama doktrinde bunun bir eksiklik olmadığı, zaten burada da vazgeçmenin açık şekilde olması gerektiğinin kesin ve belli olduğu ifa edilmiştir. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 115. Vazgeçmeye yönelik bu hüküm olmasaydı bile vazgeçmenin mümkün olabileceği yönünde bkz. von Tuhr ve Escher, s. 282, dn. 40; Schoch, ss. 43-44.

⁷⁶⁰ Bilge, s. 104; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 284.

⁷⁶¹ Reisoğlu, s. 457; Yarg. 15. HD., T. 14.4.1975, E. 1975/493, K. 1975/2079; Yarg. 15. HD, T. 26.01.1981, E. 1981/29, K. 1981/113; Yarg. 13. HD, T. 21.01.1988, E. 1987/6836, K. 1988/188, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁷⁶² Kılıçoğlu, Borçlar, s. 799; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 284.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİMİ

I. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

A. Aşan Zararın Tazmininin İşlevi ve Uygulama Alanı

Alacaklının, ceza koşuluyla borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı yanında, asıl borcun ihlal edilmesi halinde doğacak zararının ceza koşulu aracılığıyla kolaylıkla elde edilmesi amacının da bulunduğunu çalışmamızın ilk bölümünde belirtmiştik. Alacaklı, sözünü ettiğimiz ikinci amacını karşılayabilecek miktarda ceza koşulunu belirleyebildiyse, zararını ceza koşuluyla kolaylıkla tazmin ettirebilmiş konumunda olacaktır. İşin kolaylığı daha önce de bahsettiğimiz üzere, ceza koşulunun, zararın varlığı ve ispatı gerekmeksizin talep edilebilmesidir. Alacaklı, söz konusu amacını karşılayacak miktarda ceza koşulunu belirleyememiş olabilir. Kaldı ki, çoğunlukla, uğranılması muhtemel zararın önceden bilinebilmesi ve öngörülmesi de zor olduğundan, ceza koşulu miktarı, uğranılan zararı karşılamaktan uzak kalabilecektir. İşte bu sakınca karşısında, alacaklının menfaatinin gözetmek isteyen kanunkoyucu, onun ceza koşulunu aşan zararının tazminiyle ilgili bir düzenlemeyi kabul etmiştir (TBK m. 180/II, İBK m. 161/II)⁷⁶³.

Aşan zararın tazmin edilmesiyle ilgili bu düzenleme yanında aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili düzenleme de birlikte göz önünde tutulduğunda, kanunkoyucunun, taraflar arasındaki menfaat dengesini kurmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Nasıl ki, kanunkoyucu, ceza koşulunun aşırı belirlendiği (çoğunlukla da gerçekleşen zararın çok üstünde bir miktarın söz konusu olduğu) durumlarda, borçluyu koruma düşüncesiyle hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verdiyse, ceza koşulu miktarının gerçekleşen zararın altında kaldığı durumlarda da alacaklıyı koruma düşüncesiyle, ona aşan zararın tazminini talep edebilme imkânını vermiştir.

⁷⁶³ Alman Medeni Kanunu'nda da (§ 340/II) aşan zararın tazminiyle ilgili bir düzenleme bulunmaktadır.

İlk bakışta alacaklı lehine gibi görünen aşan zararın tazminine ilişkin bu düzenleme, borçluyu koruyucu içeriğiyle borçlunun menfaatlerini de gözetmektedir. Şöyle ki alacaklının, ceza koşulu yanında, kanundan doğan diğer haklarını da kullanarak uğramış olduğu zararını ayrıca talep edebilmesi mümkün olmakla birlikte; bu talebi borçlu lehine sınırlandırılmıştır. Sınırlama, sadece, ceza koşulunu aşan miktarı isteyebilmesi şeklindedir. Böylece, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar, ceza koşuluyla tek kalemde değerlendirilmiş ve ceza koşulu yanında onu aşan tutarın talep edilebilmesine de olanak tanınmıştır. Kanunkoyucunun bu düzenlemeyle takındığı tavır, ceza koşulu tutarına kadar tazminat talebinin tek bir talep olarak birleştirilmesiyle, bunların ayrı ayrı talep edilmesini uygun görmemesidir. Bundan başka, borçlunun aşan zarardan sorumluluğu için kanunkoyucu genel hükümlerdeki kusur karinesinden ayrılarak, borçlu lehine olacak şekilde alacaklıya bir ispat yükü de getirmiştir. Alacaklı, aşan zararını tazmin ettirebilmek için borçlunun kusurunu ispat yükü altındadır.

Aşan zararın tazminin bir başka anlamı da şudur: Ceza koşulu miktarına kadar mevcut bir zararı varsa, her ne kadar, teorik olarak, kanundan doğan diğer haklar, ceza koşuluyla uyumlu olarak varlığını sürdürse de, pratikte, bu hakların kullanılamamasıdır. Ancak ceza koşulu miktarını aşan bir zararının varlığı durumunda, teorik olarak sahip olunan haklar pratikte kullanabilecektir.

Aşan zararın tazminine yönelik bu düzenleme, ceza koşulunun her iki türü açısından uygulama alanına sahiptir⁷⁶⁴. Ancak doktrinde bir görüş, ifaya eklenen ceza koşulu bakımından aşkın zarar talebinin fiilen uygulama alanı bulamayacağını; ilgili hükmün sadece seçimlik ceza koşulu bakımından uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir⁷⁶⁵. Kanaatimizce kanunkoyucu ilgili düzenlemede, böyle bir ayırım getirmek isteseydi, bunu açıkça belirteceğinden, hükmün, her iki türdeki ceza koşulunu da kapsadığı sonucuna varılmalıdır.

Bundan başka, ceza koşulunun para veya para dışında bir edim olarak kararlaştırılmış olmasının da bir önemi yoktur⁷⁶⁶. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bizdekiyle benzer hüküm bulunmasına rağmen, Alman Medeni Kanunu, bu hususta

⁷⁶⁴ Schoch, ss. 56-57; Funk, s. 231; O. Berki, s. 295; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 121-122; Feyzioğlu, s. 401; Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 359; Hatemi ve Gökyayla, s. 358; Ekinci, Zarar İlişkisi, s. 101; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 310.

⁷⁶⁵ Kapancı, Sözleşme Cezası, ss. 565-566.

⁷⁶⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 122; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 312.

özel bir düzenleme getirmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 342'nci paragrafına göre, ceza koşulu ediminin konusunun para dışında bir şey olması halinde, alacaklının tazminat talebinde bulunma yolu kapatılmıştır. Ancak Alman doktrininde de, para dışındaki edimlerde, bunların değerinin alacaklının zararını karşılar nitelikte olup olmadığını belirlemenin güçlük taşıyacağı gerekçesiyle, bu hükmün emredici nitelikte olmadığı, dolayısıyla tarafların yapacakları anlaşmayla, bu ihtimalde de aşan zararın tazmininin mümkün kılınabileceği ileri sürülmüştür⁷⁶⁷.

Aşan zararın tazmini hükmünün uygulanmasıyla ilgili olarak; ifaya eklenen ceza koşulu bakımından, alacaklının ceza koşulundan vazgeçmiş olduğu hallerde, bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde bir tereddüte düşüldüğü görülmektedir. Şöyle ki, bir görüş, kanunkoyucunun ifaya eklenen ceza koşuluyla ilgili hükümde (TBK m. 179/II) sadece ceza koşulunun talep edilememesine sonuç bağladığı gerekçesiyle, alacaklının aşan zararın tazmini talebinden de vazgeçmiş sayılmasının kabulünün yerinde olmadığını ifade etmiştir⁷⁶⁸. Bize göre, ceza koşulunun ortadan kalkmasıyla artık aşan zarardan da bahsedilmesi yerinde bir ifade değildir. Gerçekten, aşan zararın tazmini talebiyle ilgili hüküm (TBK m. 180/II) ceza koşulu talebinin varlığı halinde anlam taşır. Ceza koşulu talebinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, ilgili hüküm dikkate alınmadan alacaklının diğer hakları çerçevesinde tüm zararını talep edebilmesi mümkün olacaktır. Benzer şekilde, alacaklının borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden döndüğü bir örnekte, sözleşmenin geriye etkili şekilde ortadan kalkması⁷⁶⁹ sebebiyle ceza koşulunun da ortadan kalkması⁷⁷⁰ sonucunda, yine ilgili hüküm dikkate alınmadan, menfi zararının tamamını talep etmesi böyledir⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Kaduk, StauK., § 342, kn. 7-9.

⁷⁶⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126; Karataş, s. 379.

⁷⁶⁹ von Tuhr ve Escher, s. 155; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 751; Öz, Eser, s. 39 vd.; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 134; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126; Günay, Cezai Şart, s. 167. Aksi Görüş için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, ss. 73 vd., 565; Eren, Genel Hükümler, ss. 1144-1146.

⁷⁷⁰ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 525; Öz, Eser, ss. 295-296; Buz, Sözleşmeden Dönme, ss. 160-161; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126; Karataş, s. 379. Aksi Görüş için bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 565.

⁷⁷¹ Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 302-303; Karataş, s. 379.

B. Aşan Zararın Tazmininin İstenebilmesi İçin Gerekli Koşullar

Alacaklının aşan zararın tazmini talebinde bulunabilmesi için, ceza koşulunu aşan bir zararın, bu zarar ile borcun ihlali arasında uygun illiyet bağının ve borçlunun kusurunun varlığı gereklidir.

Zararın varlığı konusunda; alacaklı borcun ihlal edilmesi sebebiyle bir zarara uğramışsa, aşan zararın tazmininden bahsedilebilir. Zararın kararlaştırılan ceza koşulu miktarından fazla olması koşuluyla, borcun ihlali dolayısıyla uğranılan aşan kısım ölçüsünde bütün zararların tazmininin istenmesi mümkündür.

Zararın fazlalığının belirlenmesinde, alacaklının ediminin göz önünde tutulup tutulmayacağı çözülmesi gereken bir sorundur. Bu soruna ceza koşulunun türleri açısından ayrı ayrı yaklaşmak gerekir. Ceza koşulunun türünün seçimlik olduğu ve alacaklının ceza koşulunu seçtiği hallerde, ayrıca uğranılan zararın tazmini hesaplanırken, alacaklının kendi edimini ifa edip etmediğine bakılmaksızın, onun bu edimi de göz önünde tutulur. Şöyle ki, alacaklı kendi edimini henüz yerine getirmediyse (bir vadeden yararlandığı için ifada sıra söz konusuysa) fark teorisi çerçevesinde onun ediminin değeri, aşan zararın hesabında göz önünde tutulacaktır. Bilindiği üzere alacaklı, fark teorisine göre kendi ediminin değerini düştüktan sonra aradaki farkı tazminat olarak istemektedir. Alacaklı kendi edimini yerine getirdiyse, bu kez ediminin değeri bir müsbet zarar kalemi olarak yine aşan zararın hesabında göz önünde bulundurulacaktır. Bununla birlikte ifaya eklenen ceza koşulunda ise, alacaklının, ceza koşulunu talep edebilmesi için ifayı istemesi ve buna bağlı olarak kendi edimini yerine getirmesi gerekir. Bu sebeple ifaya eklenen ceza koşulu bakımından aşan zararın hesabında onun ediminin değeri göz önünde tutulmaz.

Para borçlarında aşan zararın hesaplanmasında ayrıca temerrüt faizinin de göz önünde tutulup tutulmayacağı meselesinde, doktrinde, alacaklının ceza koşuluyla birlikte temerrüt faizini de ayrı ayrı talep edilebileceği düşüncesiyle, temerrüt faizinin aşan zarardan düşüleceği yönünde görüş ileri sürülmüştür⁷⁷². Bu konuya ilişkin daha önceki asıl borçla ilgili açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, ilgili Kanun hükmü (TBK m. 180/II) çerçevesinde, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar ki buna

⁷⁷² Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3816; Eren, Genel Hükümler, s. 1211; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 314; Gökçeoğlu, s. 55.

temerrüt faizi de dâhildir, ceza koşuluyla tek kalemde değerlendirildiği için, bize göre, alacaklı hem temerrüt faizini hem de ceza koşulunu ayrı ayrı isteyemez, sadece, temerrüt faizi ceza koşulunu aşmışsa, aşan tutarı anılan Kanun hükmü (TBK m. 180/II) çerçevesinde talep edebilir. Böylece aşan zararda temerrüt faizinin de göz önünde tutulacağı yargısı doğru olmakla birlikte, bunun aşan zarardan düşülecek bir değer olarak değil, ceza koşuluyla aynı kalemde değerlendirilebilecek bir değer olarak ele alınması gerekir; temerrüt faizinin ceza koşulundan yüksek olduğu hallerde ise, aştığı oranda aşan zarar kalemi olarak değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, bir para borcu için 10 birim ceza koşulu kararlaştırılmış ve alacaklının işlemiş 20 birim temerrüt faizi alacağı olsun. Buna göre alacaklı ceza koşulunu talep ettiyse, (20 birim temerrüt faizi-10 birim ceza koşulu) sadece 10 birimlik temerrüt faizini, aşan zararın tazmini talebi kapsamında isteyebilir. Yukarıda anılan görüşe göre ise, alacaklı, hem 10 birimlik ceza koşulunu hem de 20 birimlik temerrüt faizini ayrı ayrı isteyebileceği için, aşan zararın tazmini talebi kapsamında istenebilecek bir değer olmayacaktır. Ancak örneği, 10 birim ceza koşulu ve 20 birim işlemiş temerrüt faizi, toplamda 40 birim alacaklı zararının bulunduğu şeklinde değiştirirsek; bize göre, alacaklının talep edebileceği aşan zararı (40 birim toplam zarar-10 birim ceza koşulu) 30 birim olacaktır. Görüldüğü üzere, 30 birimlik aşan zararın, 10 birimi işlemiş temerrüt faizini; 20 birimi ise temerrüt faizini aşan zararını (aşkın-munzam zarar) oluşturacaktır. Neticede bu iki kalem toplamda ceza koşulunu aşan zarar olarak değerlendirilecektir. Yukarıdaki görüşe göre ise, alacaklı hem ceza koşulunu hem temerrüt faizini ayrı ayrı talep edebileceği için, (40 birim toplam zarar-10 birim ceza koşulu=30 birim aşan zarar, 30 birim aşan zarar-20 birim temerrüt faizi=10 birim aşan zarar) sadece 10 birim aşan zarar talep edebilecektir. Bu görüş çerçevesinde, alacaklının elde ettiği tutar da bir değişiklik olmamakla birlikte, alacak kalemleri ve aşan zarar nitelendirmelerinde yanılğıya düşülmektedir.

İlgili hükmün (TBK m. 180/II, İBK m. 161/II) emredici nitelikte olmaması⁷⁷³ sebebiyle tarafların ceza koşulunun zarardan düşülmeyeceğini kararlaştırdıkları

⁷⁷³ Becker, m. 161, kn. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817a; Koller, Konventionalstrafe, kn. 123; Bucher, ss. 530-531; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 161, kn. 2; BGE 102 II 425, Er. 4; BGE 95 II 539, ER. 5, (Krauskopf, m. 161, kn. 1); Bilge, s. 112; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 319; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 715; "...Taraflar arasındaki sözleşmenin 8. maddesinde aynen, "Bu sözleşmeye aykırı davranan taraf diğer tarafın uğradığı zararın tamamını tazmin ile yükümlü olduğu gibi bu zarar tutarında cezai şartı karşı tarafa ödeyecektir." hükmü yer

hallerde, hem ceza koşulunun hem de tazminatın kümülatif şekilde hesaplanması gerekecektir⁷⁷⁴. Böyle bir ihtimalde, aşan zararın hesaplanması da gündeme gelmeyecektir. Ancak yine emredici nitelikte olmaması çerçevesinde, tarafların ceza koşulunu aşan zararın hiçbir şekilde tazmin ettirilemeyeceğini de kararlaştırmaları mümkündür⁷⁷⁵.

Zarar ile borcun ihlali arasında illiyet bağının varlığı konusunda, alacaklının ancak ceza koşulunu muaccel kılan somut ihlal ile uygun illiyet bağı içinde olan ve ceza koşulunu aşan zararlar ölçüsünde, aşan zararın tazminin mümkün olduğu ifade edilmelidir. Doktrinde, taraflarca kararlaştırılmayan bir sebepten doğan zararların da ilgili hükme (TBK m. 180/II) göre tazmin edilmesinin mümkün olması gerektiğini, nitekim bu hükmün, alacaklıya bütün zararlarını tazmin ettirebilme imkânını verdiğini ifade eden bir görüş⁷⁷⁶ bulunsa da buna katılmak mümkün değildir. Çünkü zararı aşma olgusu, sadece ceza koşulunun kararlaştırıldığı somut ihlal sebebiyle uğranılan zararlar bakımından gerçekleşebilmeli, kararlaştırılmayan ihlaller bakımından alacaklının kanundan doğan diğer haklarına bu yönden bir sınırlandırma getirilmemelidir. Örneğin, yüklenicinin geciktiği her gün için ödemek zorunda olduğu bir ceza koşulunun varlığında, sadece gecikmeden doğan zararlar bakımından aşan zararın varlığından bahsedilebilir. Bunun yanında alacaklının gereği gibi ifa etmemeden kaynaklı zararları söz konusuysa, bunlardan doğan alacağı, aşan zararın tazmini haricinde ayrıca talep edebileceği bir zarar kalemi olarak değerlendirilmelidir. Örneği rakamsal olarak ifade etmek gerekirse; alacaklının geç ifadan dolayı işlemiş 5 birim ceza koşulu alacağı ve gereği gibi ifa etmemeden kaynaklı 10 birim zararı olduğu

almıştır. Görülüyor ki taraflar BK. 159 /son md. hükmünün aksini kararlaştırmışlardır. Bir başka anlatımla BK. 159 /son md. hilafla zarara uğrayanın hem zararını, hem de zarar tutarı kadar ceza-i şartı, yani ikisini bir arada isteyebileceğinin kabulü zorunludur...", Yarg. 15. HD, T. 16.9.2002, E. 2002/1563, K. 2002/3909, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁷⁷⁴ Becker, m. 160, kn. 33; von Tuhr ve Escher, s. 283; Berger, kn. 1797; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817a; Pietruszak, KurzK., m. 161, kn. 3; "Taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde, sözleşmenin feshi halinde bayiinin hem cezai şartı hem de kar mahrumiyetini ödemeyi kabul ettiği kararlaştırıldığına göre, davacı kar mahrumiyeti de isteyebilir. ...", Yarg. 19. HD., T. 12.2.2008, E. 2007/6745, K. 2008/1104, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Uygulamada böyle bir kararlaştırmanın varlığı, "diğer hakları saklı kalmak üzere" veya "diğer haklarına halel gelmeksizin" (unbeschadet der sonstigen Ansprüche/unbeschadet weiterer Ansprüche) ifadelerine yer verilmesinden de anlaşılabilir. Bkz. BGE 40 II 233, ss. 244-245, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 23.7.2018). Uyuşmazlık halinde, ispat yükünün alacaklıda olacağına ilişkin bkz. Becker, m. 160, kn. 34; von Tuhr ve Escher, s. 283.

⁷⁷⁵ Pietruszak, KurzK., m. 161, kn. 3; Bilge, s. 112; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126.

⁷⁷⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 123; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 312.

düşünülsün. Bize göre bu durumda aşan zararın varlığı söz konusu olmayacak ve alacaklı toplamda (5 birim ceza koşulu+10 birim gereği gibi ifa etmemeden kaynaklı zarar) 15 birim talep edebilecektir. Oysaki anılan görüş kabul edilseydi, alacaklı, aşan zararı kapsamında talepte bulunabileceği için toplamda (5 birim ceza koşulu+5 birim aşan zarar) 10 birim talep edebilecekti.

Borçlunun kusurunun varlığı konusunda, alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazmin edilmesini isteyebilmesi için borçlunun kusurlu olması da gereklidir. Bu husus, aşan zararın tazminiyle ilgili hükümde açıkça belirtilmiştir. Dikkat edilirse, aşan zararların tazmininde, kanunkoyucu sözleşmesel sorumlulukta geçerli olan, borçlunun kusur karinesine istisna teşkil edebilecek olan bir düzenlemeyi benimseyerek, alacaklıyı, borçlunun kusurunu ispata mecbur kılmıştır.

Kusur ilkesine dayalı olarak asıl borcun ihlalden dolayı sorumluluk söz konusuysa, aşan zararların tazmininde de tutarlı bir şekilde aynı ilke çerçevesinde borçlunun kusurunu ispat makul bir sonuç ise de, asıl borcun kusursuz ihlaline dayalı olarak sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, aşan zararlar için de yine borçlunun kusurunun aranması bize göre makul bir sonuç değildir. Nasıl ki, taraflar ceza koşulu kararlaştırmış olmasalardı, borçlu kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tamamını tazmin edebilecekse, salt ceza koşulu kararlaştırıldı diye, sorumluluk sisteminde değişikliğe giderek, aşan zararlar için kusurlu sorumluluğu benimsemek doğru olmaz. Nitekim alacaklının amacı da ceza koşulu öngörerek, kusursuz şekilde talep edebileceği zararlarda, kusurun aranmasını gerekli kılarak, kendi aleyhine bir durum yaratmak değildir. Aleyhe durum, hem kendisi için bir ispat yükü getirmek, hem de daha önce borçlu kusursuz da olsa talep edebileceği zararları artık talep edememek şeklinde ortaya çıkar. İşte biz bu gerekçelerle, kusursuz sorumluluk halinde, aşan zararların tazmininde, aynı sistem izlenerek, kusurun aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ Aynı yönde bkz. Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 535; Eren, Genel Hükümler, s. 1211; Gökçeoğlu, s. 55. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk halinde de borçlunun kusurunun ispatını aradığı anlaşılan bir görüşe göre, ifa yardımcısı kullanan borçlunun kusursuz sorumluluğu örneğinde, bu şart, ifa yardımcılarının kusurlu olduğunun ispatlanmasıyla yerine getirilmiş olacaktır. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 123; Bentele, s. 97; A. Arkan, s. 18; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 316.

Ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesine ilişkin hükmün emredici nitelikte olmaması sebebiyle⁷⁷⁸, tarafların, sadece ağır kusurun varlığı ve bunun alacaklı tarafından ispatı halinde bu zararın talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, borçluya veya yardımcılara yüklenebilecek bir kusurun olmaması halinde dahi, borçlunun aşan zarardan sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür⁷⁷⁹.

C. Alacaklının Zararı ve Kusuru İspat Yükü

Alacaklının aşan zararın varlığı halinde talepte bulunabilmesi, öncelikle onun aşan miktarda bir zararının bulunmasına bağlıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ceza koşulunun talep edilebilmesi açısından zararın varlığı aranmadığı halde, ceza koşulunun da üzerinde gerçekleşen zararlar bakımından ispatı aramak, sorumluluk hukukunda zararın ispatı konusunda kabul edilen sistemle de (TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 50) uyumlu bir koşuldur.

Kusur konusunda ise, aşan zararın tazmininde kanunkoyucunun sözleşmeden dolayı sorumlulukta (TBK m. 112 vd./İBK m. 97 vd.) geçerli olan sözleşmesel kusur karinesinden ayrıldığını yukarıda belirtmiştik. Bunun anlamı ispat yükünün yer değiştirilmesidir. Sözleşmesel sorumlulukta alacaklı, borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda olmayıp, borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabildiği halde, aşan zararın tazmininde alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorundadır (TBK m. 180/II, İBK m. 161/II).

Doktrinde ispat konusunda bu yönde bir değişiklik getirilmesi, ceza koşulunun amacıyla bağdaştırılamayacağı gerekçesiyle eleştirilmekte ve ana kurala bağlı kalınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸⁰. Kanaatimizce de, Türk Borçlar Kanunu'nun

⁷⁷⁸ Becker, m. 161, kn. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817a; Koller, Konventionalstrafe, kn. 123; Bucher, ss. 530-531; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 161, kn. 2; BGE 102 II 425, Er. 4; BGE 95 II 539, ER. 5, (Krauskopf, m. 161, kn. 1); Bilge, s. 112; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 319.

⁷⁷⁹ Bilge, ss. 111-112; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 320.

⁷⁸⁰ Bucher, s. 531, dn. 42; von Tuhr ve Escher, ss. 283-284; von Tuhr, (Çev. Cevat Edege), s. 770; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817; Oser ve Schönenberger, s. 705, kn. 4; Wuffli, OFK, m. 161, kn. 6; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 124-125; Feyzioğlu, s. 401; İnan ve Yücel, s. 570; Tamer, ss. 737-738, dn. 19; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 75. Aksi görüş için bkz. Becker, m. 161, kn. 3; Bilge, s. 111; Kapancı, Sözleşme Cezası, s. 667. İspat yüküne ilişkin bu kuralın hafifletilmesi gerektiğine yönelik bir öneri için bkz. Oser ve Schönenberger, s. 705, kn. 4; Schoch,

112'nci maddesine göre, borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat talep eden alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmezken; onun, kendi lehine olan ceza koşuluyla bu şekilde bir yük altına sokulması yerinde değildir. Çünkü aralarındaki borç ilişkisinde ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı, alacaklı, borca aykırılık sebebiyle zararının tümü için borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmayacaktı. Salt aralarındaki borç ilişkisinde ceza koşulu öngörüldü diye, alacaklıyı ispat yükü altına sokmak ceza koşulunun amacıyla da bağdaşmamaktadır. Bundan başka kanunkoyucu, ceza koşulu ile benzerlik gösteren ve fer'i nitelikte bir borç olan temerrüt faizi bakımından aşan zararın tazmini için sözleşme sorumluluğuna ilişkin genel kuraldan ayrılmamışken; yine fer'i nitelikte bir borç olan ceza koşulu bakımından onun alacaklıya böyle bir yük getirmesi de çelişkili bir tutum içinde olduğunu gösterir. Ayrıca böyle bir yük, kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun aranıp aranmayacağı konusunda bir tereddüte sebebiyet vermektedir. Son olarak, bu şekilde ispat yüküne ilişkin bir düzenlemenin iki önemli istenmeyen sonucu olacaktır: Alacaklı sonradan kusurun ispatı bakımından sorun yaşamamak için ya sözleşmeye ceza koşulu konulmasından vazgeçecek ya da sözleşmede ceza koşuluna yer verecekse de yüksek miktarda ceza koşulu belirlenmesi yoluna gidecektir. Dolayısıyla sözleşmede ceza koşuluna yer verilmekten vazgeçilmesi, ceza koşulu kurumunun etkisizleştirilmesi ve önemini kaybetmesine yol açacakken; ceza koşulunun yüksek miktarda belirlenmesi de borçlunun ağır bir yük altına girmesine ve bu konuda hukuki sorunlar yaşanmasına neden olacaktır. Sonuç olarak, kanunkoyucu, bu hükmü, kısa zamanda sözleşme sorumluluğundaki genel kuralla uyumlu hale getirmeli, alacaklıya, ceza koşulu miktarını aşan bir zararının bulunması durumunda, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi şartıyla bu zararını talep etme imkânı tanınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin ikinci fıkrasının emredici nitelikte olmaması sebebiyle, taraflar, ispat yükünün kime ait olacağı konusunda farklı bir düzenleme benimseyebilirler; özellikle borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuzluğunu kanıtlaması gerektiğini kararlaştırabilirler⁷⁸¹. Hatta tarafların

s. 58; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 10. İspat yükündeki bu farklılığın yerinde olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Aksoy, s. 1006.

⁷⁸¹ Becker, m. 161, kn. 5; Bucher, ss. 530-531; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817a; Koller, Konventionalstrafe, kn. 123, 140; Bentele, s. 97; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 161, kn. 2; Pietruszak, KurzK., m. 161, kn. 3; Bilge, s. 111; Eren, Genel Hükümler, s. 1211; Kapancı,

aralarındaki bir anlaşmayla, borçlunun kusuru bulunmasa dahi ceza koşulunu aşan tutarın tazmin edileceğini kararlaştırarak da alacaklının ispat yükünü ortadan kaldırmaları mümkündür⁷⁸².

II. AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİMİ

A. İndirimin İşlevi ve Uygulama Alanı

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği ve ceza koşuluyla ilgili hükümde (TBK m. 182/I, İBK m. 163/I) belirtildiği gibi, tarafların ceza koşulu edimini ve miktarını, kural olarak, serbestçe belirlemeleri mümkündür. Ancak kanunkoyucunun, ceza koşulunun kararlaştırılmasını bazı durumlarda (TBK m. 346, m. 420/I, m. 589/III) açıkça yasakladığı; bazı durumlarda da belli açılardan sınırlandırdığı (TBK m. 182/III, m. 260/II, m. 271/III) görülmektedir. Açıkça yasaklanan halleri daha önce ceza koşulunun unsurları başlığı altında incelemiştik. Bu kısımda sadece ceza koşulunun miktar bakımından sınırlandırıldığı hallerden biri olan ve genel hükümler arasında ele alınan aşırı ceza koşulunun indirilmesi (TBK m. 182/III) konusu hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunacağız⁷⁸³.

Kanuna göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (TBK m. 182/III, İBK m. 163/III)⁷⁸⁴. Görüldüğü üzere bu hükümde, hâkime hem bir yükümlülük getirilerek hem de bir takdir yetkisi verilerek, etkin bir rol yüklenmiştir. Şöyle ki hükümde, hâkim, aşırı ceza koşulunu indirerek sözleşmeye müdahale etmekle yükümlü tutulmuş; ceza koşulunun hangi durumlarda aşırı nitelikte olacağı ve hangi oranda indirilmesi gerekeceği konuları, Kanun'da açık şekilde belirtilmediği için de

Sözleşme Cezası, s. 666. Hükümün emredici nitelikte olduğu ve aksine anlaşmanın mümkün olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. O. Berki, s. 295.

⁷⁸² Becker, m. 161, kn. 5; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3817a; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 125.

⁷⁸³ Ceza koşulunun miktar bakımından sınırlandırılmasına ilişkin bu hüküm dışında, Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri kısmında da taksitle satış sözleşmeleriyle ilgili hükümleri arasında da bazı sınırlandırmalar getirilmek istenmiştir. Bunlar, ceza koşulunun, satış bedeline oranlanarak miktar açısından getirilen üst sınırlardır. İlgili hükümler, taksitle satışta "...Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamaz." (TBK m. 260/II, son cümle); ön ödemeli taksitle satışta "Ceza koşulu öngörülmüşse miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez." (TBK m. 271/III) şeklindedir.

⁷⁸⁴ Alman Medeni Kanunu'nda da bu konuda bir düzenleme mevcuttur (BGB § 343).

onun takdirine bırakılmıştır⁷⁸⁵. Hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin, özel hukukun temel ilkelerinden biri olan ahde vefa (sözleşmeyle bağlılık-pacta sunt servanda) ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği üzere bu ilke gereği taraflar, özgür iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşmelere aynen uymakla yükümlüdür. Ancak bazı durumlarda, tarafların sözleşmeye aynen uyması adalete aykırı sonuçlar doğurabilir. Günümüz koşullarında sözleşme serbestisi ilkesinin hiçbir sınırlama olmadan muhafaza edilmesinin güç olması, ekonomik sınıflar arasındaki mücadelenin düzeyli olmaması, ekonomik açıdan güçsüz konumda olan borçlunun özel bir korunmaya ihtiyaç duyması sebebiyle hâkime bu hususta özel bir denetim yetkisi verilmesini zorunlu kılmaktadır. İşte aşırı ceza koşulunun indirilmesi de kanunkoyucunun temelde bu düşünceyle hareket etmesinin sonucudur⁷⁸⁶. Bu düzenleme sayesinde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekli; hatta zorunlu görülmüştür⁷⁸⁷.

Ceza koşulu, belli sebeplerden dolayı aşırı ölçüde yüksek kararlaştırılmış olabilir. Şöyle ki alacaklı, sözleşmenin kurulduğu sırada geçerli olan hal ve şartlar çerçevesinde, ileride uğrayacağı zararları öngöremediği için aşırı ölçüde ceza koşulunu sözleşmeye koymak istemiş olabilir. Bunun yanında, aşan zararın tazmini talebindeki kusur ve zararı ispat yükü sebebiyle oluşan olumsuz durumdan kendini koruma altına almak amacıyla da bu şekilde hareket edilmesi mümkündür. Bundan

⁷⁸⁵ Hâlbuki özel borç ilişkileri kısmında taksitle satış sözleşmeleriyle ilgili hükümlerdeki sınırlandırmalarda (TBK m. 260/II, m. 271/III), hâkime böyle bir etkin rol yüklenmemiş, sadece miktar bakımından yasal bir sınır getirilmiştir. Dolayısıyla burada hâkimin görevi, uyuşmazlık söz konusu olduğunda, ceza koşulunun belirtilen sınırları aşıp aşmadığının; aştıysa aşan kısmın geçersizliğinin tespit edilmesine ilişkin olacaktır.

⁷⁸⁶ Seeliger, ss. 19-20; Nilgün Başalp, “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss. 225-226. Geçmişte, sözleşme serbestisi gereğince tarafların serbest bırakılması gerekçesiyle ceza koşulunun indirilmesi kurumuna ihtiyaç olmadığı yönünde de görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlere göre, borçlunun istismar edilmesi ve ekonomik olarak mahvına sebep olacak aşırılıkta ceza koşulu belirlenmesi halinde ortaya çıkan kamu yararı düşüncesiyle, indirimle gerek kalmaksızın bu durumdaki ceza koşulunun aynı zamanda ahlaka aykırı niteliği sebebiyle geçersiz sayılabileceği, bu sebeple sözleşme serbestisini sınırlamak için bir neden olmadığı, ayrıca aksinin kabulü durumunda ceza koşulu kurumundan beklenen faydaların da ortadan kalkacağı belirtilmekteydi. Bkz. Seeliger, s. 17.

⁷⁸⁷ Kanunkoyucu, bu düşünceyle başka bazı hükümlerde de (TBK m. 138, m. 445/II, m. 480/II, m. 525), hâkime bu şekilde etkin bir rol yüklemiştir. Ancak bu hükümlerde, aşırı ceza koşulunun indirilmesinden farklı olarak, hâkimin müdahalesi borçlunun talebine bağlanmıştır. Örneğin, eser sözleşmesindeki götürü bedel belli şartlarda uyarlanabilir, bu durumda yüklenicinin hâkimden uyarılma talebinde bulunması gereklidir (TBK m. 480/II). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Damla Gürpınar, **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 113 vd.

başka, özellikle borçlunun pazarlık gücüne sahip olamadığı durumlarda da, alacaklı, onun sömürülmesi sonucunu doğuracak şekilde aşırı ölçüde ceza koşulunu kabul ettirmek isteyebilir. Borçlunun zayıf konumda olduğu bu durum, onun sosyo-ekonomik gücünün veya piyasa koşulları hakkındaki bilgi birikiminin diğerine göre daha az seviyede olduğu zamanlarda kendisini daha çok göstermektedir. İşte sözleşme adaletinin sağlanması ihtiyacı doğrultusunda kanunkoyucunun sözleşmeye müdahalesi sayesinde, söz konusu güç dengesizliklerine karşı zayıf konumda olan taraf, indirim gibi bir hukuki araçla korunabilmektedir⁷⁸⁸.

Kanunkoyucu, gerek borçlunun sömürülmesini engelleyerek taraf menfaatlerini dengeleme düşüncesiyle, gerek dikkatli ve tedbirli davranmayarak aşırı miktarda ceza koşulu ödemeyi üstlenen borçlunun bu sebeple karşılaşacağı muhtemel tehlikeleri ortadan kaldırma ya da azaltma düşünceleriyle aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumunu kabul etmiştir⁷⁸⁹. Kanun'daki ifadeden ve kanunkoyucunun belirttiğimiz düşüncesinden, indirimle ilgili hükmün emredici nitelikte olduğu kolayca anlaşılmaktadır⁷⁹⁰. Hükmün emredici nitelikte olmasıyla, tarafların aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik tasarrufta bulunmasına imkân yoktur. Örneğin borçlunun indirim isteğinde bulunamayacağına yönelik bir sözleşme hükmü geçersizdir⁷⁹¹. İlgili hükmün emredici nitelikte olmasıyla birlikte, Borçlar Hukuku sisteminin, taraf iradelerine özerklik tanıyarak sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkelerini benimsemesiyle, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemenin istisnai

⁷⁸⁸ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10.

⁷⁸⁹ Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 1; Reck, s. 119; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 130.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumunun, Roma Hukuku'nda da kabul edildiği yönünde bkz. Erdoğan, ss. 68-69.

⁷⁹⁰ von Tuhr ve Escher, s. 286; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3824; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 358. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Grüneberg, Palandt, § 343, kn. 3; Westermann, § 343, kn. 7. Avusturya Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Beck-Mannagetta, s. 16.

⁷⁹¹ Oser ve Schönenberger, s. 710, kn. 17; Schoch, s. 70; von Tuhr ve Escher, s. 286; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3824; Grüneberg, Palandt, § 343, kn. 3; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Hans Michael Riemer ve Gabriela Riemer Kafka, "Entwicklungen im Personenrecht (natürliche Personen)", **SJZ**, 2005, s. 451; Funk, s. 232; Volf Çernis, "Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezai Şartın İndirilmesi Meselesi", **İst.BD**, C. 26, S. 9, Eylül 1952, s. 514; Bilge, s. 119; Kunter, s. 981; Arsebük, Cezai Şart, s. 995; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 990; O. Berki, s. 299; Kanık, s. 1078; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 844; Birsan, s. 369; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 159; Reisoğlu, s. 459; Belen, Cezai Şart, ss. 520-521; Hatemi ve Gökyayla, s. 360; M. Ayan, s. 84; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 102; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 305; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 358; E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s. 152; Başbuğ, s. 13; Ahmet Nar, "İş Sözleşmeleri Açısından Özellik Gösteren Yönleriyle Cezai Şart Miktarının İndirilmesi", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.53-54, 2009, ss. 9-10.

nitelikte olduğu sonucuna varılmalıdır. Bunun sonucunda, bu hükmün uygulama alanı geniş tutulmamalıdır⁷⁹². Doktrinde bir görüş, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün emredici nitelikte olmasının bu hak doğduktan sonra vazgeçmeye engel teşkil etmediğini, ceza koşulunun ödenmiş olmasının çoğu zaman böyle bir vazgeçme iradesinin varlığına da işaret ettiğini ifade etmiştir⁷⁹³. Kanaatimizce muaccel olduktan sonra borçlunun indirim isteğinden vazgeçme yönünde iradesini bildirmesi emredici nitelikten ötürü geçerli sayılmamalıdır. Ceza koşulunun ifasının örtülü vazgeçme sayılması da mümkün değildir. Bu durumda, zaten aşağıda indirimin şartları arasında sayacağımız üzere, ceza koşulunun ifa edilmemiş olması şartının varlığından bahsedilemez.

Ceza koşulu için getirilen indirim, taraf iradeleri açısından getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir. Bilindiği üzere, hukukumuzda hukuki işlemlere yönelik olarak; genel hükümlerde ifadesini bulmuş başka sınırlamalar da mevcuttur. Bunlar, hukuki işlemin geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlar doğurmasını sağlayan geçerlilik unsurlarıdır (ahlaka, hukuka, kişilik haklarına aykırılık gibi, bkz. TBK m. 27, TMK m. 23). Bu genel sınırlamalar ceza koşulu açısından da geçerli olacaksa da, bu durum sadece edimin konusu itibariyledir. Örneğin, borçlunun asıl borcu ifa etmezse alacaklının kölesi olacağını öngören bir ceza koşulu konu itibariyle ahlaka aykırı sayıldığı gibi, kişilik haklarına da aykırıdır. Edimin konusu dışında olan; edimin miktarı için bu sınırlamalar geçerli olmaz, bu konuda sadece indirimle ilgili özel hüküm (TBK m. 182/III) uygulanabilir. Bu yargının anlamı, ceza koşulunun miktar bakımından aykırılığı halinde, genel hükümlerdeki geçerlilik unsurlarına yönelik bir denetimin yapılmasına ihtiyaç bulunmamasıdır. Örneğin, ceza koşulu miktarı aşırı diye bunun ayrıca ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olup olmadığına

⁷⁹² Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Berger, kn. 1798; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 5; BGE 114 II 264 s. 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510); BGE 103 II 135, (Hans Altherr, Ernst Brem ve Hubert Bühlmann, **Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes**, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern, 1994, m. 163, kn. 4); YHGK, T. 26.12.2001, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.4.2016). Alman Hukukunda da, aynı yönde bkz. Gernhuber, s. 122; Grüneberg, Palandt, § 343, kn. 1.

⁷⁹³ Lindacher, BGB Kommentar, § 343, kn. 2; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 159; Bilge, s. 119. Ayrıca doktrinde, ceza koşulunun indirilmesinin borçlunun yararına bir durum olması sebebiyle, aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep hakkının ne başkasına temlik edilebileceği ne de haczedileceği belirtilmiştir. Bkz. Manuel Nodoushani, **Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz, Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2004, s. 150.

bakılmayacaktır. Nitekim bu durum için Kanun'da özel bir yaptırıma yer verilmiştir: Hâkime tanınan re'sen indirme yetkisi (TBK m. 182/III). İndirim yetkisine dair bu özel hüküm, ahlaka aykırılık sebebiyle genel hüküm (TBK m. 27) karşısında özel olarak⁷⁹⁴ uygulanması gerekli bir hükümdür. Kaldı ki, ceza koşulunun aşırı olduğu her durumda, onun ahlaka aykırılığı sonucuna da varılmayabilir. Ceza koşulu açısından geçerli olan bu duruma en yakın başka örnek, aşırı yararlanma (gabin) (TBK m. 28) düzenlemesidir. Şöyle ki, aşırı yararlanmanın temelinde her ne kadar ahlaka aykırılık söz konusu olsa da kanunkoyucu, bu hususu ayrıca düzenleyerek; zarar görene, durumun özelliğine göre, ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilme hakkı tanıyarak, bu durumu genel hükümdeki geçersizlik yaptırımından farklı bir hukuki sonuca bağlamıştır.

Doktrinde bir görüş, borçlunun ekonomik açıdan mahvına yol açacak derecede yüksek ceza koşulu miktarlarını ahlaka aykırı olarak değerlendirmiş⁷⁹⁵; başka bir görüş ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün emredici nitelikte olduğunu belirterek, aşırı ceza koşulunun her zaman bu hükmeye, dolayısıyla hukuka aykırı nitelikte olacağını, ilgili hükmün sadece hâkimin aşırı ceza koşulunu indirme yetkisinin düzenlemediğini, ayrıca kararlaştırılan ceza koşulunun ancak uygun miktarda olması şartıyla geçerli olacağını da öngördüğünü, bu sebeple, borçlunun aşırı derecede yüksek bir ceza koşulu taahhüdünde bulunmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir⁷⁹⁶. Ahlaka aykırılığı kabul eden bazı yazarlar, ahlaka aykırı ceza koşulunun ya tamamen ya da sınırı aştığı ölçüde geçersiz olacağını ileri sürmüş⁷⁹⁷, hatta Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre indirimin mümkün olmadığı hallerde ceza koşulunu geçersiz saymanın yerinde olacağını ifade etmiştir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ Taksitli veya ön ödemeli taksitli satış sözleşmesi söz konusu ise, miktar bakımından aykırılık halinde, buna sınır getiren ve daha da özel nitelikte olan Türk Borçlar Kanunu'nun 260'nci maddesinin ikinci fıkrası ile 270'nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm uygulama alanı bulacaktır.

⁷⁹⁵ Becker, m. 163, kn. 1; von Tuhr ve Escher, s. 284; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 357; Feyzioğlu, ss. 405-406; Eren, Genel Hükümler, s. 341.

⁷⁹⁶ Bentele, s. 54. Karşılaştırma için bkz. Başpınar, s. 157 vd.; Reck, s. 105.

⁷⁹⁷ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 67, 84.

⁷⁹⁸ Guhl ve Koller, § 7, kn. 40; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 84; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 326.

Biz bu görüşlere yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda katılamıyoruz. Bize göre, özel düzenleme olması sebebiyle; geçersizlik değil de indirim yaptırımının uygulanması doğru olur. Nitekim kanunkoyucu, ceza koşulunun miktarının, geçerlilik unsurları yönünden (TBK m. 27, TMK m. 23) denetlenmesini isteseydi, ayrı bir hükümle konuyu düzenlemezdi. Ayrıca ifade edilmeli ki, aksinin kabulü durumunda, yani ceza koşulunun ahlaka aykırı sayılarak geçersiz sayılması halinde, borçluya tam bir koruma sağlanacaksa da bu kez ceza koşulunda menfaati olan alacaklı tamamen korunmasız kalacaktır. Ayrıca bu sonuç, ceza koşulunun amacıyla da bağdaşmaz. Ceza koşulunu hükümsüz saydırabilme imkânının varlığı bilinciyle hareket eden borçlu üzerinde, onun asıl borcu yerine getirmesi yönünde bir baskıdan söz etmek güçtür. Oysaki ceza koşulunun aşırı olduğu durumlarda, bunun hâkimin takdir yetkisi kapsamında indirilebileceği ihtimali, borçlu üzerindeki baskıya olumsuz bir etkiye bulunmayacaktır.

Ceza koşulunun aşırılığının genel hükümlerdeki geçerlilik unsurları yönünden denetlenebilmesi ihtimali sadece, indirim yapılmasındaki açık yasak sebebiyle (TTK m. 22) tacir sıfatına sahip olan borçlular açısından düşünülebilir. Ancak tacirler için indirim yaptırımının uygulanmaması halinde, bu kez ahlaka aykırılıkla ilgili genel hükümlere başvurarak, ceza koşulunun geçersiz sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu soruya da olumsuz cevap verilmelidir. Çünkü indirimin olmadığı yerde kısmen veya tümünden geçersizliği kabul etmek mantıklı bir sonuç olmadığı gibi kanunkoyucunun indirimi yasaklamakla hedeflediği amacıyla da bağdaşmayacaktır. Tabii ki, ahlaka aykırı derecede yüksek miktarda olan ceza koşulunu ödemek zorunda kalan tacir için bu sonuç, hak ve adalet düşünceleriyle de bağdaşmadığı eleştirilerini beraberinde getirecektir. İşte bu sebeple biz, tacir olan ve olmayan ayrımının kaldırılarak, herkes için indirim yapılması gerektiğini savunuyoruz.

B. İndirimin Hukuki Niteliği

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri, kesin hükümsüzlük görüşü, iptal edilebilirlik görüşü, ortalama yaptırım görüşü, sebepsiz zenginleşme görüşü ve yenilik doğuran

hak görüşü olarak sıralamak mümkündür. Bu görüşleri sırasıyla açıkladıktan sonra sonunda bu görüşlere yönelik eleştirilerimizi ve kendi görüşümüzü ifade etmeye çalışacağız.

Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, ceza koşulunun indirilmesi, geçersizlik türlerinden biri olan kesin hükümsüzlük (mutlan butlan) yaptırımını niteliğindedir. Bu görüş, kesin hükümsüzlük sebebini, emredici hükümlere aykırılık olarak kabul etmekte ve indirim sonucunda kısmi hükümsüzlük düzenlemesi (TBK m. 27/II) çerçevesinde ceza koşulunun aşırı olan kısmını hükümsüz saymaktadır⁷⁹⁹. Bu görüş çerçevesinde bazı yazarların kısmi hükümsüzlüğün türü konusunda da farklı görüşleri sürdükleri görülmektedir⁸⁰⁰. Bunlardan bir kısmı kısmi hükümsüzlüğün, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük niteliğinde olduğunu ifade ederken, bir kısmı da düşey kısmi hükümsüzlük niteliğinde olduğunu ifade etmişlerdir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte, sözleşmenin geçersiz sayılan hükmünün veya hükümlerinin yerine, emredici ya da tamamlayıcı bir kanun hükmünün ya da yargıcın koyacağı hükmün yani geçerli bir ikame (yede) hükmün geçerek sözleşmedeki boşluğun doldurulması durumu söz konusudur⁸⁰¹. Bu görüşte olan yazarlara göre, ceza koşulunda indirim, sakat kısmın yerine geçecek hükmün hâkimin takdirine bırakılmasıyla gerçekleşir; ancak ceza koşulunun aşırı kısmı, hâkimin vereceği indirim kararına kadar geçerliliğini sürdürür⁸⁰². Düşey kısmi hükümsüzlük ise, kanunda emredici şekilde üst

⁷⁹⁹ Bentele, s. 124; Kunter, ss. 975, 979, 980. Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 138; Uçar, ss. 101-102; A. Arkan, s. 20.

⁸⁰⁰ Doktrinde kısmi hükümsüzlüğün üç alt türü olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu alt türler bakımından da görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Şöyle ki bir görüşe göre kısmi hükümsüzlük; basit kısmi hükümsüzlük, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ve genişletilmiş kısmi hükümsüzlük olmak üzere üçe ayrılır. Bkz. Başpınar, s. 149 vd.; Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 337 vd. Bununla birlikte diğer görüşe göre kısmi hükümsüzlük, basit (yatay) kısmi hükümsüzlük, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ve düşey kısmi hükümsüzlük olmak üzere üç alt türe ayrılır, genişletilmiş kısmi hükümsüzlük ise, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir türüdür. Bkz. Kırkbeşoğlu, s. 203 vd.

⁸⁰¹ Guhl ve Koller, § 7, kn. 40; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler”, **Selim Kanetiye Armağan**, Aybay Yayıncılık, İstanbul, 1996, (Hükümsüzlük), s. 25; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, (Borçlar), s. 602; Başpınar, s. 154 vd.; Kırkbeşoğlu, s. 209; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 376. “Sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlük” ibaresi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, s. 602.

⁸⁰² Başpınar, ss. 157-158; Yücel, ss. 2952-2953; Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, (Genel Ahlaka Aykırılık), s. 292, dn. 879; Hilal Gülseven, **Türk Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 66;

veya alt sınırın (süre, meblağ, oran gibi) belirlendiği hallerde veya hâkime indirme, yükseltme, daraltma, sınırlama konusunda bir görev veya takdir yetkisi verildiği hallerde söz konusu olur, hâkim bu görevlerini, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasına değil, Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesine dayanarak yerine getirmektedir⁸⁰³. Bu görüşte olan yazarlara göre ise, ceza koşulunun aşırı olup olmadığı konusunda hâkime bir hüküm içi boşluğu doldurma konusunda verilmiş bir takdir yetkisi söz konusudur. Hâkim bu yetkisini kullanarak, uygun bir üst sınır tayin edecek ve ceza koşulunu bu sınıra indirecektir⁸⁰⁴.

İptal edilebilirlik görüşüne göre, ceza koşulunun miktarı aşırı olduğu takdirde, aşan kısmın iptali mümkün olabilmektedir. Ceza koşulu başlangıçta geçerli olmasına rağmen, borçlunun söz konusu iptal hakkını kullanmasıyla geçmişe etkili olarak

Akbulut, ss. 339-355. Bu görüşü savunan bir yazara göre, sadece aşan kısmın değil, hükümle korunmak istenen tarafın, tamamının geçersizliğine yönelik talebi de dikkate alınmalıdır. Aynı yazar, bu görüş kabul edilirse, sözleşmenin güçlü tarafının nasıl olsa sadece ilgili hükmün geçersiz kılınacağı düşüncesiyle hükme aykırı sözleşme yapma eğiliminin de önüne geçilmiş olacağını belirtmiştir. Bkz. Akbulut, s. 336. Bu görüşü benimseyip de aşırılığın ahlaka aykırı olup olmamasına göre ayırım yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, ceza koşulunun ahlaka aykırı şekilde fahiş kabul edildiği durumlarda, Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesindeki hükümden kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kurumuyla indirim mümkündür. Ancak ceza koşulunun ahlaka aykırı olmaksızın sadece fahiş olduğu durumlarda indirim, hükümsüz kısmın yerine emredici hükmün geçmesiyle gerçekleşen ve Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklanan değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımıyla sağlanabilir. Bkz. Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 292, dn. 879; Gülseven, s. 66.

⁸⁰³ Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, (Ahlaka Aykırılık), ss. 236, 580-582; Kırkbeşoğlu, s. 219 vd. Doktrinde, düşey kısmi hükümsüzlük teriminin tercih edilmesinin sebebi olarak da bunun hem üst sınıra indirimi hem de alt sınıra yükseltmeyi kapsaması sebebiyle olduğu belirtilmiştir. Bkz. Kırkbeşoğlu, s. 222. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesinin düşey değil değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük (butlan) yaptırımı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hükümsüzlük, s. 32; Başpınar, s. 168; Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 291, kanuni tahvil olduğu yönünde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 792, dn. 32.

⁸⁰⁴ Hatemi, Ahlaka Aykırılık, s. 236; Kırkbeşoğlu, s. 307. İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. BGE 109 II 120, Er.2, s. 121, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 175, s. 511). Bu görüşte olan Kırkbeşoğlu'na göre, ceza koşulunun "aşırı (fahiş)" olması ile "ahlaka aykırı" olması birbirinden farklıdır. Yazara göre, bu farklılığın sonucu olarak; ahlaka aykırılığın tespitinde sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar dikkate alınırken, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ifade edilen aşırılığın belirlenmesinde ceza koşulunu doğuran borcun ihlal edildiği zamandaki şartlar göz önünde bulundurulur. Bkz. Kırkbeşoğlu, ss. 305-306, ayrıca bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3825. Ayrıca yazara göre bu durum, hâkimin her iki durum için uygulayacağı yaptırımın hukuki niteliğini de değiştirecektir. Bu bağlamda yazara göre, ceza koşulu ahlaka aykırı ise, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacak (TBK m. 27/II); ceza koşulu ahlaka aykırı olmayıp sadece fahiş ise düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Bkz. Kırkbeşoğlu, ss. 306-307.

geçersiz hale gelir. Borçlunun talebiyle ceza koşulunun indirilmesi sözleşmenin kısmen iptali sayılmaktadır⁸⁰⁵.

Ortalama yaptırım görüşüne göre, ceza koşulunun indirilmesinde, tek başına ne butlan ne de iptal yaptırımı söz konusudur; bu iki yaptırımdan birini seçmek yerinde olmayıp; bu ikisi arasında ortalama bir yaptırımın kabulü uygun olur. Bu görüşün kabulünde, indirim isteme hakkının sadece borçluya tanınmış olduğu, ancak hâkimin de indirimi kendiliğinden yapabileceği; ceza koşulunun tamamının indirimle ortadan kaldırılamayacağı, borçlunun ödemesinden sonra hâkimin kendiliğinden indirim yoluna gidemeyeceği; indirim isteme hakkının zamanaşımına uğramayacağı gibi düşünceler etkili olmuştur⁸⁰⁶.

Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, alacaklı, ceza koşulunun aşırı olan kısmına ilişkin yapılacak indirim miktarı kadar sebepsiz zenginleşmiş olmaktadır. Borçlu, hâkimden indirim talebinde bulunarak, söz konusu sebepsiz zenginleşmeyi tespit ettirmekte ve bunun iadesini istemektedir⁸⁰⁷.

Yenilik doğuran hak görüşüne göre, hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indiremez; ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun talepte bulunması şarttır. Bu nedenle, borçlunun ceza koşulunun indirilmesi yönündeki talebinin hukuki niteliği, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Dolayısıyla hâkim de sözleşmeye yenilik doğuran bir şekilde müdahale etmekte ve onu belirli bir noktada değiştirmek hakkına sahip olmaktadır. Bu görüşe göre, diğer yenilik doğuran hakların kullanılması, karşı tarafa varması gerekli, herhangi bir şekle tabi olmayan bir irade beyanıyla kullanıldığı halde, ceza koşulunun indirilmesi talebinin bir dava veya def'i şeklinde olması zorunludur. Ayrıca borçlu bir dava açmış ve dava için bütün şartlar gerçekleşmiş olsa da bu yönde bir hâkim kararının bulunması da zorunludur. Ancak tüm bu şartlar birlikte gerçekleştiğinde aşırı ceza koşulu indirilmiş olur⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Uçar, ss. 101-102. Aksi görüş için bkz. Kunter, s. 979; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 138. Tunçomağ, daha sonra başka bir eserinde, indirme yetkisinin, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla gerçekleşen iptal (bozma) yaptırımı olarak kabulün daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Bkz. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 879.

⁸⁰⁶ Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi**, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953, s. 211; Günay, Cezai Şart, s. 178. Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 139; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 329.

⁸⁰⁷ Hans Reichel, **Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung**, Festschrift für Adolf Wach, III. Band, Leipzig, 1913, s. 35. Aksi görüş için bkz. A. Arkan, s. 20; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 329.

⁸⁰⁸ Kaduk, StauK., § 343, kn. 37; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 139-140; A. Arkan, ss. 19-20; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 93; A. Özmen, ss. 61-62. Aksi görüş için bkz. Gülseven, s. 63.

*Yargusal indirim hakkı görüşüne göre, aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle borç ilişkisinde, onun özünde bir değişiklik olmaksızın, hâkim tarafından bir değişikliğe gidilir. Bu değişiklik, sadece aşırı olan kısmın makul bir seviyeye çekilmesi şeklindedir. Hâkim, kendisine verilen yetki çerçevesinde ceza koşulu edimini miktar yönünden indirmektedir*⁸⁰⁹.

*Bu görüşlere yönelik itirazlarımıza gelince, ceza koşulunun indirilmesini, ne türde olursa olsun kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) ile açıklamak yerinde değildir. Ceza koşulunun aşırılığında olduğu gibi aşırı yararlanma örneğinde de ahlaka aykırı bir durum söz konusudur, ancak orada yaptırım kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmemiştir. Kesin hükümsüzlük ağır bir ihlalin varlığında söz konusu olan bir yaptırımdır ve genellikle kanunkoyucu bu yaptırımı ya açık şekilde belirtir ya da bu sonuç, hükmün getiriliş amacından kolayca anlaşılır. Oysaki ceza koşulunun aşırılığında bu derecede bir ihlal bulunmadığı gibi, hükmün ifadesinden de hükümsüzlüğün varlığı anlaşılmamakta, bilakis metinde indirimin yapılacağı belirtilmektedir*⁸¹⁰. Hükümdeki kesin bir dille ifade edilen sonuçtan dolayı hükmün emredici olduğu sonucu çıkmaktaysa da sırf bu özelliği dayanak alarak kesin hükümsüzlüğü kabul etmek, hükümdeki aşırılığın giderilme yöntemini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu tutum, aynı zamanda indirim meselesine özel hüküm varken genel hükümler çerçevesinde çözüm üretmek çabasıdır ve bize göre bu sebeple de yerinde değildir.

İptal edilebilirlik görüşüne de katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, iptal sonucunda indirilen kısmının geçmişe etkili olarak ortadan kalkması yani borçlanılmamış sayılması yerinde değildir. Çünkü aşırı derecede yüksek olsa da ceza koşulunun tamamı geçerlidir. Nitekim aşırılık ileri sürülmezse ya da hâkim önüne bu hususta herhangi bir uyuşmazlık gitmezse, borçlu, ceza koşulu miktarının tamamını ödemekle yükümlüdür⁸¹¹. Ayrıca indirim yapılabilmesini iptal ya da fesih beyanıyla talebe bağlı kılmak da doğru değildir; çünkü maddede hâkimin gerektiğinde kendiliğinden indirim gideceği açıkça belirtilmektedir.

⁸⁰⁹ Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 323. Schwarz ise indirim hakkını sözleşmenin kazai yolla gözden geçirilmesi şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Schwarz, (çev. Bülent Davran), ss. 362-363.

⁸¹⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 138; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 327.

⁸¹¹ von Tuhr ve Escher, s. 285; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 138; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 328.

Ortalama yaptırım görüşü, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik görüşlerini ortalama bir yolda birleştirmeye çalıştığından, o görüşler için sıraladığımız itirazlarımız bu görüş için de geçerli olacaktır.

Sebepsiz zenginleşme görüşüne de katılmak mümkün değildir. Çünkü burada bir hukuki sebebin eksikliği veya geçersizliği olmayıp, ceza koşulu miktarının aşırılığı söz konusudur⁸¹². Ayrıca, ileride daha detaylı olarak değineceğimiz üzere, aşırı ceza koşulunun indirilmesi için, ceza koşulu ediminin kural olarak ifa edilmemiş olması gerekir. Henüz ifa edilmemiş olan bir edimin iadesinden bahsetmek ise yerinde olmayacaktır.

Yenilik doğuran hak görüşü de yerinde değildir. Çünkü hem Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” şeklindeki hem de 818 sayılı Borçlar Kanunu 161’inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir*” şeklindeki düzenlemelerle hukuki dayanaktan yoksundur. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de hem doktrinde, hâkimin kendiliğinden indirim gideceğine ilişkin görüşler, hem de uygulamada bu yönde kararlar mevcuttu⁸¹³.

Yargısal indirim hakkı görüşünde, hâkimin indirim yaparak ceza koşulunun makul bir seviyeye çekilmesi yönündeki açıklamalara katılmakla birlikte, terminoloji yönünden bu görüşe itiraz ediyoruz. Şöyle ki, yargısal indirim hakkı terimiyle hâkimin indirim hakkına sahip olduğu izlenimi doğmaktadır. Hâlbuki indirimin yapılabilmesi hâkimin takdirine bırakılmış bir yetkidir. Nitekim bu görüş de açıklamalarında, hâkimin Kanun’un kendisine vermiş olduğu yetkiyle bu indirimi yapabileceğini belirtmiştir.

Görüşümüze göre, aşırı ceza koşulunun indirilmesi, kendine özgü bağımsız bir yaptırım olan “indirim yaptırımı” olarak ifade edilebilir. Nitekim İsviçre Hukukunda

⁸¹² Tunçomağ, Cezai Şart, s. 139; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 329.

⁸¹³ Becker, m. 163, kn. 21; Schoch, ss. 68-69; Reck, s. 120; Bentele, ss. 126-127; von Tuhr ve Escher, s. 285; BGE 109 II 120, Er. 2, s. 121, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 175, s. 511); Funk, s. 232; Bilge, s. 119; Feyzioğlu, s. 403; Kunter, s. 978; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 844; Arsebük, Borçlar Hukuku, ss. 988-989; Birsen, s. 368; Hatemi, Ahlaka Aykırılık, s. 221, dn. 113; Kadir Arıcı, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, **GÜHFD**, 1997, C.1, S. 1, s. 50; Tanju Uygur, s. 816; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536; T. Önen, s. 122; Belen, Cezai Şart, s. 520; Uçar, s. 23; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1403; Nar, s. 22; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 102; Kırkbeşoğlu, s. 315; Yarg. 15. HD., T. 24.2.1977, E. 1977/274, K. 1977/426, (Uçar, s. 145); Yarg. 15. HD., T. 25.4.1980, E. 1980/976, K. 1980/1801, (Uçar, s. 145); Yarg. 13. HD., T. 3.10.2000, E. 4512, K. 7781 (Günay, Cezai Şart, ss. 208-210, dn. 594).

da modern eğilimlerde diğer yaptırım türlerinden veya yenilik doğuran hak gibi diğer hukuki terimlerden hiç bahsedilmeyip, konu açıklanırken “*uygun/ölçülü/izin verilen bir miktara indirim*” anlamına gelen “*herabsetzen auf das zulässige/angemessene/erlaubte Mass*” ifadelerinin tercih edilmesi⁸¹⁴, böyle bir özgün yaptırımın kabulü yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinde hâkim hem bir yetkiye hem de bir göreve sahiptir. Taraflar bu konuda uyarımasalar veya bir talepte bulunmasalar da hâkim, kendiliğinden indirimin koşulları hakkında araştırmada bulunur. Tarafların bu noktada bir ispat yükünden söz etmek mümkün değildir. Hâkim indirim karar verdiğinde, sözleşmeye müdahalede bulunarak ceza koşulunu makul bir seviyeye indirmiş olur. Böylece taraflar arasındaki sözleşmenin, onların talebi aranmaksızın, sadece ceza koşulu yönünden uyarlanması gerçekleşmiş olur.

C. İndirim İçin Gerekli Olan Şartlar

1. Geçerli Bir Ceza Koşulunun Bulunması

Ceza koşulunun indirilmesinden söz edebilmek için, ikinci bölümde detaylı şekilde değindiğimiz gibi, bütün unsurlarıyla birlikte bir ceza koşulunun varlığı gereklidir. Hangi tür hukuki işlemle belirlenmiş olursa olsun, koşulları gerçekleşmişse, ceza koşulunun indirilmesi mümkündür. Bu konuda sadece toplu iş sözleşmesi hükümleriyle kararlaştırılan ceza koşulunun hâkim tarafından indirilip indirilemeyeceği meselesi konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, ceza koşuluna ilişkin hükümler, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri olduğu için; toplu iş sözleşmesindeki ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesi halinde, bu durum, anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale

⁸¹⁴ Pietruszak, m.163, kn. 5; Matthias Schwaibold, **Kurzkomentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, m. 340a, kn. 2; Michael Vlcek, **Kurzkomentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, m. 417, kn 3; Schwenzer, kn. 24.08, 32.45, 46.09. Yukarıda bahsettiğimiz terimler yanında bazı yazarlar, “*geçerlilik kazandıran indirim/nicel kısmi hükümsüzlük*” anlamına gelen “*geltungserhaltende Reduktion/quantitative Teilnichtigkeit*” terimlerini de kullanmaktadırlar. Bkz. Christoph Krampe, “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln-Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur-”, **AcP**, 194, 1994, ss. 1, 9; Bertold Herzog, **Quantitative Teilnichtigkeit**, Göttingen, 1926, s. 88 vd.; Reinhard Zimmerman, **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit**, Duncker und Humblot, Berlin, 1979, s. 60; Westermann, § 343, kn. 6.

anlamı taşıyacağı için kabul edilemez⁸¹⁵. Diğer bir görüşe göre ise, toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirilmesi mümkündür⁸¹⁶.

Ayrıca indirim tabi olan ceza koşulunun konusunun mutlaka para edimi olması da şart değildir. Paradan başka bir edim olan ceza koşulunun indirilmesi de mümkündür⁸¹⁷. Aksinin kabulü, alacaklıya borçlu ile aralarındaki ilişkide ceza koşulu olarak para dışında, örneğin belirlenen gramda altın verileceğine ilişkin belirlemelerle, hâkimin müdahalesinden kaçınma imkânı verecektir. Bu hususun borçlu bakımından sakıncalar doğuracağı şüphesizdir⁸¹⁸.

Mevcut olan ceza koşulunun ayrıca geçerli olması da indirim için gerekli bir koşuldur. Ceza koşulunun kendisinin veya bağlı olduğu asıl borcun geçersiz olduğu hallerde indirim de söz konusu olmayacaktır⁸¹⁹. Örneğin, uygulamada sıklıkla rastlandığı şekilde ceza koşuluna, genel işlem koşulu olarak standart bir sözleşmede yer verilmesinde, genel işlem koşulu niteliğindeki ceza koşulunun geçersizliği söz konusu olursa, artık geçerli bir ceza koşulunun varlığından söz edilemeyeceği için indirimi de mümkün olmayacaktır⁸²⁰. Doktrinde bir görüş, aşırı nitelikteki ceza koşulunun aynı zamanda ahlaka aykırı nitelikte de olabileceğini ve bu sebeple hükümsüz olabileceğini belirterek ahlaka aykırı aşırı ceza koşulunun hem geçersiz hem de indirilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir⁸²¹. Ancak daha önce de

⁸¹⁵ Bkz. Süzek, Fesih, ss. 15-16; E. Özdemir, İş Hukukunda Cezai Şart, ss. 406-409; Filiz Kozak, **Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, ss. 57-58.

⁸¹⁶ Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 1; Mollamahmutoğlu, s. 656; Bulut, s. 141; YHGK, T. 12.3.2003, E. 2003/9-150, K. 2003/151, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018); Yarg. 9. HD., T. 19.9.2008, E. 2007/26128, K. 2008/24190, (Legalbank, E.T.: 1.11.2018).

⁸¹⁷ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142; Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 332; Yücel, s. 2947. Para dışında bir edimin nasıl indirileceği, aşağıda indirimin yapılma şekliyle ilgili “Hâkimin İndirim Kararı” açıklamalarımız arasında belirtilmiştir.

⁸¹⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142.

⁸¹⁹ Jan Dirk Harke, **Allgemeines Schuldrecht**, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010, s. 152, kn. 160; Beisenkötter, s. 131; Westermann, § 343, kn. 1; Göktürk, Cezai Şart, ss. 402-403; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142; Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Gökçeoğlu, s. 67; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 93.

⁸²⁰ Alman Medeni Kanunu’ndaki genel işlem koşulu niteliğinde ceza koşulunun özel olarak düzenlenerek 309’uncu paragrafın beşinci ve altıncı bentlerinde ceza koşulu talep etme imkânı tanıyan şartların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Aydoğdu, Denetim, s. 150. Oysaki hukukumuz bakımından, genel işlem koşulu niteliğindeki her ceza koşulunun baştan kesin şekilde geçersiz olacağı kabul edilmemiş olup, aşırı olmamak kaydıyla ve karşı tarafı açıkça uyarmak şartıyla genel işlem koşulları içinde ceza koşulu niteliğinde bir kayda yer verilebilme imkânı benimsenmiştir. Bkz. Aydoğdu, Denetim, s. 150.

⁸²¹ Kunter, ss. 976, 978.

ifade ettiğimiz gibi, edimin konusu yönünden ceza koşulunun ahlaka aykırılığından söz ediyorsak ceza koşulunun hükümsüzlüğü gündeme geleceği için artık indirimden bahsedilemez. Edimin miktarı bakımından ahlaka aykırılığını da kapsar şekildeki ilgili düzenleme gereği (TBK m. 182/III) de aşırı ceza koşulunun özel hükmün varlığı sebebiyle artık hükümsüzlüğü değil indirimi söz konusu olur.

Bazı durumlarda, kanunkoyucunun, bir ceza koşulu mevcut olmamasına rağmen; ceza koşuluna ilişkin hükümlerin; özellikle de indirimle ilgili hükmün uygulanmasını kabul ettiği görülür.

Bunlardan biri, Türk Borçlar Kanunu'nun 181'nci maddesi gereği, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelerdir⁸²². Bununla birlikte, ilgili hükmün ikinci fıkrasıyla (TBK m. 181/II) taksitle satışa ilişkin hükümler saklı tutularak, indirim yapabilme imkânı oldukça sınırlandırılmıştır. Gerçekten indirim imkânını öngören birinci fıkranın en çok uygulanabilir olduğu alan taksitli satışlardır⁸²³. Taksitli satışlarda taksitle satışın sona ermesinde iade yükümlülüğünü düzenleyen emredici hükme göre (TBK m. 260/I), taksitle satışta dönme durumunda, taraflar aldıklarını birbirlerine geri vermek zorunda olduklarından, taksitle satışta kısmi ifanın yanması gibi bir sonuç ortaya çıkamaz. İşte bu sebeple ceza koşuluyla ilgili hükümlerin uygulanması da işin doğası gereği mümkün olmaz⁸²⁴.

Diğeri ise, faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlunun temerrüt faizini, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden daha öncesinden işletilmeye başlanacağı yönündeki anlaşmalardır (TBK m. 121/II). Tarafların mesela temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizinin işleyeceğini kararlaştırmaları halinde, böyle bir anlaşma hakkında ceza koşulu hükümleri; özellikle de ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili hüküm uygulanacaktır. Temerrüt faizinin daha erken bir tarihte işlemeye başlamasıyla, borçlunun toplamda daha fazla faiz ödemek zorunda kalacağı ihtimaline karşılık, kanunkoyucu böyle bir yollama yaparak onu

⁸²² Ehrat ve Widmer, BSK, m. 162, kn. 2; Pietruszak, KurzK., m. 162, kn. 2; von Tuhr ve Escher, s. 280; BGE 133 III 43, s. 48, (relevancy.bger.ch, E.T.:27.06.2018). İndirimin ödenmiş kısım bakımından da gerçekleştirilebileceği yönünde bkz. Oser ve Schönenberger, s. 707, kn. 4.

⁸²³ Oser ve Schönenberger, ss. 706-707, kn. 3; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 36; Gökçeoğlu, s. 25.

⁸²⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki taksitli satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin (m. 226a-226m) Tüketici Kredisi Kanunu (Konsumkreditgesetz- yürürlük tarihi: 1.1.2003) sebebiyle yürürlükten kalkmasıyla, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 162'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 162, kn. 3a; Wuffli, OFK, m. 162, kn. 1.

korumak istemiştir⁸²⁵. Söz konusu bu Kanun hükümleri yanında doktrinde de, bir ceza koşulu olmamasına rağmen, bazı durumlarda ceza koşuluyla ilgili indirim hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlardan biri gerçek olmayan ceza koşuludur⁸²⁶. Doktrinin haklı olarak ifade ettiği gibi, gerçek olmayan ceza koşulu da borçlu üzerinde bir baskı oluşturur ve burada da borçlunun benzer bir korumaya ihtiyacı vardır⁸²⁷. Diğer durum ise, ceza koşulu türleri arasında kabul etmediğimiz dönme cezasıdır⁸²⁸. Bununla birlikte doktrinde haklı olarak çoğunluk görüş, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, herhangi bir neden olmaksızın sözleşmeden dönme yolunu tercih eden ve bu sebeple ceza koşulu ödeyeceğini hesaba katan borçlunun, üstüne indirim yoluyla korunma ihtiyacının varlığından bahsetmek anlamsız olacağından, dönme cezasında indirim yapılamayacağını savunmaktadır⁸²⁹. Diğer bir durum da cayma parasıdır⁸³⁰. Ancak, dönme cezasında bahsettiğimiz gerekçelerle, cayma parasının da indirilmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz⁸³¹. Nitekim Yargıtay da aynı kabulde bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“...ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapıp yapılamayacağı çözümlenmelidir. BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamıyla ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz...”⁸³².

⁸²⁵ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 143; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 336.

⁸²⁶ von Tuhr ve Escher, s. 287; Schoch, s. 11; Seeliger, s. 27; Koller, Konventionalstrafe, kn. 55; Westermann, § 343, kn. 7; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 143-144; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 336; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 95; A. Özmen, s. 70.

⁸²⁷ Seeliger, s. 27; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 143-144; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 336.

⁸²⁸ Koller, Reugeld, s. 82, dn. 17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 353; Yücel, s. 2946; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 94. Farklı gerekçeyle de olsa aynı yönde bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, ss. 222-228. Koller ayrıca, sözleşmenin ifasına kusurlu şekilde engel olunması sebebiyle cayma parasının muaccel olması durumunda, bunun dönme cezası (Wandelpön) olacağını, bu sebeple İBK m. 163/III’ün kıyasen değil doğrudan uygulanacağını ifade etmiştir. Bkz. Koller, Reugeld, s. 82, s. 82 dn. 14.

⁸²⁹ von Büren, s. 411; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 14; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 532; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 332; Hatemi ve Gökyayla, s. 357; Öktem Çevik, s. 106; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 684.

⁸³⁰ Wolfer, Reugeld, s. 88 kn. 272, s. 98 kn. 294; Koller, Reugeld, s. 82, s. 82 dn. 14; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, ss. 353, 341; Kunter, s. 973; Reisoğlu, s. 455.

⁸³¹ Aynı yönde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3867; Pietruszak, KurzK., m. 158, kn. 6; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142; Öktem Çevik, s. 110; Düzceer, s. 347; Feyzioğlu, s. 381; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 158, kn. 13; Eren, Genel Hükümler, s. 1217; A. Yıldırım., s. 380; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 541; M. Ayan, s. 79; Erdem, Dönme Tazminatı, s. 678; B. Yağcıoğlu, s. 1257.

⁸³² YHGK, T. 24.1.1970, E. 1966/4-1348, K. 1970/50. Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016).

2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Ceza koşulu muaccel olmadan önce, nasıl ki alacaklı onun ifasını isteyemiyorsa, indirim söz konusu olmayacak; haliyle borçlu da böyle bir talepte bulunamayacak, hâkim de önüne gelen uyuşmazlıkta indirim yapamayacaktır. Ceza koşulunun asıl alacağa bağlı ferî nitelikte bir borç olması da bu sonucu destekler, nitekim muaccel olmadan önce ceza koşulu bağımsız bir alacak niteliğinde değildir⁸³³. Bundan başka, borçlunun, ceza koşulunun muaccel olmasından önce indirim talebinde bulunmasında bir menfaati de bulunmamaktadır⁸³⁴.

İndirimin istenebilmesi için, alacaklının ceza koşulunu talep etmesi zorunlu değildir. Ceza koşulu muaccel olmuş ise, alacaklı buna yönelik bir dava açmamış olsa bile, borçlunun aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik dava açması mümkündür⁸³⁵.

3. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Ceza koşulunun ifa edilmesinden sonra, kural olarak, indirimin mümkün olmaması gerekir⁸³⁶. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında konuya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, Alman Medeni Kanunu'nun 343'üncü paragrafında ifa edilmiş olan ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

⁸³³ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3829; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 11; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 12; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 7; BGE 133 III 43, Er. 3.3.1, s. 48, (relevancy.bger.ch, E.T.: 02.07.2018); BGE 69 II 76, s. 79, (entscheide.weblaw.ch, E.T.:02.07.2018); Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536; Karataş, s. 381; Yücel, s. 2947; Demirtaş, s. 867; Öktem Çevik, s. 108; Ferhat Erçin, "Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlakı Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri", **İKÜHFD**, C.10, S. 1, Ocak 2011, s. 95. Alman Medeni Kanunu'nun 343'üncü paragrafında da, ceza koşulunun indirilmesi için açıkça ceza koşulunun muacceliyetinden bahsedilmiştir.

⁸³⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 144; A. Arkan, s. 20; Nar, ss. 13-14; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 99; A. Özmen, s. 74. Henüz muaccel olmayan bir ceza koşulunun indirilmesi mümkün olmadığı gibi, aşırı olup olmadığının tespiti için dava dahi açılmayacağı yönünde bkz. Kaduk, StauK., § 343, kn. 17; Gottwald, MünchK., § 343, kn. 15; Lorenz Betz, **Abänderung des Vertragsinhalts durch richterliche Entscheidung**, Kulmbach, 1930, ss. 20-21; Huguenin, kn. 1231; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 12; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 7; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 144; Dirican, s. 186.

⁸³⁵ Gottwald, MünchK., § 343, kn. 15; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 99.

⁸³⁶ Becker, m. 163, kn. 22; Keller ve Schöbi, s. 96; Bucher, s. 532; Reck, s. 121; Beisenkötter, s. 131; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 7; Bilge, ss. 119-120; Funk, s. 232; Çernis, s. 516; Arsebük, Cezai Şart, s. 993; Arsebük, Borçlar Hukuku, s. 989; O. Berki, s. 300; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 154-156; Birsan, s. 369; Tanju Uygur, s. 818; Eren, Genel Hükümler, s. 1213; Oğuzman ve Öz, s. 536; T. Önen, s. 122; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1402; Yücel, ss. 2949-2950; Günay, Cezai Şart, s. 181; Dirican, s. 187; Karataş, s. 381; Demirtaş, s. 867; Nar, s. 14; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 99-100; Öktem Çevik, s. 108; Tamer, ss. 747-748; A. Özmen, s. 77.

Doktrinde bir görüşe göre, borçlu ceza koşulunu ifa etse bile, onun indirilmesini talep edebilir⁸³⁷. Bu görüşün savunan yazarlardan biri, indirim yapılabilmesine iki dayanak göstermektedir: Dayanaklarından biri, ceza koşulu hükümlerinin, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağına ilişkin Kanun hükmüdür (TBK m. 181/I). Bu görüşe göre, nasıl ki alacaklıya kalacağı taahhüt edilen kısmi ödemelerde indirim mümkünse, alacaklının tahsil ettiği ceza koşulu bakımından da indirim mümkün olmalıdır. Diğer dayanak ise, geçersiz bir işleme dayalı olarak yapılan ifanın sonradan geçerli hale getirilemeyeceği, bunun geçersizliğinin tespitinin her zaman mümkün olabileceği düşünceleridir. Bu görüşe göre, aşırı ceza koşulu, ahlaka veya emredici hukuk kurallarına aykırı ve dolayısıyla geçersiz bir işlem olduğundan, ifa edilse de bu aykırılık varlığını koruyacak ve borçlunun indirim yoluyla bu aykırılığı giderme imkânı ortadan kalkmayacaktır⁸³⁸. Aynı görüşte olan başka bir yazar ise, ceza koşulunun indirilmesini düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımı kapsamında değerlendirdiği için, bu tarz bir hükümsüzlüğün sonuçlarına ilişkin olarak da, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün niteliği ve amacına uygun düştüğü ölçüde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesinin kıyasen uygulanabileceğini, yani, önceden ödenen ceza koşulunun Türk Borçlar Kanunu'nun 78'nci maddesinin birinci fıkrasındaki engele maruz kalmadan geri istenebileceğini ifade etmiştir⁸³⁹. Yine aynı görüşte olan başka yazarlar da ödendikten sonra ceza koşulunun aşırı olduğunun ileri sürülmesi halinde, aşırılığın titizlikle incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁴⁰.

İndirim yapılabileceği sonucuna farklı bir gerekçeyle ulaşan yazarlara göre ise, indirim imkânı bazı hallerde mümkün olabilmelidir. Bunlar, ceza koşulu borçlusunun ödeme yaparken, hal ve şartlardan indirim hakkından vazgeçtiği veya ceza koşulu miktarının aşırı olmadığı yorumuna ulaşılmadığı hallerdir⁸⁴¹.

⁸³⁷ Oser ve Schönerberger, s. 710, kn. 17; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 356; Kunter, s. 973; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 845; Er, s. 372; A. Arkan, s. 22; Belen, Cezai Şart, s. 521; Hatemi ve Gökyayla, s. 360.

⁸³⁸ Kunter, s. 973-983.

⁸³⁹ Kırkbeşoğlu, ss. 307-308, 312.

⁸⁴⁰ Hatemi ve Gökyayla, s. 360; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 356; Belen, Cezai Şart, s. 521.

⁸⁴¹ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 12; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 10; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3832; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1387.

Kanaatimizce, ifa edilmiş ceza koşulunun indirilmesi, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder (TMK m. 2)⁸⁴². Nitekim ceza koşulunu ifa edebilen borçlu için bu davranış, miktarın aşırı olmadığı sonucuna götüreceğinden aksinin iddia edilmesi bir çelişkidir⁸⁴³. Borçlunun çelişki oluşturmayacak şekilde davranması konusunda haklı görülebilir bir durum, onun ifayı yerine getirirken, indirim yapılabilmesi konusunda bir ihtirazi kayıt koymasındır⁸⁴⁴. İhtirazi kayıt koyan borçlu, ceza koşulunu ödeyerek, sonradan kendisini faiz, icra tehdidi gibi baskılardan koruma altına almak amacıyla böyle bir yola başvurmaktadır. Benzer bir davranış tarzı uyarılama davalarında da zaten kanunkoyucu tarafından benimsenerek, uyarılama davası açabilmek için hakkını saklı tutarak ifayı yerine getirmesi şeklindeki borçlu tutumu haklı görülmüştür (TBK m. 138). İhtirazi kayıt koyma şeklindeki bu istisnai durumda, hâkimin de indirim kararı vermesi sonucunda, ödenmiş olan kısmın iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istenebilir⁸⁴⁵.

Borçlunun ifadan sonra indirim isteyebileceği bir diğer durum ise, onun ifasında alacaklının hilesinin veya tehdidinin etkili olması durumudur⁸⁴⁶. Özellikle iş sözleşmesi ve buna benzer hukuki ilişkilerde, yani taraflar arasında ekonomik dengenin bulunmadığı sözleşmelerde, böyle bir durumun ortaya çıkabilmesi mümkündür. Örneğin işçinin işini kaybetmemek için gönüllü olarak değil, baskı altında kalarak ceza koşulunu ifa etmek zorunda kaldığı hallerde, sonradan; özellikle de iş sözleşmesi sona erdikten sonra indirim isteyebilmesi böyledir⁸⁴⁷.

İfadan sonra indirimin değerlendirilmesi gerektiği bir başka durum ise, ceza koşulunun kısmen ifa edilmesidir. Şöyle ki, ceza koşulu kısmen ifa edilmişse de,

⁸⁴² Tamer, s. 748.

⁸⁴³ Betz, s. 23; Seeliger, s. 40; BGE 133 III 43, Er. 3.5, s. 49, (Krauskopf, m. 163, kn. 8); Tunçomağ, Cezai Şart, s. 156. Aynı zamanda indirimi bu durumda kabul etmenin hukuki güvensizlik de oluşturabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Reck, s. 121.

⁸⁴⁴ Betz, s. 23; Berger, kn. 1799; Schwenger, kn. 71.17; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 10; BGE 133 III 43, Er. 3.5, s. 49, (Krauskopf, m. 163, kn. 8); Tunçomağ, Cezai Şart, s. 156; Yücel, ss. 2949-2950; Nar, s. 14; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 100; Tamer, s. 748; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1387. İhtirazi kayıta bulunma zorunluluğuna yönelik eleştiriler için bkz. Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, 2009, ss. 112-113; Herdem Belen, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, (Kısa Şerh), ss. 372-373.

⁸⁴⁵ Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1387.

⁸⁴⁶ Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 110-111; Ozan, s. 139; Tamer, s. 748; A. Özmen, s. 78; Muhammet Emin Bingöl, **Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 121.

⁸⁴⁷ Bucher, s. 532; Becker, m. 163, kn. 22; Reck, s. 121; M.E. Bingöl, s. 121; Karagöz, İş Sözleşmesi, ss. 51-52; Nar, s. 15.

indirimın yapılıp yapılmayacağı değerlendirmesi, edimin ifa edilmeyen kısmı üzerinden değil, tamamı üzerinden söz konusu olur. Ancak bu konuda iki ayrı ihtimali göz önünde tutmak gerekir. Birinci ihtimalde, borçlu indirilmiş miktardan daha düşük seviyede ifada bulunmuşsa, bakiye kalan kısmı ifa ederek borcundan kurtulacaktır. İkinci ihtimalde, borçlu, indirilmiş miktardan yüksek seviyede ifada bulunmuşsa, yapmış olduğu fazla ifanın geri verilmesini isteyemeyeceği sonucuna varılmalıdır. İkinci ihtimalde varmış olduğumuz bu sonuç çelişkili gibi görünse de, aslında burada, ifa edilen ceza koşulunun indirilememesi şeklindeki genel kuralın uygulanması söz konusudur⁸⁴⁸.

4. Ceza Koşulunun Aşırı Olması

Ceza koşulunun indirilmesindeki en önemli sebep, borçlunun ödeme yükümlülüğü altına girdiği ceza koşulunun aşırı olmasıdır. İndirimle ilgili hükümde (TBK m. 182/III) ceza koşulunun aşırılığından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Bu sebeple aşırılığın belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır⁸⁴⁹. Hâkimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlerken göz önünde tutması gereken ilkeler, doktrin ve uygulama tarafından ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu ilkeleri incelemeye geçmeden önce, hâkimin aşırılığı belirlerken hangi anı esas alacağını ortaya koymak ve takip eden açıklamalarımızda aşırılığın tespit edilmesinde göz önünde tutulabilecek ölçütleri sıralamak uygun olacaktır.

a. Aşırılığın Tespitinde Esas Alınması Gereken An

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde esas alınması gereken anın belirlenmesi önem taşır. Ceza koşulu ediminin mali nitelikte bir edim olması gerekliliği karşısında, bu edimin değerinin zaman içinde değişim göstermesi kaçınılmazdır. Hukuki işlemin yapıldığı tarihten ceza koşulunun ifa edileceği tarihe kadar, öngörülen ceza koşulu ediminin aradan geçen süreçte değer değişikliğine uğraması sonucunda, indirim

⁸⁴⁸ Gottwald, MünchK., § 343, kn. 16; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 100.

⁸⁴⁹ Bentele, s. 113; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Lindacher, Vertragsstrafe, s. 109; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 339; Kırkbeşoğlu, s. 307.

hangi an esas alınarak yapılacağı meselesi taraf menfaatlerini dengeye oturtabilmek açısından ciddiye alınması gereken bir meseledir. Aşırılıkta esas alınması gereken an açısından, ceza koşulunun güvence altına aldığı asıl borcun değeri de önemli bir rol oynayabilir. Örneğin, asıl borcun konusunu fiyatları artan şekilde değişken mallar oluşturmaktaysa, alacaklının bu sebeple elde edeceği değer fazlalığı göz önünde tutularak, başlangıçta makul düzeyde görünen ceza koşulunun sonradan aşırı hale geldiği sonucuna varılabilir.

Ceza koşulunun aşırı sayılmasına yol açan etkenlerin fazlalığı ve zamansal değişkenlik faktörleri, ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken esas alınması gereken an açısından da doktrinde farklı görüşler ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bu görüşler, ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın (ceza koşuluna ilişkin hukuki işlemin yapıldığı anın) esas alınması⁸⁵⁰; ceza koşulunun muacceliyet kazandığı anın (güvence altına alınan asıl borcun ihlal edildiği zamandaki durumun) esas alınması⁸⁵¹, dava tarihinin esas alınması⁸⁵², olayın özelliklerine göre değişik zamanların esas alınması⁸⁵³ ve hâkimin karar verdiği anın esas alınması⁸⁵⁴ şeklinde sıralanabilir.

Bu görüşleri değerlendirmek gerekirse, hukuki işlemin yapıldığı anın esas alınması görüşü bazı sakıncalar doğurabileceğinden yerinde değildir. Şöyle ki, kararlaştırılan tarihte aşırı olmayan ceza koşulu, ekonomik koşullar sebebiyle sonradan aşırı hale gelebilir. Pekâlâ, bunun aksi de gerçekleşebilir; kararlaştırılan anda aşırı olan ceza koşulu, daha sonra değişen piyasa koşulları sebebiyle veya alacaklının elde edeceği menfaatlerin sonradan fazlalaşması sebebiyle aşırılığını kaybetmiş olabilir. Bu sebeple hukuki işlemin yapıldığı anın kabulü, sonradan aşırı hale gelen ceza koşulunda hiçbir indirim yapılmaması sonucunu doğurur ki bu durum borçlunun aleyhine olacaktır. Diğer ihtimalde, başlangıçta aşırı diye indirim yapılırca, makul değer seviyesine inmiş olan ceza koşulunda bir kez daha değersizleştirme yoluna

⁸⁵⁰ Heinrich Siber, **Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht**, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1903, ss. 152-153, (https://archive.org/stream/bub_gb_yo0UAAAAYAAJ-#page/n163, E.T.: 3.8.2018).

⁸⁵¹ Becker, m. 163, kn. 11; Bötticher, s. 25; Bentele, s. 122; Huguenin, kn. 1231; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 15; BGE 40 II 224, s. 232, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 9.11.2018).

⁸⁵² Bu görüşe göre, her dava açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirileceği için duruşma aşamasındaki durum ve davanın uzaması sonuca etki etmemelidir. Bkz. Günay, Cezai Şart, s. 196; A. Özmen, s. 92.

⁸⁵³ Kaduk, StauK., § 343, kn. 25; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 101.

⁸⁵⁴ Seeliger, ss. 31-32; Westermann, § 343, kn. 4; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3831; Betz, ss. 15-16; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 151; A. Arkan, s. 22; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 352-353; Hatemi ve Gökyayla, s. 360; Tamer, s. 748; Nar, s. 22.

gidilmiş olacaktır ki bu durum da alacaklının aleyhine olacaktır⁸⁵⁵. İleri sürülen diğer görüş olan muacceliyet anının esas alınmasında, ortaya çıkabilecek sakıncaların daha az düzeyde olabileceği söylenebilirse de, benzer eleştiriler bu görüşe karşı da yöneltilebilir. Özellikle kısa sürede meydana gelebilen ekonomik değişimlerin sıklıkla ortaya çıkabildiği ülkemiz şartlarında bu görüşün doğurabileceği sakınca şiddeti daha fazla olabilecektir⁸⁵⁶. Diğer görüş olan dava tarihinin esas alınması görüşü de, benzer eleştirilere hedef olabilir. Şöyle ki yine ülkemiz gerçeklerine göre yargılama sürecinin uzunluğu göz önünde bulundurulursa, bu süreçte hem borçlunun hem de alacaklının ekonomik durumlarının ve menfaatlerinin değişkenlik göstermesi ve buna bağlı olarak aralarındaki menfaat dengesinin bozulması pek olası bir durumdur⁸⁵⁷. Görüşlerin getirdiği an önerileri karşısında, olayın özelliklerine göre değişik zamanların esas alınması görüşü ilk bakışta makul bir görüş izlenimi uyandırmaktadır. Ancak bu görüş, sonuçları itibariyle yargı uygulamasında tereddüte ve istikrarsızlığa yol açabilir ve böylece benzer olaylarda farklı anların esas alınmasıyla hukuk güvenliğini tehlikeye sokabilir⁸⁵⁸. Kanaatimizce bu konuda üstünlük tanınması gerekli olan görüş, hâkimin karar verdiği anın dikkate alınması gerektiğini ileri süren görüştür. Bu görüş, tarafların değişkenlik gösteren ekonomik menfaatlerini, indirim yapılacağı ve böylece indirilmiş tutarın ifa edileceği ana en yakın tarihi esas alması sebebiyle hakkaniyete uygun sonuçlar doğmasını sağlayacaktır.

Ceza koşulu ediminin paradan başka bir şey olarak kararlaştırıldığı hallerde aşırılığın tespitine geçmeden önce söz konusu edimin parasal değerinin tespitinin yapılması gerekir⁸⁵⁹. İşte bu noktada, değer tespiti açısından hangi anın esas alınacağı konusunda da bir tereddüt ortaya çıkabilir. Kanaatimizce bu durumda da, yargılamada parasal değeri tespit eden bilirkişi raporunun mümkün oldukça karara en yakın tarihte aldırılması uygun olacaktır. İfade edilmeli ki, taraf menfaatlerine uygun düşmesi sebebiyle, kanunkoyucunun edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi örneğinde, tasfiye edilecek edinilmiş malların tasfiye anındaki değerleriyle (karar tarihindeki değerleriyle) hesaba katılacağını benimsemesi (TMK m. 235/I), bu düşüncemizi

⁸⁵⁵ Seeliger, s. 31; Betz, s. 15; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 150-151.

⁸⁵⁶ Seeliger, s. 31; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 151; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 352.

⁸⁵⁷ Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 353.

⁸⁵⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 151; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 353.

⁸⁵⁹ Bentele, s. 127.

destekler niteliktedir. Ayrıca karar tarihinin, miras hukukunda tenkis hesabında esas alınmasıyla ilgili hükmü de (TMK m. 564/II) bu niteliktedir.

b. Aşırılığın Tespitinde Hâkimin Yararlanabileceği Başlıca Ölçütler

Aşırı ceza koşulu sebebiyle hâkimin indirim yetkisini kullanması, tarafların irade özerkliğine getirilmiş istisnai nitelikte bir müdahale niteliği taşır. Bu sebeple hâkimin sınırlı durumlar için bu yetkiye başvurması ve bu konuda titiz davranması gerekir⁸⁶⁰. Kanun'da hâkimin aşırılığı belirlerken neleri dikkate alacağı, hangi ilkeleri göz önünde tutacağı belirtilmemiş, bu konu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim bu konudaki takdir yetkisini kullanırken, doktrin ve uygulamadaki görüşler doğrultusunda oluşturulmuş birtakım ölçütleri göz önünde bulundurabilir. Ancak ceza koşulunun aşırılığı, her somut olaya göre değişebilen nisbi bir kavram olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla hâkim, söz konusu ölçütleri göz önünde bulundurarak her somut olayı ve şartlarını kendi içinde bütünüyle değerlendirerek, hak ve adalet duygusuna göre hareket etmelidir⁸⁶¹.

(1) Alacaklının Menfaatleri

Ceza koşulunun borçlu açısından aşırı, hakkaniyete ve adalete aykırı nitelikte olmaması gerektiğini; zaten bu kurumun amacının da borçlunun sömürülmesini engellemek olduğunu ifade etmiştik. Ancak aşırılığın tespitinde ve buna göre indirim yapılmasında sadece borçlunun değil alacaklının da menfaati dikkate alınmalıdır⁸⁶².

⁸⁶⁰ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3827; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, hâkimin, ceza koşulu miktarı açıkça hakkaniyete aykırı olmadıkça başka bir deyişle zorunlu olmadıkça, sözleşmeye müdahale ederek olağanüstü yetkisini kullanmaması ve tarafların iradesine saygı göstermesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 7.7.2018).

⁸⁶¹ Hâkimin her bir somut olayı ayrı ayrı değerlendirmesi gerektiğine ilişkin bkz. Keller ve Schöbi, s. 96; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3827; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 15-17; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 7.7.2018); BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 1, (relevancy.bger.ch, E.T. 5.7.2018); "...Cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede, başvurulması gereken kıstaslar her olayda kendine özeldir ve önemlidir. ...", YHGK, T. 12.04.2000, E. 2000/13-749, K. 2000/758, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 4.10.2018).

⁸⁶² Yargıtay'ın bazı kararlarında, alacaklının menfaatini kastetmek üzere "alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı" ve aynı anlama gelecek şekilde "alacaklının yararları" kavramlarını kullandığı görülmektedir. Bkz. YHGK, T. 12.4.2000, E. 2000/13-749, K.2000/758; Yarg. 13. HD.,

Şöyle ki, indirim sonunda ceza koşulunun miktarı, ceza koşulunun amacını ortadan kaldırmayacak ölçüde olmalı ve böylece alacaklının menfaatine hizmet etmeye devam etmelidir. Dolayısıyla, sadece aşırılığın tespiti sırasında değil; ceza koşulunun indirilmesi sırasında da alacaklının menfaati gözetilmek zorundadır⁸⁶³. Ancak doktrin ve uygulama, alacaklının menfaatinin her şeyden önce göz önünde tutulması gerektiği yönünde bir kabulden yola çıkarak, bu ölçütün diğerlerine göre daha fazla önem taşıdığını kabul etmektedir⁸⁶⁴. Ancak, alacaklının menfaati, hâkimin yararlanabileceği ağırlıklı bir ölçüt olmayıp, gerektiğinde diğer ölçütler de birlikte ele alınmalı, indirimin amacının alacaklıdan ziyade borçluyu ekonomik anlamda koruma olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır⁸⁶⁵.

Alacaklının menfaati, onun hukuki ilişkiden kaynaklanan tüm beklentilerin karşılanmasına yöneliktir. Borçlu, alacaklının beklentilerini karşılamak üzere, sözleşmeyle maddî nitelikte bir menfaati yani bir malvarlığı değerini veya manevî nitelikte bir menfaati üstlenmiş olabilir. İşte bu noktada, somut ceza koşulu miktarı ile alacaklının bu beklentilerini ifade eden miktar arasında açık bir oransızlık varsa, ceza koşulunun aşırı olduğu kabul edilebilir⁸⁶⁶. Açık oransızlığın aranması gerekliliği

T. 15.2.2001, E. 2001/849, K. 2001/1519; Yarg. 13. HD., T. 20.5.2002, E. 2002/3941, K. 2002/5813; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; Yarg. 13. HD., T. 11.10.2005, E. 2005/10534 K. 2005/15033; Yarg. 13. HD., T. 19.12.2005, E. 2005/15438, K. 2005/18892; Yarg. 3. HD., T. 12.2.2008, E. 2008/1024, K. 2008/1845; Yarg. 6. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298; Yarg. 15. HD., T. 13.22.4.2010, E. 2009/6629, K. 2010/4835; Yarg. 3. HD., T. 5.2.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653; YHGK, T. 27.3.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409; Yarg. 6. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298; YHGK, T. 15.10.2014, E. 2013/13-1108, K. 2014/768, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 14.04.2016).

⁸⁶³ Bentele, s. 117; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3828; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Schwenzer, kn. 71.15; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 5; BGE 114 II 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, ss. 509-510); BGE 103 II 108, (relevancy.bger.ch, E.T.: 04.07.2018); Funk, s. 232; Eren, Genel Hükümler, s. 1213; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 535.

⁸⁶⁴ Tanju Uygur, s. 816; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 344; YHGK, T. 03.10.1973, E. 1971/391, K. 1973/751; YHGK, T. 25.11.1987, E. 1987/15-304, K. 1987/868; "...Cezai şartının indirilmesini gerektiren hallerde, hâkim her şeyden önce alacaklının menfaatini göz önünde tutmalı...", Yarg. 3. HD., T. 12.2.2008, E. 2008/1024, K. 2008/1845, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 14.04.2016). İş hukukunda da aynı yönde bkz. Nar, s. 16. Becker, alacaklının tazminata ilişkin hükümlere göre elde edeceği miktarın, ceza koşulunun indirileceği asgari sınır olarak kabul edilmesini önermektedir. Bkz. Becker, m. 163, kn. 9.

⁸⁶⁵ Reisoğlu, s. 459; Bilge, s. 110; Tanju Uygur, s. 817; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 370-371; Yarg. 13. HD., T. 15.2.2001, E. 2001/849, K. 2001/1519, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 14.04.2016).

⁸⁶⁶ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 6; BGer, 20.4.2015, 4A_5/2015, Er. 3.1, (www.bger.ch, E.T. 7.7.2018); BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1, (relevancy.bger.ch, (E.T.: 30.06.2018); BGer, 17.10.2011, 4A_174/2011, Er. 6.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 30.06.2018).

karşısında, alacaklının borcun ihlali dolayısıyla talep edebileceği tazminat miktarının üzerinde olan ceza koşulu açısından her zaman aşırılığın varlığını kabul etmek doğru olmaz⁸⁶⁷.

Alacaklının maddi nitelikteki menfaatlerinin karşılanması, borcun ihlal edildiği durumda, onun tüm maddi zararının karşılanmasını gerektirir. İşte bu durumda uğranılan zarar, ceza koşulunun indirilmesinde büyük rol oynar. Bir zararın varlığı kadar, alacaklının hiçbir zarara uğramadığı ya da önemsiz seviyede bir zarara uğradığı haller de göz önünde tutulması gereken bir durumdur. Ancak alacaklının zararının varlığı veya yokluğu ya da zararının önemsiz derecede olduğu gerekçesiyle, sadece bu ölçütü göz önünde tutarak sonuca varmak hatalı olur⁸⁶⁸. Çünkü ceza koşulunun zarardan bağımsızlığına ilişkin emredici nitelikteki hüküm (TBK m. 180/I) ve ceza koşulunun amacı böyle bir tutuma engel olur. Bu sebeple alacaklının zararı, somut olayın özelliklerine göre diğer ölçütlerle birlikte dikkate alınacak maddi bir menfaat olarak düşünülmelidir⁸⁶⁹. Alacaklının zararı, fiilen uğradığı zararlar olabileceği gibi gelecekte uğrayacağı muhtemel zararlar (yoksun kalınan kazançlar) da olabilir⁸⁷⁰. İşte tüm bu zarar kalemlerinin toplamıyla ulaşılan alacaklının zararı ile ceza koşulu arasında dengesizliğin bulunduğu, alacaklının zenginleşmesi sonucunun doğduğu

⁸⁶⁷ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; BGer, 17.10.2012, 4A_160/2012, Er. 1.2, (/www.bger.ch, E.T. 30.06.2018); BGer, 8.12.2009, 4A_141/2008, Er. 15.1.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 30.06.2018); BGE 133 III 43, Er. 4.1, s. 54, (relevancy.bger.ch, E.T.: 30.06.2018); BGE 114 II 264 s. 265, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510).

⁸⁶⁸ Buna karşılık Yargıtay'ın sadece zararı göz önünde tutarak sonuca vardığı isabetsiz kararları için bkz. YHGK, T. 03.10.1973, E. 1971/391, K. 1973/751; Yarg. 15. HD., T. 9.10.1986, E. 1986/1071, K. 1986/3211; YHGK, T. 25.11.1987, E. 1987/15-304, K. 1987/868, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.04.2016); YHGK, T. 22.9.2008, E. 2008/9-517, K. 2008/566, (Karagöz, Rekabet Yasağı, ss. 193-199).

⁸⁶⁹ Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; BGer, 17.10.2012, 4A_160/2012, Er. 1.2, (www.bger.ch, E.T. 30.06.2018); BGer, 8.12.2009, 4A_141/2008, Er. 15.1.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 30.06.2018); BGE 133 III 43, Er. 4.3, s. 55, (relevancy.bger.ch, E.T.: 05.07.2018); Reisoğlu, s. 459; Bilge, s. 110; İnan ve Yücel, s. 570. Benzer yönde; rekabet yasağına ilişkin bir ceza koşulunun indirilmesinde hem alacaklının (davacının) uğramış olduğu zararın hem de borçlunun (davalının) borca aykırı davranışındaki kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulduğu Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 82 II 142, (Selim Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964) II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, ss. 142-143). Yine ceza koşulunun aşırı olup olmadığının sadece alacaklının gerçekleşen zarar miktarı açısından değerlendirilemeyeceğine, somut olayın koşullarının değerlendirilmesiyle alacaklının maruz kaldığı zarar riskinin ve somut olaydaki diğer tüm durumların da birlikte değerlendirilmesi gerektiğine yönelik Federal Mahkeme kararı için bkz. BGer, 30.10.2006, 4C_172/2006, Er. 4.3, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018).

⁸⁷⁰ Bentele, ss. 117-118; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 16; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 346; Yücel, s. 2948; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 108; BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1, (www.servat.unibe.ch, E.T. 05.07.2018); BGE 103 II 108, s. 109, (relevancy.bger.ch, E.T.: 04.07.2018).

sonucuna varılıyor ve bu sonucu diğer ölçütler de haklı çıkarıyorsa, ceza koşulunun aşırı olduğu kabul edilebilir⁸⁷¹. Bu tahlilde, daha önce ifade ettiğimiz; alacaklının zararını aşan her ceza koşulunun aşırı olmayacağı açıklamalarımızla uyumlu olarak, indirim aşamasında da, ceza koşulu, alacaklının zarar miktarına indirgenmemeli, onun işlevini ortadan kaldıracak bir sonuca varılmamalıdır⁸⁷². Nitekim Yargıtay da bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir:

*“...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 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...”*⁸⁷³.

Bununla birlikte Yargıtay, bazı kararlarında ise, iş hukukuyla ilgili eğitim gideri karşılığı olarak öngörülen ceza koşulları bakımından, indirimde alacaklının menfaatlerini farklı bir tutum içinde değerlendirmekte, bu kapsamda işçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan ceza koşulundan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışılması gereken sürelerle göre oran kurarak indirime gidilmesi gerektiği sonucuna vararak, ceza koşulundaki indirimi zarar miktarına indirgemektedir⁸⁷⁴. Doktrinde, işçinin çalıştığı süre göz önünde bulundurularak ceza koşulunda indirim yapılmasının gerekliliğinin temelinde, işverenin yaptığı masrafa karşılık işçiden çalıştığı süre oranında yararlanmış olması esasının bulunduğu; dolayısıyla burada sözü edilen şekilde bir indirimin yapılması için ceza koşulunun fahiş olması şartının gerçekleşmiş olmasının gerekli olmadığı; hatta böyle bir indirim yapıldıktan sonra ceza koşulu fahiş görülüyorsa, hâkim tarafından ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin son fıkrasına göre bir indirimin yapılmasına bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir⁸⁷⁵. Kanaatimizce, bu görüşün, zararın karşılanması düşüncesinden hareket ederek,

⁸⁷¹ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 16; BGE 103 II 129, Er. 4, s. 135, (relevancy.bger.ch, E.T.: 04.07.2018); BGE 114 II 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510).

⁸⁷² Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 10; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 355; M. Ayan, s. 84.

⁸⁷³ Yarg. 13. HD, T. 14.11.1977, E. 1977/4495, K. 1977/5010, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁸⁷⁴ Yarg. 9. HD., T. 30.6.2011, E. 2009/17330, K. 2011/19554; YHGK, T. 6.12.2006, E. 2006/9-768, K. 2006/775, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.04.2016). Aynı yönde bkz. E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s. 148; E. Özdemir, İş Hukukunda Cezai Şart, s. 412; Ozan, s. 152; Demircioğlu, s. 166; Erseven Yıldız, ss. 178-179. Yargıtay’ın çalışılan süreye göre indirim yapmadığı kararları da bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 9. HD., T. 29.3.2000, E. 2000/507, K. 2000/4100, (Soyer, Karar İncelemesi, ss. 29-30). Kararın bu yönden eleştirisi için bkz. Soyer, Karar İncelemesi, ss. 31, 33.

⁸⁷⁵ E. Özdemir, Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart, s. 151; Başbuğ, ss. 12-13; Erseven Yıldız, s. 179.

çalışılan süre ile orantılı olarak kararlaştırılan ceza koşulunda indirimde gidilmesi esasını kabul etmesi yerinde değildir. Çünkü bu ihtimalde, bir ceza koşulunun varlığından söz edilemez. Bilindiği üzere, ceza koşulunun talebi, zararın varlığından bağımsızdır. Dolayısıyla, ceza koşulunun bu temel özelliği göz ardı edilmemelidir⁸⁷⁶. Yargıtay ve doktrinin yukarıda sözü edilen sınırlamalarıyla, adeta iş hukukuna özgü bir ceza koşulu kavramı oluşturulduğu gözlemlenmektedir⁸⁷⁷.

Borçlunun alacaklıya karşı manevi nitelikte bir menfaati üstlenmiş olduğu hallerde de, bu tür menfaatlerin de aşırılığın tespitinde göz önünde tutulması gerekir⁸⁷⁸. Borçlunun alacaklıya mali nitelik taşımayan bir borcu için, bunu yerine getirmemesi halinde ifa etmek üzere ceza koşulu üstlenmesinin mümkün olabileceğini daha önce ifade etmiştik. Alacaklının bu menfaatlerinin mali bir değeri olmasa da manevi bir değeri vardır ve bu değer hukuken korunmaya layık haklı menfaatleridir⁸⁷⁹. Dolayısıyla ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirimde bu menfaatlerin de göz önünde tutulması gerekir. Göz önünde tutma, sağlanan menfaatin alacaklıda yarattığı etki ile ceza koşulunun ifasının borçluda yaratacağı etkinin tahmini bir kıyaslama yapılması şeklinde olabilir⁸⁸⁰.

(2) Borçlunun Borcun İhlalindeki Kusuru

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde bir diğer ölçüt de kusurdur. Nasıl ki, tazminatın hesaplanmasında kusurun derecesi özellikle kusurun hafifliği indirim sebebi olarak önem taşıyorsa, ceza koşulunun indiriminde de benzer

⁸⁷⁶ Aynı yönde bkz. Alpagut, Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, s. 19. Nitekim Alman Hukuku'nda da bu tür kayıtlar, ceza koşulundan farklı olarak, “*geri ödeme kayıtları*” başlığı altında farklı hukuki koşullar altında değerlendirilmektedir. Bkz. Rehbinden, s. 215 vd.

⁸⁷⁷ Aynı yönde bkz. Erdem Özdemir, Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **SİHD**, Haziran, 2009, Y.4, S. 14, (Karar İncelemesi), s. 153.

⁸⁷⁸ Schoch, ss. 65-66; Bentele, s. 118; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; BGE 24 II 121, s. 126; BGE 29 II 696, ss. 704-704, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 9.11.2018); BGE 114 II 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510); Arsebük, Borçlar Hukuku, ss. 989-990; Kanık, s. 1077; Bilge, s. 121; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 146; Tanju Uygur, s. 816; Uçar, s. 105; Günay, Cezai Şart s. 182; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 345; Yücel, s. 2948; A. Özmen, s. 81; Gülseven, s. 100; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 107-108. Alman Medeni Kanunu'nun 343'üncü paragrafında, alacaklının bütün meşru menfaatlerinin yani manevi çıkarlarının da göz önünde bulundurulacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁷⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 147; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 345.

⁸⁸⁰ Benzer yönde bkz. Seeliger, ss. 32-33; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 147; Günay, s. Cezai Şart, 190; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 345; Gülseven, s. 100.

şekilde önem taşır. Nitekim hem İsviçre Hukuku hem de Türk Hukuku bakımından mahkeme içtihatlarında ve doktrinde borçlunun kusurunun ağırlığı, ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde ve indirilmesinde, belirleyici ölçütlerden biri olarak sayılmıştır⁸⁸¹. Önceki bölümdeki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, borçlu, kusurlu sorumluluk çerçevesinde sorumluya, asıl borcun ihlalinde kusuru bulunmadığını ispat ederek ceza koşulunu ödemekten tamamen kurtulacaktır. Ancak kusurun varlığı halinde onun derecesi ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde hâkimin takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutacağı ölçütlerden biri olacaktır. Kusurun göz önünde tutulmasının anlamı, onun derecesine göre aşırılığı değerlendirmektir. Buna göre borçlunun kusurlu sorumluluğu halinde, kusurun derecesi hafifse, somut olayın özelliğine göre hâkim ceza koşulunun aşırı olduğuna ve indirilmesi gerektiğine karar verebilir⁸⁸². Kusurun derecesi ağırsa, somut olayın özelliğine göre hâkim, ceza koşulunun aşırı olmadığına ve indirilmesinin hak ve adalete uygun olmayacağına karar verebilir⁸⁸³. Doktrinde bir görüşe göre de her hakkın kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde olduğu gibi aşırı ceza koşulunun indirilmesi bakımından da Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesine aykırılık oluşturması gereklidir; aksi durumda ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olamaz. Örneğin, borçlunun kasten alacaklının zararına hareket ettiği hallerde ceza koşulu indirilmemelidir⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ Becker, m. 163, kn. 16; von Tuhr ve Escher, s. 285; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 7; Huguenin, kn. 1231; Schwenzler, kn. 71.15; Bentele, s. 119; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Reck, s. 123; Kanık, s. 1078; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 355; Eren, Genel Hükümler, s. 1213; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 148-149; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 348-349; Nar, ss. 19-20; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 108-109; BGER, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1; BGER, 19.1.2005, 4C_360/2004, Er. 5.2; BGER, 14.10.2003, 4C_143/2003, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018); BGE 103 II 129, Er. 4, s. 135; BGE 91 II 372, Er. 11, s. 383, (relevancy.bger.ch, E.T.: 05.07.2018); YHGK, T. 9.10.1991, E. 1991/15-340, K. 1991/467; Yarg. 13. HD., T. 15.2.2001, E. 2001/849, K. 2001/1519; Yarg. 13. HD., T. 20.5.2002, E. 2002/3941, K. 2002/5813; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; Yarg. 13. HD., T. 11.10.2005, E. 2005/10534 K. 2005/15033; Yarg. 13. HD., T. 19.12.2005, E. 2005/15438, K. 2005/18892; Yarg. 3. HD., T. 12.2.2008, E. 2008/1024, K. 2008/1845; Yarg. 6. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298; Yarg. 15. HD., T. 22.4.2010, E. 2009/6629, K. 2010/4835; Yarg. 3. HD., T. 5.2.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653; YHGK, T. 27.3.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409; Yarg. 6. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298; YHGK, T. 15.10.2014, E. 2013/13-1108, K. 2014/768, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 14.04.2016).

⁸⁸² Becker, m. 163, kn. 16; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 149; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 349-350.

⁸⁸³ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Becker, m. 163, kn. 16; von Tuhr ve Escher, s. 285, dn. 70; Reck, s. 123; BGE 114 II 264, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510); Bilge, s. 123; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 149. Borçlunun kusurunun ağır olması halinde ceza koşulunun indirilmesi imkânının tamamen ortadan kalkacağı yönünde bkz. O. Berki, s. 299; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 350.

⁸⁸⁴ Tamer, s. 748; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 110-111.

Kusurun derecesinin aşırılığa etkisinde, daha önce ifade ettiğimiz gibi, somut olayın şartlarının da göz önünde tutulmasını gerektirir. Özellikle alacaklının borcun ihlalinde ortak kusuru da varsa, borçlunun kusuru ağır da olsa hâkim ceza koşulunun aşırılığına ve indirim yapılmasına karar verebilir⁸⁸⁵.

Borçlunun sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ise, borçlu kusursuz da olsa ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalacaktır. Bu durumda da kusurun yokluğu, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indiriminde göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁸⁶. Buna karşılık kusursuz sorumlulukta borçlu bir de kusurluysa (ek kusuru varsa), kusurun derecesiyle birlikte sorumluluğun bu niteliği de göz önünde tutularak ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde hâkim daha fazla titizlik göstermeli, gerektiğinde hiçbir aşırılığın bulunmadığına karar vermelidir.

Kusurunun varlığı ya da yokluğu; varsa hafifliği ya da ağırlığı, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde, indirilmesinde veya indirilmemesinde tek belirleyici ölçüt değildir; somut olayın niteliği ve diğer ölçütlerin de indirim sebeplerinin de birlikte değerlendirilmesi neticesinde ortaya konabilir⁸⁸⁷.

(3) Borca Aykırılığın Ağırlığı

Ceza koşulunun aşırılığının tespit edilmesinde ve indiriminde dikkat edilmesi gerekli bir başka ölçüt de, borçlunun borca aykırılığının ağırlığıdır⁸⁸⁸. Borca

⁸⁸⁵ Becker, m. 163, kn. 16; Bentele, s. 119; Reck, s. 123; BGE 38 II 94, s. 102; BGE 52 II 223, ss. 225-226, (www.servat.unibe.ch, E.T. 9.11.2018); BGE 61 II 238, (Reck, s. 131); Bilge, s. 123; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 149; Tanju Uygur, s. 817; Nar, s. 19; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 350.

⁸⁸⁶ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 148-149; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 349.

⁸⁸⁷ "...mahkemece, davalı defter ve kayıtları incelenerek ve sözleşmenin feshindeki kusur durumu dikkate alınıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek cezai şart hususunda varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken...", Yarg. 19. HD., T. 20.6.2013, E. 2013/8646, K. 2013/11501, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.04.2016).

⁸⁸⁸ Becker, m. 163, kn. 12; von Tuhr ve Escher, s. 285; Guhl ve Schnyder, § 56, kn. 7; Keller ve Schöbi, s. 96; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3828; Huguenin, kn. 1231; Schwenzer, kn. 71.15; Bentele, s. 118; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; BGer, 14.10.2003, 4C_143/2003, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018); BGE 103 II 129, Er. 4, s. 135, (relevancy.bger.ch, E.T.: 04.07.2018); BGE 114 II 264, s. 265, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510); Eren, Genel Hükümler, s. 1213; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 535; Funk, s. 232; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 347; Yarg. 15. HD., T. 28.1.1977, E. 1976/2819, K. 1977/140; Yarg. 13. HD., T. 2.5.1994, E. 1994/3591, K. 1994/4278; Yarg. 13. HD., T. 2.1.2003, E. 2002/11115, K. 2003/2; Yarg. 13. HD., T. 17.2.2003, E. 2002/14711, K. 2003/1355; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; Yarg. 13. HD., T. 28.6.2005, E. 2005/4458, K. 2005/11078; Yarg. 13. HD., T. 11.10.2005, E. 2005/10534, K. 2005/15033; Yarg. 13. HD., T. 3.4.2007, E. 2007/720, K. 2007/4630; Yarg. 13. HD., T. 20.5.2008, E. 2008/1958, K. 2008/6943; Yarg. 13. HD., T. 4.11.2011, E. 2011/9293, K. 2011/16080; Yarg. 3. HD., T. 21.6.2012,

aykırılığın kusur veya zarardan bağımsız şekilde ele alınan bir ölçüt olmasının sebebi, örneğin, borçlunun kusurunun ağır olup da borca aykırılığın hafif olabilmesi ya da kusurun hafifliği ve yokluğunda ortaya çıkan zararlar yönünden borca aykırılığın ağır olabilmesi gibi ihtimalleri açıklayabilmek içindir. Özetle borca aykırılığın ağırlığı, somut olayda gerçekleşen sonuca da bakmayı gerekli kılmaktadır.

Borca aykırılığın ağır olduğu durumlarda, bu ölçüt diğer ölçütlerle birlikte ceza koşulunun aşırı olmadığı yönündeki tespiti ve indirim yapmama şeklindeki sonucu haklı kılabilir⁸⁸⁹. Borca aykırılığın ağırlığı, kısmi ifanın söz konusu olduğu hallerde önem taşıyabilir. Şöyle ki, kısmi ifanın varlığı, borçlunun borca bir nebze de olsa uygun şekilde davrandığını gösterdiği için, borca aykırılığın ağırlığı da buna göre değerlendirilebilir⁸⁹⁰. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi, kısmi ifade ceza koşulunun, ifa edilmeyen kısma oranlama yapılarak hesaplanmasından sonra, aşırılık meselesinin gündeme gelebileceği ve bu aşamada borca aykırılığın bir ölçüt olarak değerlendirilebileceği unutulmamalıdır.

(4) Borçlunun Ekonomik Durumu

Aşırılığın tespitinde ve aşırı olan ceza koşulunun indirilmesine karar verilmesinde tarafların, özellikle de borçlunun ekonomik durumunun dikkate alınması, borçlunun sömürülmesine engel olma amacı taşıyan ceza koşulunun indirilmesine de

E. 2012/11452, K. 2012/15687; Yarg. 3. HD., T. 5.2.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653; Yarg. 13. HD., T. 8.5.2014, E. 2014/8117, K. 2014/14752, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 18.04.2016).

⁸⁸⁹ Becker, m. 163, kn. 12-13, 15; Bentele, s. 118; Bilge, s. 123; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 147-148; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 347-348. İsviçre Federal Mahkemesi borca aykırılığın ağır olduğu yönünde bir kararında, rekabet yasağına aykırı davranan kişinin ödemesi gereken ceza koşulunun, davalı işçinin rekabet yasağı borcunu hiçe sayarak, rakip bir ticarethane için seyyar ticaret memurluğuna başlaması ve bu yasak rekabeti de davacı işverenin sipariş karnelerini ve formüllerini yeni işveren yararına kullanarak yapması sebebiyle indirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. BGE 82 II 142, (Karar için bkz. Kaneti, ss. 142-143). İhlalin sözleşmede kararlaştırılan rekabet yasağına ilişkin sürenin sonuna doğru gerçekleştiği hallerde ceza koşulunun indirilmesi gerektiği yönünde bkz. Aytağ Ceyhan Çakır ve Ekrem Solak, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 9, Ocak 2015, (https://jurix.com.tr/article/4463, E.T.: 24.01.2018), s. 8.

⁸⁹⁰ Becker, m. 163, kn. 13; Arsebük, Cezai Şart, s. 992; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 148; “...*Borçlunun kusurunun derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlık derecesi (ki arada borcun bir kısmının yerine getirilmiş olması hafifletici sebeplerden sayılır) de kullanılacak ölçülerdendir...*”, YHGK, T. 8.3.1961, E. 1961/4-2, K. 1961/10; Yarg. 15. HD., T. 28.1.1977, E. 1976/2819, K. 1977/140, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 18.04.2016).

uygun düşecektir⁸⁹¹. Borçlu, sözleşmeyi yaparken alacaklının ekonomik baskısı altında ceza koşulunu kabul etmek zorunda kalmışsa, onun ekonomik yönden zayıflığı, aşırılığın değerlendirilmesinde ön planda olan bir ölçüt olacaktır.

Borçlunun ekonomik durumu, henüz indirim yapılmadan önceki haliyle ceza koşulu miktarını ifa edebilme gücüne sahip olup olmadığının tespiti bakımından önem taşır⁸⁹². İfa edebilme gücünü, tüm malvarlığı değerlerinin o borcu karşılıyor olabilmesi anlamında değerlendirmek doğru olmaz. Önemli olan, ceza koşulunu ifa ederse onun ekonomik açıdan zor bir duruma düşüp düşmediğidir⁸⁹³. Borçlunun ekonomik açıdan zor duruma düşmesi, onun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı derecede sınırlandırılması şeklinde de gerçekleşebilir. Doktrinde bir görüş, ceza koşulunun indirim imkânının varlığı halinde, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı derecede sınırlandırılmasının söz konusu olmayacağını, dolayısıyla ceza koşulunun ahlaka aykırılığından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir⁸⁹⁴. Doktrinde başka bir görüş ise, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı derecede sınırlandırılması halinde artık ceza koşulunun indirilmesinden değil, geçersizliğinden söz etmek gerektiğini ifade etmiştir⁸⁹⁵.

Ancak bize göre ahlaka aykırılığı da içinde barındıran indirim hükmü (TBK m. 182/III), özel nitelikte bir hüküm olduğu için; genel hükümlere göre (TMK m. 23, TBK m. 27) geçersizlik yaptırımının uygulanmasına engel niteliktedir. Kanun, aşırı ceza koşulunun hukuki sonucunu ayrı şekilde düzenlemiş, ceza koşulunun ahlaka aykırı derecede aşırı ya da sadece aşırı olması bakımından bir ayırım yapmamıştır.

⁸⁹¹ Becker, m. 163, kn. 17; von Tuhr ve Escher, ss. 285-286; Koller, Konventionalstrafe, kn. 89; Bentele, s. 119; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 16; Huguenin, kn. 1231; Schwenzer, kn. 71.15; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Reck, ss. 123-124; BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1; BGer, 14.10.2003, 4C_143/2003, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018); BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1; BGE 103 II 129, Er. 4, s. 135; BGE 95 II 532, Er. 5, s. 540, (relevancy.bger.ch, E.T.: 05.07.2018); Bilge, s. 123; Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 149-150; Tanju Uygur, s. 817; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 355; Eren, Genel Hükümler, s. 1213; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 535; Yarg. 11. HD., T. 27.9.2013, E. 2011/15151, K. 2013/16953, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.4.2016).

⁸⁹² Oser ve Schönenberger, s. 710, kn. 16.

⁸⁹³ Borçlunun ekonomik olarak sıkıntıya ve sıkışık bir duruma girmesi halinde, ceza koşulunun aşırı olarak görülmesi gerektiğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGer, 20.2.2004, 4C_276/2003, Er. 3.2, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018).

Benzer bir düşünce tarzı, tazminatta indirim bakımından, zarar verenin yoksulluğa düşecek olmasının bir indirim sebebi sayılmasında da etkili olmuştur (TBK m. 52).

⁸⁹⁴ Karabağ Bulut, ss. 196-197; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 326.

⁸⁹⁵ Seeliger, s. 34; Arsebük, Cezai Şart, s. 992; Bilge, s. 125; Kanık, s. 1076; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 145; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1406; Tamer, s. 759; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 93. Benzer yönde bkz. Kabaklıoğlu Arslanyürek, ss. 78-80.

Hatta çoğu durumda, ceza koşulu ahlaka aykırı derecede yüksek olsa da, Kanun'un buna bağladığı tek bir sonuç vardır: Hâkimin bunu makul bir miktara re'sen indirmesidir. Dolayısıyla ceza koşulu, borçlunun ekonomik geleceğini ahlaka aykırı derecede sınırladığı durumlarda da, geçersiz değil, aşırıdır ve indirilmelidir. Dolayısıyla, ahlaka aykırı derecede sınırlandırma olgusu, indirimde borçlunun ekonomik durumu kapsamında ele alınmalıdır. Ancak, ceza koşulunun aşırı olması ile borçlunun ekonomik geleceğini ahlaka aykırı derecede sınırlaması her zaman örtüşmeyebilir. Şöyle ki, ceza koşulunun aşırı olduğu sonucuna ulaşıldığı her durumda, borçlunun ekonomik geleceği ahlaka aykırı derecede sınırlandırılmamış ya da borçlunun ekonomik mahvına yol açmamış olabilir.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde ve aşırıysa indirilmesinde, borçlunun ekonomik durumunun kapsamında, borçlunun borca aykırılıktan dolayı elde ettiği veya elde edeceği menfaat de göz önünde tutulmalıdır. Bu menfaat, alacaklının ifasıyla elde ettiği edim olabileceği gibi, bunun yanında borcun ihlalden elde ettiği ya da elde edeceği kazançlar da olabilir⁸⁹⁶. Yargıtay bazı kararlarında, hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçinin bu sözleşmeyle elde ettiği menfaatleri göz önünde tutarak, işçinin aleyhine de olsa, haklı gerekçelerin varlığında, işverenin sorumlu olduğu ceza koşulunun aşırılığını tespit ederek indirimde gitmiştir⁸⁹⁷.

Borçlunun, ihlal dolayısıyla elde ettiği veya edebileceği menfaat önemli seviyedeysse, diğer ölçütler de göz önünde bulundurularak, ceza koşulunun aşırılığına ve indirilmesine karar verilmeyebilir. Örneğin, işveren ile işçi arasındaki bir rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranan işçinin bu ihlali sebebiyle elde ettiği menfaat, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde göz önünde bulundurulur. Özellikle işçinin yeni işveren yanında işe başlamasında, ona, ceza koşulunu ödeyebileceği ihtimali de göz önünde tutularak iyi bir ücret teklif edilmişse veya yeni işveren doğrudan ceza koşulunu ödemeyi üstlenmişse durum böyledir⁸⁹⁸. Dolayısıyla,

⁸⁹⁶ Becker, m. 163, kn. 17; Oser ve Schönerberger, s. 710, kn. 16; Schoch, s. 68; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 16; Bilge, s. 123.

⁸⁹⁷ YHGK, T. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822, (Ahmet Battal, "Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?" **BATİDER**, C.20, S.2, 1999, ss. 16-18); YHGK, T. 26.12.2001, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; YHGK, T. 6.12.2006, E. 2006/9-768, K. 2006/775; Yarg. 9. HD., T. 17.9.2013, E. 2011/23226, K. 2013/22695, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.4.2016).

⁸⁹⁸ Soyer, Rekabet, s. 84; Karagöz, Rekabet Yasağı, s. 215.

diğer ölçütler de göz önünde bulundurularak, borçlunun sözleşmeye aykırılık nedeniyle önemli menfaatler elde etmesi halinde hâkimin ceza koşulunun aşırı olmadığına kanaat getirerek indirimden kaçınması; borçlunun elde ettiği menfaatin az olduğu durumlarda ise ceza koşulunun aşırı olduğuna kanaat getirerek indirim yoluna gitmesi mümkün olabilir.

Ceza koşulunun bağlı olduğu asıl sözleşme sadece borçluya bir borç yüklemekten ziyade, örneğin bir bağışlama sözleşmesi söz konusuysa, borçlunun elde edeceği herhangi bir menfaat olmadığı için ceza koşulunun aşırılığının değerlendirilmesinde, aşırılığın varlığını kabul ederken hâkim daha rahat davranabilmelidir. Nitekim Kanun'da borçlu için yarar sağlamayan bir ilişkide sorumluluğun daha hafif değerlendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir (TBK m. 114/I, özellikle bağışlamada m. 294/I).

Borçlunun ekonomik durumu ölçütü, bazen alacaklının ekonomik durumunun da dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılmasını gerektirebilir⁸⁹⁹. Şöyle ki, alacaklının ekonomik durumu çok yüksek bir seviyedeysen, borçlunun iyi seviyede olan ekonomik durumuna rağmen ceza koşulunun aşırı sayılmasında haklı bir gerekçe oluşturabilir. Örneğin ceza koşulu alacaklısının işveren, borçlusunun işçi olduğu ve onun yüksek bir gelire sahip olduğu durumlarda, ilk bakışta işçinin ceza koşulunu ifa etmekte zorlanmayacağı söylenebilir de, alacaklının ona nazaran sahip olduğu ekonomik gücü karşısında aşırılığın değerlendirilmesi haklı görülebilir⁹⁰⁰. Yine alacaklının ekonomik durumuyla borçlunun ekonomik durumu birbirine yakın seviyedeysen ki bu seviyeler iyi veya kötü olması fark etmeksizin, aşırılığın değerlendirilmesinde alacaklının ekonomik seviyesinin dikkate alınması yönünde bir gerekçe sayılabilir.

(5) Ceza Koşulunun Amacı

Hâkimin yararlanabileceği ölçütlerinden bir diğeri de, tarafların özellikle o işlem bakımından ceza koşulunu kabul etmekte izledikleri amaçtır⁹⁰¹. Yargıtay da,

⁸⁹⁹ Oser ve Schönerberger, s. 710, kn. 16; Becker, m. 163, kn. 17; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 149.

⁹⁰⁰ Becker, m. 163, kn. 17; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 149; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 350. Bir tarafın tüketici olduğu bir sözleşme kapsamında, her iki taraf için de aynı miktarda ceza koşulu kararlaştırılmasında, bir oransızlığın bulunduğu ilişkin bkz. A. H. Yağcıoğlu, ss. 3077-3078; Aydoğdu, Denetim, ss. 123-126.

⁹⁰¹ Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6.

özellikle ceza koşulunun ifaya zorlama amacı üzerinde durarak, ceza koşulunun ruhsal bir baskı aracı olduğunu ve bu baskının ortadan kaldırılmasına yol açan bir indirimden kaçınılması gerektiğini kararlarında belirtmiştir. Ceza koşulunun aşırılığında bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulacak bu amacını, Yargıtay, “*ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla elde edilmek istenen menfaat ve amaç*” ve “*ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde yaptığı baskı*” ifadeleriyle vurgulamaya çalışmıştır⁹⁰². Bu amacın bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmasının anlamı, aşırılık sebebiyle indirime karar verildiğinde, bu amacı zedeler miktarda indirime gidilmemesidir⁹⁰³. Doktrinde ve uygulamada, böyle bir amacı muhafaza edecek indirimin, alacaklının uğramış olduğu zararlar toplamının üzerinde kalacak bir miktara ulaşılması şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰⁴. Gerçekten indirim sonucunda, alacaklının zararıyla denge sağlamaya çalışmak amacıyla, ceza koşulu, alacaklının zararları ölçüsüne indirgenmiş olursa, borçlu üzerinde artık herhangi bir baskı olmayacağı için; ceza koşulunun amacı da ortadan kalkmış olacaktır. Çünkü ceza koşulu olmasaydı da borçlu zaten aynı miktarı tazminat olarak ödeyecekti⁹⁰⁵.

(6) Somut Olaya Göre Değerlendirilebilecek Diğer Ölçütler

Hâkimin yararlanabileceği ölçütler arasında, doktrinde ve uygulamada başka birtakım ölçütlerin de sayıldığı görülmektedir. Ancak bunlar, somut olayın niteliğine göre her zaman yararlanılabilecek ölçütler olmadığı için, çalışmamızda bunları tek bir başlık altında değerlendirmeyi uygun görüyoruz.

⁹⁰² Yarg. 15. HD., T. 26.6.2009, E. 2008/7818, K. 2009/3871; Yarg. 19. HD., T. 16.1.2014, E. 2013/14851, K. 2014/1302; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; Yarg. 15. HD., T. 18.1.2007, E. 2006/2810, K. 2007/162; Yarg. 13. HD., T. 23.10.2001, E. 2001/7441, K. 2001/9522; Yarg. 13. HD., T. 10.12.2001, E. 2001/9366, K. 2001/11536; Yarg. 13. HD., T. 28.3.2002, E. 2002/984, K. 2002/3296; Yarg. 13. HD., T. 3.5.2004, E. 2003/16053, K. 2004/6546; Yarg. 13. HD., T. 15.2.2005, E. 2004/14784, K. 2005/2161; YHGK, T. 27.3.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409; YHGK, T. 15.10.2014, E. 2013/13-1108, K. 2014/768, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 15.4.2016).

⁹⁰³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 356; Feyzioğlu, s. 402; YHGK, T. 12.4.2000, E. 2000/13-749, K.2000/758, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 20.4.2016).

⁹⁰⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 355; M. Ayan, s. 84; Yarg. 13. HD, T. 14.11.1977, E. 1977/4495, K. 1977/5010, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016).

⁹⁰⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 356; Feyzioğlu, s. 402; Yarg. 13. HD., T. 14.11.1977, E. 1977/4495, K. 1977/5010, (Uçar, ss. 88-89).

*Sözleşmenin türü ve süresi ölçütü*⁹⁰⁶: Sözleşmenin türü ve süresi, tarafların o sözleşmeden elde etmek istedikleri menfaatle yakından ilgilidir. Sözleşmenin türü bakımından örneğin, tek tarafa borç yükleyen bağışlama sözleşmesinde ya da eksik iki tarafa borç yükleyen kullanım öduncü sözleşmesinde bağışlayan ve ödünç verenin karşılık olarak mali nitelikte bir alacağı yoktur. Borçlu konumunda olan bu kimselerin ayrıca bir ceza koşulu taahhüt etmeleri halinde, onun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde, anılan sözleşmelerin, dolayısıyla tarafların hukuki durumlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Sözleşmenin süresi bakımından örneğin, uzun süreli rekabet yasağı sözleşmelerinde ceza koşulu öngörülmüşse ve borçlu sürenin bitmesine yakın bir zamanda buna aykırı davrandıysa, sürenin uzunluğu ve borcun ihlalinin sürenin hangi anına isabet ettiği, aşırılığın değerlendirilmesinde önem taşımaktadır.

*Ceza koşulu yükümlüsünün hak sahibine karşı ekonomik bağımlılığı ölçütü*⁹⁰⁷: Bu ölçüt daha çok hizmet sözleşmelerine bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu borçlusunun işçi olması halinde önem arz etmektedir. İşçinin ceza koşulu borçlusu olarak yer aldığı durumlarda, somut olayın diğer özellikleri ve yukarıda belirtilen diğer ölçütlerin de dikkate alınmasıyla hâkim, ceza koşulunun aşırı olduğuna karar verebilir.

*Tarafların hukuki işlem veya iş deneyimleri ölçütü*⁹⁰⁸: Bu ölçüt, sözleşme taraflarının, yaptıkları o hukuki işlem ve bu hukuki işlemle ilgili iş sahası bakımından deneyimli olmaları halinde göz önünde bulundurulmalıdır. Her iki tarafın bu yöndeki subjektif durumu, ceza koşulunun da kararlaştırıldığı ilişkide, onun aşırı nitelikte değerlendirilmesini haklı kılmayabilir.

⁹⁰⁶ Becker, m. 163, kn. 16; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 17; Huguenin, kn. 1231; Schwenzer, kn. 71.15; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 18; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Reck, s. 123; Bentele, ss. 119-120; BGE 95 II 540, (Krauskopf, m. 163, kn. 14); BGE 40 II 471, Er. 6, s. 478, BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1; BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1; BGer, 14.10.2003, 4C_143/2003, Er. 7, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 5.7.2018); BGE 103 II 108, (Altherr, Brem ve Bühlmann, m. 163, kn. 11). Bu kararlardan ilk ikisi rekabet yasağı sözleşmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla bu ölçütler, rekabet yasağı sözleşmeleri kapsamında kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesinde özel bir öneme sahiptir.

⁹⁰⁷ T. Fischer, s. 60; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 17; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Bentele, s. 120; BGE 51 II 161, Er.5, ss. 170-171; BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1; BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 5.7.2018); BGE 114 II 264, s. 265, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 174, s. 510). Bu kararların çoğunluğu hizmet sözleşmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla bu ölçüt, hizmet sözleşmeleri kapsamında kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesinde özel bir öneme sahiptir.

⁹⁰⁸ T. Fischer, s. 60; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 17; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 8; Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 6; Bentele, s. 120; BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1; BGer, 25.8.2011, 4A_107/2011, Er. 3.1; BGer, 14.10.2003, 4C_143/2003, Er. 7, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 05.07.2018); BGE 102 II 420, Er. 4, s. 426, (relevancy.bger.ch, E.T.: 5.8.2018).

*Döviz kuru riski ölçütü*⁹⁰⁹: Ceza koşulu ediminin konusunun para olduğu ve bu paranın da yabancı para birimi olarak kararlaştırıldığı durumlarda, bu ölçüt, ceza koşulunun aşırılığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulabilir. Özellikle enflasyonist ekonomik şartların varlığında, yabancı paranın değer kazanması karşısında, ceza koşulunun aşırı hale gelmesi söz konusu olabilir⁹¹⁰. Ancak bu ihtimalin, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'in 8'inci maddesi çerçevesinde belirtilen döviz yasağı kapsamındaki hukuki işlemler bakımından söz konusu olamayacağı unutulmamalıdır.

*Ceza koşulunun muacceliyetinin ihlalin sayısına bağlı olup olmadığı ölçütü*⁹¹¹: Tarafların, sözleşmenin sadece bir kere mi, yoksa her ihlal edildiğinde mi ceza koşulunun ifa edileceği yönündeki anlaşmaları, onun aşırı olup olmadığının belirlenmesi ve indirilmesi bakımından göz önünde tutulabilecek bir ölçüttür. Örneğin, ceza koşulunun her ihlal gerçekleştiğinde muaccel olacağı yönünde bir anlaşmanın varlığında, kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olduğu kabul edilebilir.

D. Hâkimin İndirim Kararı

Ceza koşulunu indirme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Bu hususta kanunkoyucu özel olarak ayrı bir mahkeme belirlemediğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde yetkili ve görevli mahkeme belirlenecektir. Tarafların anlaşarak, tahkim yoluyla, aralarındaki indirme konusundaki uyuşmazlığın çözümünü hakeme bırakmaları halinde yetkili makam hakem olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesinde tahkime elverişlilik, "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*" şeklindeki hükümle ifade edilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, ceza koşulunun indirilmesi için tahkim yoluna başvurmakta bir engel bulunmamaktadır⁹¹².

⁹⁰⁹ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 17.

⁹¹⁰ Nitekim Yargıtay da bir kararında, ülkedeki enflasyonun, faiz oranlarının ve günün şartlarının dikkate alınarak aşırılığın tespiti ve indirim yapılması meselesine çözüm aramıştır. Bkz. Yarg. 3. HD., T. 28.09.2006, E. 2006/12361, K. 2006/11838, (www.lexpera.com.tr, E.T.: 12.06.2018).

⁹¹¹ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 17; BGE 68 II 175, (Krauskopf, m. 163, kn. 13).

⁹¹² Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 161-162; Gülseven, s. 126. Aksi görüş için bkz. Günay, Cezai Şart, ss. 203-204.

Hâkime tanınan bu yetki, hem Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” şeklindeki hükümde hem İsviçre Borçlar Kanunu’nun 163’üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Aşırı ceza koşulunu hâkim takdir yetkisi çerçevesinde indirmek zorundadır/Übermässig hohe Konventionalstrafen hat der Richter nach seinem Ermessen herabzusetzen*” şeklindeki hükümde hem de 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 161’inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir*” şeklindeki hükümde açık bir dille ifade edilmiştir⁹¹³. Ancak, İsviçre Hukukunda halen yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu açısından ve Türk Hukukunda 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemi açısından doktrinde bir görüş, bu konuda mutlaka borçlunun talepte bulunmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir⁹¹⁴.

İsviçre hukukunda bu görüşü savunan yazarlardan biri, indirim şartlarının gerçekleştiğini ve ceza koşulunun aşırı olduğunu borçlunun iddia ve ispat etmesi gerektiğini; ancak hâkimin de somut olaydaki veriler dâhilinde nadir olarak, ceza koşulunun aşırı olduğuna ve indirilmesi gerektiğine karar verebileceğini belirtmiştir⁹¹⁵. Bazı yazarlar ise, indirim için borçlunun açık bir talebinin olmasının gerekli olmadığını; borçlunun böyle bir isteğinin anlaşılmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir⁹¹⁶.

Türk Hukukunda bu görüşü savunan yazarlar, o dönemde yürürlükte olan 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nun 24’üncü maddesindeki “*Tacir sıfatını haiz borçlu, ... fahiş olduğu iddiasıyla... cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” şeklindeki düzenlemeyi⁹¹⁷ ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 409’uncu maddesindeki “*Hizmet mukavelesi ve gayrimenkul satış imkânını hazırlamak veya bunlardan birinin icrasına*

⁹¹³ Alman Medeni Kanunu’nun 343’üncü paragrafının birinci fıkrasında ise, aşırı ceza koşulunun hâkim tarafından indirilebilmesi için borçlunun bir talepte bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır.

⁹¹⁴ Oser ve Schönenberger, s. 709, kn. 12; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 13; Sommer, ss. 59-60; Adrian von Kaenel, “Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail”, *SJZ*, 114/2018, s. 350; Pellanda, HandK., m. 163, kn. 9, 15; Bucher, s. 532; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 152, s. 153; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 887; A. Arkan, s. 22; Tiryaki, s. 91; Gökçeoğlu, s. 68; Kocaağa, Cezai Şart, s. 240-241; Yücel, s. 2950; Hatemi ve Gökyayla, s. 360; A. Özmen, ss. 92-96; Dirican, s. 190. Avusturya Hukuku bakımından aynı görüş için bkz. Beck-Mannagetta, s. 18.

⁹¹⁵ Wuffli, OFK, m. 163, kn. 11; BGER, 20.4.2015, 4A_5/2015, Er. 3.1, (www.bger.ch, E.T.: 9.7.2018); BGE 133 III 43, Er. 4.1, s. 53, (relevancy.bger.ch, E.T.: 02.07.2018).

⁹¹⁶ Pietruszak, KurzK., m. 163, kn. 8; Beisenkötter, s. 131; BGE 109 II 120, s. 122, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 175, ss. 511-512).

⁹¹⁷ 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 22’nci maddesinde de benzer hüküm tekrar edilmiş olup, şöyledir: “*Tacir sıfatını haiz borçlu, ... aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*”.

tavassut etmek için fahiş bir ücret şart edilmiş ise borçlunun talebi üzerine bu ücret hâkim tarafından adilane bir surette tenkis edilebilir.” şeklindeki düzenlemeyi⁹¹⁸ dayanak göstermişler⁹¹⁹, ayrıca kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça hâkime böyle bir görevin yüklenemeyeceğini belirtmişlerdir⁹²⁰.

Borçlunun talebini arayan bu görüş savunucuları, borçlunun indirim talebini bir dava ile kullanabileceği konusunda hem fikir iken; alacaklının açtığı eda davasında borçlunun ceza koşulunun aşırılığını bir def’i olarak ileri sürebilmesi bakımından aralarında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Şöyle ki, alacaklının açtığı eda davasında borçlunun ceza koşulunun aşırılığını bir def’i olarak ileri sürebileceğini kabul edenler olduğu gibi⁹²¹; indirim talebinin bir karşılık dava şeklinde olması gerektiğini ifade edenler de vardır⁹²².

Buna karşılık hukukumuz bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrinde ve uygulamada çoğunlukta olan görüşün, hâkimin, aşırı gördüğü ceza koşulunu borçlu talep etmese bile kendiliğinden indireceği yönünde olduğu söylenebilir⁹²³. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki açık ifade karşısında artık tartışmaya yer olmadığı rahatlıkla belirtilmelidir. Kamu düzenini yakından ilgilendiren ve bu sebeple emredici nitelik taşıyan ilgili hüküm çerçevesinde artık hâkim, ceza koşulunun indirilmesine, önüne gelen bir uyuşmazlıkta tarafların talebi bulunmasa hatta bu uyuşmazlık ceza koşulunun yer aldığı sözleşmenin başka bir hükmüyle ilgili olsa bile, ceza koşulunun aşırılığına kanaat getirirse kendiliğinden

⁹¹⁸ Söz konusu düzenlemenin karşılığı olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 525’inci maddesinde ise hüküm bazı değişikliklere uğrayarak şu hale gelmiştir: “*Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir.*”.

⁹¹⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 152.

⁹²⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 135-136, 153; Kocaağa, Cezai Şart, s. 217; Hatemi ve Gökyayla, s. 360.

⁹²¹ Betz, s. 19 vd.; Kaduk, StauK., § 343, kn. 33; Kocaağa, Cezai Şart, ss. 245-246.

⁹²² Seeliger, ss. 39-40.

⁹²³ Funk, s. 232; Bilge, s. 119; Feyzioğlu, s. 403; Kunter, s. 978; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 844; Arsebük, Borçlar Hukuku, ss. 988-989; Birsen, s. 368; Hatemi, Ahlaka Aykırılık, s. 221, dn. 113; Arıcı, s. 50; Tanju Uygur, s. 816; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536; T. Önen, s. 122; Belen, Cezai Şart, s. 520; Uçar, s. 23; Karataş, s. 381; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1403; Erçin, s. 93; Nar, s. 22; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 102; Kırkbeşoğlu, s. 315; Yarg. 15. HD., T. 24.2.1977, E. 1977/274, K. 1977/426, (Uçar, s. 145); Yarg. 15. HD., T. 25.4.1980, E. 1980/976, K. 1980/1801, (Uçar, s. 145); Yarg. 13. HD., T. 3.10.2000, E. 4512, K. 7781 (Günay, Cezai Şart, ss. 208-210, dn. 594); Yarg. 13. HD, T. 03.04.2007, E. 2007/720, K. 2007/4630; Yarg. 13. HD, T. 12.03.2009, E. 2008/9592, K. 2009/3258, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 05.02.2016). Hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu borçlu talep etmese bile kendiliğinden indireceğine ilişkin görüşü savunan yazarlardan bazıları, hâkimin bu yetkisini kullanabilmesi için, ceza koşulu alacağına ilişkin taraflar arasında bir ihtilafın bulunmasının gerekliliğine işaret etmişlerdir. Bkz. Becker, m. 163, kn. 21; Bilge, s. 119.

karar verebileceği gibi, borçlunun salt ceza koşulunun indirilmesi talebiyle açtığı bir dava üzerine ya da alacaklının ceza koşulu talebine yönelik açtığı davasında borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğu ve indirilmesi gerektiği yönünde savunmada bulunması üzerine de karar verebilir⁹²⁴.

Hâkim takdir yetkisi çerçevesinde, yukarıda saymış olduğumuz şartların varlığına kanaat getirirse, indirim yönünde kararını verecektir. Hâkimin bu yetkisini kullanmaması durumunda, hukuki sorumluluğu doğabilir (HMK m. 46/I-bent c). Ancak indirimle ilişkin bu yetkinin kullanılması istisnai nitelikte olduğu için, hâkimin ceza koşulunu indirirken titiz ve dikkatli davranması gerekir⁹²⁵.

Yukarıda sayılan ölçütlerin göz önünde tutulmasıyla aşırı bir ceza koşulunun varlığı tespit edildiğinde artık ceza koşulunun uygun bir miktara indirilmesi aşamasına geçilecektir. Ceza koşulunun uygun bir miktara indirilmesi demek, ceza koşulunun bütün aşırı kısmının ceza koşulu miktarından düşülmesi demektir. Aşırı kısmın hangi oranda olduğu meselesi aslında hâkimin aşırılığı tespit ettiği anda çözüme kavuşturulması gereken bir meseledir. Bu açıdan aşırılığın tespiti ve indirilecek oranın belirlenmesi aynı yargı faaliyeti çerçevesinde gerçekleşir. Bu sebeple aşırılığın tespitinde yararlanılan ölçütler aynı zamanda indirilecek miktarın belirlenmesinde de rol oynar. Nitekim Yargıtay da her ne kadar indirim için gözetilecek ölçütler ifadesi kullanmış olsa da, sanıyoruz ki aynı düşünce tarzıyla yani aşırılığın tespitiyle indirim tutarının belirlenmesinde aynı ölçütlerin kullanılacağı varsayımıyla hareket etmiştir.

⁹²⁴ Feyzioğlu, s. 404; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 805; Öz, Eser, s. 297; Hatemi ve Gökyayla, s. 360; Zevkliler, Ertaş, Havutcu, Aydoğdu ve Cumalıoğlu, s. 391; M. Ayan, s. 84; Cansel ve Özel, Ceza Koşulu, s. 732; Uçar, s. 107; Karahasan, Borçlar Hukuku, s. 1403; Öktem Çevik, s. 109; Tamer, s. 746; Sanlı, s. 335; Serdar Nart, **Borçlar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 144; Karataş, s. 381; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, kn. 1385; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 354-358; YHGK, T. 29.11.2017, E. 2017/3-998, K. 2017/1459; Yarg. 13. HD., T. 11.4.2017, E. 2017/4438, K. 2017/4267; Yarg. 13. HD., T. 15.3.2017, E. 2015/19282, K. 2017/3232; YHGK, T. 25.1.2017, E. 2015/22-330, K. 2017/132, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 12.11.2018). İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde görüş için bkz. Becker, m. 163, kn. 21; Schoch, ss. 68-69; Reck, s. 120; von Tuhr ve Escher, s. 285; Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3833; Bentele, ss. 126-127; Alessia Dedual, **Geltungserhaltende Reduktion**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2017, s. 50; BGer, 17.10.2011, 4A_174/2011, Er. 6.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 30.06.2018); BGE 109 II 120, s. 121, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 175, s. 511); BGE 143 III 1, Er. 4.1, s. 2, (Dedual, ss. 50-51, dn. 173).

⁹²⁵ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3827; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10; Göktürk, Cezai Şart, ss. 404-406; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 141; Tanju Uygur, s. 817.

Zaten kararlarda sayılan ölçütlere bakıldığında bunların aşırılığın tespitinde kullanılan ölçütler olduğu, burada farklı bir ölçüt getirilmek istenmediği anlaşılmaktadır⁹²⁶.

Hâkimin aşırılığın tespiti ve indirim yapma şeklinde faaliyeti, ona tanınmış olan takdir yetkisini kullanma anlamına gelir. Türk Medeni Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre, hâkim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde kullanmalıdır. Bu şekilde yetkinin uygun kullanımı, özellikle indirimin yapılmasıyla ortaya çıkan sonucun hukuka ve hakkaniyete uygun bir sonuç olmasıyla gerçekleşmiş olur⁹²⁷. Hâkimin takdir yetkisinin hukuka ve hakkaniyete aykırı şekilde kullanması halinde, bu kararın kanun yoluyla denetlenmesi mümkündür⁹²⁸.

Hâkim takdir yetkisini kullanırken, yapılacak indirimin hangi oranda olacağı konusu teknik bilgi birikimini gerektirdiği için, uygulamada bu hususta uzman bilirkişilere başvurmak zorunluluk arz etmektedir. Bu kapsamda hâkimin başvuracağı bilirkişi, hâkimin yukarıda saymış olduğumuz ölçütleri değerlendirebilmesi için gerekli vakıaları tespit ederek bir rapor hazırlayacaktır. Bu raporda, borçlunun sermayesi, iş hacmi, malvarlığı, gelir ve gider dengesi, elde ettiği kâr gibi özellikle ekonomik durumunu ortaya koyan çeşitli etkenler, borçlu ile alacaklı arasındaki ekonomik denge ve alacaklının menfaatleri çerçevesinde uğradığı zarar ortaya

⁹²⁶ “...Ceza şartının indirilmesinde hâkimin gözetmek zorunda olduğu bazı prensipler vardır: ...O halde, buradaki ceza şartının indirilmesiyle ortadan kaldırılacak bir miktarın kabul edilmesi dahi kanuna uygun olmaz...”, YHGK, T. 8.3.1961, E. 1961/4-2, K. 1961/10, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.04.2016). Yeni tarihli bir kararda aynı düşünce tarzıyla ve daha doğru bir ifadeyle bkz. “...Cezai şart miktarının, aşırı olup olmadığının, aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimin tayin ve takdir edilebilmesi için ...gibi hususların soruşturulup incelenmesi gerekir ve neticede hakseverliğe uygun düşecek tarzda indirim yapılması gerekir...”, Yarg. 13. HD., T. 15.2.2001, E. 2001/849, K. 2001/1519; YHGK, T. 15.10.2014, E. 2013/13-1108, K. 2014/768, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.04.2016).

⁹²⁷ Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10, 17; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 7; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3824, 3827; Bentele, ss. 114-115; BGer, 21.12.2012, 4A_595/2012, Er. 5.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 29.06.2018); BGE 133 III 43, Er. 3.3.1, s. 48, (relevancy.bger.ch, E.T.: 29.06.2018); A. Özmen, s. 88; YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9; Yarg. 13. HD., T. 28.6.2005, E. 2005/4458, K. 2005/11078; Yarg. 13. HD., T. 3.4.2007, E. 2007/720, K. 2007/4630; Yarg. 3. HD., T. 5.2.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653; YHGK, T. 27.3.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409; Yarg. 13. HD., T. 15.2.2001, E. 2001/849, K. 2001/1519; Yarg. 13. HD., T. 7.3.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018). Değerlendirme sonucunda denetime elverişli ve makul sayılabilecek bir oranda indirimden bahsedilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 13. HD., T. 3.10.2000, E. 2000/4512, K. 2000/7781; Yarg. 15. HD., T. 26.6.2009, E.2008/7818, K. 2009/3871, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 21.2.2018).

⁹²⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 153; Yarg. 4. HD., T. 21.05.1959, 1256/3960, (Kenan Tunçomağ, “Mahkeme Kararları Kroniği, Borçlar Hukuku”, İÜHFİM, C. 28, S. 3-4, 1962, (Mahkeme Kararları), ss. 848-851); Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, kn. 162, s. 340; İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1986, İstanbul, 1975, s. 724; YHGK, T. 27.3.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 21.2.2018).

konulacaktır⁹²⁹. İfade edilmeli ki, bilirkişinin incelemesi ve sonrasında hâkimin değerlendirmesi sonucunda, o somut olaya özgü bir indirim yapılacaktır⁹³⁰.

Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesi, özellikle alacaklının hiçbir zarara uğramadığı gerekçesiyle, onun tamamen kaldırılması şeklinde bir sonuca götürmemelidir⁹³¹. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ceza koşulu zarardan bağımsız bir yaptırımdır (TBK m. 180/I)⁹³². Nasıl ki zararın olmaması borçluyu ceza koşulunu ödemekten kurtarmıyorsa, aynı sebeple ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması da mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, indirimle ilgili Kanun hükmünde hâkime verilmiş yetkinin sınırı da sadece “*ceza koşulunun indirilmesi*” şeklinde çizilmiştir. Ayrıca, kanunkoyucu, Türk Borçlar Kanunu’nun 52’nci maddesindeki “*tazminatın indirilmesi*” başlığı altında olduğu gibi, ceza koşulunun da tamamen kaldırılabilirliğini isteseydi, bunu açıkça belirtebilirdi. Buna karşılık Yargıtay’ın da genel işlem koşulu niteliğinde olan ceza koşulunun indirim hükmünü (TBK m. 182/III, BK m. 161/III) gerekçe göstererek indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilirliği yönünde isabetsiz kararlarına da rastlanmaktadır:

“...Taahhüt senedinde Amerikan Doları yönünden de iki misli geri ödeme öngörülmüştür. Bu yapılan gider kadar cezai şart ödenmesini gerektirir. Kurumca tek yanlı hazırlanan "genel işlem şartı" niteliğindeki taahhütnameye konulan cezai şart fahiştir. BK.nun 161/son maddesi

⁹²⁹ Yarg. 19. HD., T. 10.6.2010, E. 2009/12903, K. 2010/7227; Yarg. 6. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/679, K. 2013/12298, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 21.04.2016).

⁹³⁰ Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi’nin, inşaat sözleşmeleri bakımından ceza koşulu için işin toplam bedelinin yüzde beşini sınır olarak belirlediği kararları için bkz. BGH, 23.01.2003, VII ZR 210/01, (http://juris.bundesgerichtshof.de, E.T.: 26.9.2018); Schmitt ve Ulmer, s. 131; Zanner, s. 61; Bschorr ve Zanner, s. 67; Pauly, s. 782. Hatta Alman Federal Yüksek Mahkeme’nin günlük temel ücretin yüksekliği bakımından da getirmiş olduğu sınırlar bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Zanner, s. 61; Bschorr ve Zanner, s. 67 vd.; Pauly, s. 782.

⁹³¹ O. Berki, s. 301; Kanık, s. 1079; Bilge, s. 124; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 537; Saymen ve Elbir, Borçlar, s. 844; Velidedeoğlu ve Kaynar, s. 160; Güral, s. 211; Çernis, ss. 517-518; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 158; Tanju Uygur, s. 817; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; A. Arkan, s. 23; Yücel, s. 2951; Uğur Yıldırım, **Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, ss. 146-147; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 110; Öktem Çevik, s. 109; Tamer, ss. 746-747; Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Ticari İşletme Hukuku), s. 232; BGer, 17.10.2011, 4A_174/2011, Er. 6.1, (www.servat.unibe.ch, E.T.: 30.06.2018); BGE 109 II 120, s. 121, (Kramer ve Probst, Bundesgerichtspraxis, n. 175, s. 511); BGE 143 III 1, Er. 4.1, s. 2, (Dedual, ss. 50-51, dn. 173); BGE 133 III 43, Er. 4.1, s. 53, (relevancy.bger.ch, E.T.: 02.07.2018); Yarg. 15. HD., T. 27.3.2002, E. 2002/1191, K. 2002/1413, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 21.04.2016). Borcun ifasında alacaklının hiçbir menfaatinin bulunmadığı hallerde ceza koşulunun tamamen kaldırılmasının mümkün olduğu yönünde aksi görüş için bkz. Oser ve Schönerberger, s. 709, kn. 13; Funk, s. 232.

⁹³² Bentele, s. 111; Kunter, s. 976; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 158.

uyarınca tenkisi veya tamamen ortadan kaldırılması husususun değerlendirilmemiş olması da bozma nedenidir...”⁹³³.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın indirim hükmü çerçevesinde ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırma sonucuna ulaşabilmek yönündeki bu çözümü yerine ceza koşulunun kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersizliği (TMK m. 23, TBK m. 27) veya ortada tüketici işleminin varlığından söz edilebiliyorsa haksız şartlar yoluyla denetim sonucu geçersizliği şeklindeki hukuki imkânlarla ulaşması yerinde olacaktı⁹³⁴. Nitekim Yargıtay’ın, indirimden bahsetmeyip, yerinde olarak ceza koşulunun geçersizliğine değinen kararları da vardır:

“...Yüklenicinin iktisaden 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...”⁹³⁵.

“...Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu ve cezai şartın miktarını belirlemede özgür iseler de, bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. BK’nın 19, 20, 161 maddeleri bu özgürlüğün sınırını çizmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olursa, davalının imzaladığı sözleşmede düzenlenen cezai şart yukarıda belirtilen yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğundan geçersiz olup, ...”⁹³⁶.

Ceza koşulunun somut bir şekilde indiriminin nasıl yapılacağı konusunda, ceza koşulu ediminin türü de önem taşır. Şöyle ki, bölünebilir edimler bakımından, özellikle ceza koşulunun konusunun para olması durumunda indirimin yapılması, edimin niteliğine göre, ya miktar ya zaman ya da yer yönünden mümkündür⁹³⁷. Ancak ceza koşulunun bölünemeyen nitelikte, özellikle de konusunun paradan başka bir şey olması durumunda, indirimin nasıl yapılacağı meselesi ortaya çıkabilir⁹³⁸. Bu durumda

⁹³³ Yarg. 15. HD., T. 14.1.2003, E. 2002/6340, K. 2003/143; Yarg. 15. HD., T. 29.04.2004, E. 2003/5432, K. 2004/2399, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 06.10.2017).

⁹³⁴ Benzer yönde bkz. Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 14.

⁹³⁵ Yarg. 15. HD., T. 11.5.2000, E. 1999/4655, K. 2000/2324, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹³⁶ YHGK, T. 22.5.2013, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹³⁷ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 171; Günay, Cezai Şart, s. 211; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 367.

⁹³⁸ Ceza koşulunun paradan başka bir edim olması halinde de indirimin mümkün olabileceği yönünde bkz. Kaduk, StauK., § 343, kn. 4; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 142; Eren, Genel Hükümler, s. 1212; Yücel, s. 2947; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 94. Alman Medeni Kanunu’nun 342’nci paragrafında, ceza koşulunun paradan başka bir edim olarak kararlaştırıldığı durumlarda, Kanun’un 339 ila 341’inci paragraflarının uygulanacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere aşırı ceza koşulunun

doktrinde indirimin iki şekilde yapılabileceği ifade edilmiştir. İlki, hâkimin bölünemez nitelikte ceza koşulu edimi yerine, borçlunun belli bir miktar para ödemesine karar vermesidir⁹³⁹. Bu indirim şekli, hâkimin taraf iradelerine aykırı düşecek şekilde ceza koşulu ediminin konusunu değiştirdiği için eleştirilmektedir⁹⁴⁰. İkincisi de, hâkimin, alacaklının indirim karşılıklı gelen parayı ödemesi kaydıyla, borçlunun ceza koşulu edimini ifa edeceğine karar vermesidir⁹⁴¹. Bu ikinci yöntem, kanunkoyucu tarafından hâkime bu konuda bir yetki tanınmadığı, böyle bir yetkinin varlığı kabul edilse bile, indirim hakkının önemli ölçüde aşılmış olacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁹⁴².

Hâkim, Kanun'da açık bir hüküm olmadığı için, takdir yetkisi çerçevesinde söz konusu bu iki yöntemden birini seçebilir⁹⁴³. Biz ikinci yönteme göre hâkimin indirimi yapmasının yerinde olacağını düşünüyoruz. Şöyle ki, hâkim böyle bir yetkiye, kıyas yoluyla uygulanması mümkün benzer bir hüküm dolayısıyla sahiptir. Bu hüküm, bölünmez mal vasiyetinin tenkisinde, vasiyet alacaklısının, bölünmez malın kendisinde kalmasını istemesi halinde, tenkis edilecek parayı ödeyebilmesine ilişkin düzenlemedir (TMK m. 564/I). Her ne kadar tenkiste söz konusu olan bu sonuç, vasiyet alacaklısının iradesine tabi kılınmışsa da, ceza koşulunun indirilmesinde de benzer bir sonuç benimsenebilmelidir. Nitekim mirasta tenkisle ceza koşulundaki indirim kısmen birbirine benzer uygulamalardır. Şöyle ki, her ikisinde de alacaklı bölünemeyen edimi talep etmekte ve her ikisinde de hâkimin vereceği bir kararla bir indirim gerçekleşmektedir⁹⁴⁴.

Ceza koşulunun alacaklı tarafından kısmen talep edildiği durumlarda da indirimin ne şekilde olacağı sorusu akla gelebilir. Bu durumda Yargıtay kararlarında

indirilmesiyle ilgili hüküm olan 343'üncü paragrafa atıf yapılmadığından indirimin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmışsa da bir görüş, bu durumda, Alman Medeni Kanunu'nun 343'üncü paragrafının uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Westermann, § 342, kn. 1.

⁹³⁹ Seeliger, ss. 45-46; Bentele, s. 128; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 171; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536.

⁹⁴⁰ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 536; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 368. Öktem Çevik de hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisinin ceza koşulu yerine başka bir edimin kararlaştırılması şeklinde değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Öktem Çevik, s. 109. Aynı yönde bkz. A. Arkan, s. 23. Tunçomağ'a göre, bölünemez edimlerin indirilmesine bazı yazarların itiraz etmesi haksız olacaktır. Çünkü bazı ceza koşulları edimlerini salt bölünemez nitelikte oldukları için indirmemek, elde bir vasıta olduğu halde istismar edilen borçlunun yardımına koştuktan kaçınmak olacaktır. Bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 172.

⁹⁴¹ Seeliger, ss. 46-47; Bentele, s. 128, dn. 604; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 171.

⁹⁴² Seeliger, ss. 46-47; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 171. Başka bir eleştiri için bkz. Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 369.

⁹⁴³ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 171.

⁹⁴⁴ İlk yöntemin borçlunun korunmasına daha elverişli olduğu düşüncesiyle kabul edilmesi gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Bentele, s. 128.

da belirtildiği üzere, hâkimin, ceza koşulunun tümünü göz önünde bulundurarak tespit edeceği indirim oranını tüm ceza koşulu miktarına uygulayarak, indirgenmiş ceza koşulunu tespit etmeli ve bundan sonra taleple bağıllık ilkesi çerçevesinde bu miktarın kısmen dava edilen tutarı aşp aşmadığına göre bir sonuca varmalıdır⁹⁴⁵.

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin davada hâkimin vermiş olduğu karar, yenilik doğuran bir karardır. Hâkimin indirme kararının kesinleşmesiyle birlikte, ceza koşulu, taraflar arasında kararlaştırılan o ana kadar ki miktar üzerinden değil; hâkim tarafından belirlenmiş olan miktar üzerinden geçerli olur. Böylece hâkim taraflar arasındaki hukuki ilişkide bir değişiklik meydana getirmiş olur⁹⁴⁶. İndirme kararının hükümleri geçmişe etkilidir. Bu sebeple ceza koşulu, başlangıçtan itibaren hâkim tarafından indirilmiş miktarda borçlanılmış gibi kabul edilmelidir⁹⁴⁷. Çoğunluk görüşü böyle olmakla birlikte, doktrinde indirme kararının tespit niteliğinde bir karar olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, ceza koşulunun indirilmesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinde (TMK m. 2) düzenlenmiş bulunan hakkın kötüye kullanılması yasağının yasal düzenleme alanı bulan uygulama örneğidir. Buna göre hâkim, sözleşmeye bir müdahalede bulunmayıp, vereceği tespit kararıyla, dürüstlük kuralına; daha doğrusu hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde ceza koşulu miktarı nasıl kararlaştırılması gerekiyor idiyse, o şekilde indirim karar verir. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesine yönelik kararı, tarafların hukuki durumunda gerçek bir değişiklik meydana getirmez; yapılan indirim, sadece bir edimin başlangıçtaki kapsamını yeniden belirlemektedir. Yani, karar geçmişe etkili sonuç

⁹⁴⁵ “...Davacı işçi bu davada fazlaya dair haklarını saklı tutarak 1.000,00TL cezai şartın ödetilmesini talep etmiş, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda 12 aylık ücret tutarında cezai şart 20.235,85 TL olarak belirlenmiştir. Mahkeme tarafından Borçlar Kanununun 161/son maddesi hükmüne göre % 40 oranında indirimle gidildiği belirtilmiş ve kısmi davada talep edilen rakam üzerinden indirimle gidilerek 600,00TL kabulüne, fazlasının reddine karar verilmiştir. Reddedilen kısma göre davalı yararına avukatlık ücretine dair hüküm kurulmuştur. Kısmi davada istek konusu miktar için indirim yapılarak sonuca gidilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, gerçekleşen asıl alacak tutarı belirlendikten sonra taleple bağlı kalınarak 1.000,00TL hakkında karara vermekten ibarettir...”, Yarg. 9. HD., T. 11.5.2010, E. 2009/44690, K. 2010/12659, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 21.04.2016); Yarg. 19. HD., T. 4.6.2014 E. 2014/5336, K. 2014/10484, (Gülseven, s. 133).

⁹⁴⁶ Bentele, s. 123; Schmidt, § 348, kn. 1; Ansay, kn. 114, s. 233; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 165; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 374; İbrahim Kaplan, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 23; Hatemi ve Gökyayla, s. 359; Kırkbeşoğlu, s. 315; Öktem Çevik, s. 110.

⁹⁴⁷ Becker, m. 163, kn. 20; Schoch, s. 70; von Tuhr ve Escher, s. 285; Ergun Önen, **İnşai Dava**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 191; Ansay, kn. 114, s. 233; Bilge, s. 120; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 169; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 375; Yücel, s. 2951.

doğurur ve bu ceza koşulu başlangıçtan itibaren indirilmiş şekilde borçlanılmış kabul edilir⁹⁴⁸.

Ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili yargılamada, yargılama giderleri, ilgili Kanun hükmü (HMK m. 326) çerçevesinde, aleyhine karar verilen taraf üzerinde bırakılmalıdır. Somut olarak, hâkim indirim karar verirse, indirilen tutar ölçüsünde alacaklıya giderleri yükletmelidir⁹⁴⁹. Buna karşılık Yargıtay'ın indirim karar verilmesi halinde yargılama giderlerinin, isabetsiz bir şekilde, alacaklıya yükletilmemesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁹⁵⁰. Yargıtay ile benzer şekilde, doktrinde bir görüş de, hâkimin indirimi re'sen yapması ve davacının da önceden ne kadar indirim yapılacağını bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle, talep edilip de reddedilen ceza koşulu miktarı üzerinden davacı aleyhine yargılama masrafına (vekâlet ücreti vs.) hükmedilemeyeceğini ifade etmiştir⁹⁵¹.

İndirimin gerekli olmadığı yönünde bir karara varılırsa, bu durumda borçlu haksız çıkmış olacağı için, giderlere de onun katlanması gerekir. İndirimin gerekli olmadığı yönündeki karar, ister, borçlunun indirim talebi üzerine, isterse hâkimin önüne gelen asıl borç ilişkisiyle ilgili bir uyuşmazlıkta indirim meselesi kendiliğinden verilmiş olsun, sonuç değişmeyecektir.

⁹⁴⁸ Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3825; Berger, kn. 1798; Ehrat ve Widmer, BSK, m. 163, kn. 10a; Wuffli, OFK, m. 163, kn. 12; BGE 138 III 746, Er. 6.1, s. 748, (Gauch, Schluep, Schmid, Rey ve Emmenegger, kn. 3825, dn. 68, relevancy.bger.ch, E.T.: 30.06.2018).

⁹⁴⁹ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 170.

⁹⁵⁰ Yarg. 4. HD., T. 13.1.1976, E. 1975/2348, K. 1976/332; Yarg. 13. HD., T. 28.4.1976, E. 1975/6860, K. 1976/343, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 24.12.2018); Yarg. Ticaret Dairesi, T. 12.06.1961, E. 391, K. 1791, (**BATİDER**, C. 1, S. 4, Haziran, 1962, ss. 606-607); "...Sözleşmeyle tayin edilen cezai şart tutarının tahsilini istemek hakkına haiz olan davacının açtığı dava sonucunda cezai şartın hâkim tarafından fahiş görülerek tenkis edilmesi halinde tenkis edilen miktardan dolayı davacı aleyhine avukatlık ücreti ve muhakeme masrafına hükmedilmemesi gerekir. Çünkü cezai şarttan indirim yapılması hususunda hâkimin takdir hakkını kullanıp kullanmayacağının davacı tarafından dava açılırken bilinmesi mümkün değildir. Bu sebeple tenkis edilen kısım yönünden davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir. ...", Yarg. 19. HD., T. 27.6.2013, E. 2013/5697, K. 2013/12129; Yarg. 23. HD., T. 7.6.2018, E. 2016/5181, K. 2018/3593; Yarg. 19. HD., T. 12.6.2017, E. 2016/9102, K. 2017/4845, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 25.12.2018).

⁹⁵¹ Tamer, s. 746.

E. Tacirler Bakımından Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

1. İlgili Hüküm (TBK m. 182/III) Çerçevesinde İndirimin Mümkün Olmaması

Ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün istisnai olduğunu, bu sebeple hükmün uygulama alanının dar tutulması gerektiğini daha önce açıklamıştık. Bu konuda kanunkoyucu, ticari işler bakımından, istisnai bu hükmün uygulanmayacağı şeklinde açık bir düzenlemeyi benimsemiştir (TTK m. 22). Buna göre, tacir sıfatına sahip borçlu, aşırı ceza koşulu kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ceza koşulunun indirilmesini mahkemeden isteyemez⁹⁵².

Elbette tacir sıfatına sahip borçlunun, ceza koşulu edimine yönelik olarak başka hukuki araçlardan birine başvurması mümkündür. Gerçekten, tacirin, ilgili hüküm (TBK m. 182/III) kapsamında ceza koşulunun indirimini talep edememesi, onun her koşulda ceza koşulunu ödemekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere, her ne kadar buna katılmasak da doktrinde ve uygulamada başka hukuki dayanaklarla ceza koşulunun geçersizliği veya indirimi sonucuna varılabilmektedir. Burada ifade etmek istediğimiz hukuki araçlar, bunların dışında; diğer genel nitelikteki hükümler çerçevesinde başvurulabilecek olan yollardır. Bunlar, daha önce açıkladığımız; ceza koşulunun hükümsüzlüğünü doğuran ya da onu sona erdiren sebepler olabilir. Örneğin, alacaklının ceza koşulu talep hakkından vazgeçmesi durumunda borçlu tacir de ceza koşulunun ifa edilmesinden kurtulmuş olacaktır, yine ceza koşulu, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ise ya da konusu imkânsızsa geçersiz olacağından tacir bundan kurtulmuş olacaktır. Ayrıca ceza koşulu asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olduğu için, asıl borcun herhangi bir nedenle geçersiz olduğu ya da sona erdiği durumlarda da ceza koşulu geçersiz olacağı ya da sona ereceği için, borçlu tacir, ceza koşulunu ifa etme yükümlülüğünden bu yolla da kurtulmuş olur. Yine, tacirler bakımından da uygulama

⁹⁵² Alman Ticaret Kanunu (HGB)'nin 348'inci maddesine göre de bir tacir tarafından ticari işletmesi ile ilgili olmak üzere taahhüt edilmiş bulunan ceza koşulu indirilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Günter Schmeel, "Bauvertrag – Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe Möglichkeiten der Herabsetzung oder „Payment unlimited“?", **MDR**, 2017, ss. 1033-1035. Doktrinde bir görüş, bu yasak sebebiyle, tacirler bakımından ceza koşulu içeren sözleşmeyi kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bkz. Ünal, ss. 168-172.

alanı bulacak olan, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri (m. 20-25) çerçevesinde, ceza koşulunun geçersizliği, tacirler bakımından da iddia edilebilir. Bundan başka, iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde de borçlu tacir, bu hallerin varlığını ileri sürerek sözleşmenin iptalini sağlayabilir ve ceza koşulunu ödemekten kurtulabilir. Ancak bu durumdaki tacirin aşırı ceza koşuluna ilişkin olarak, aşırı yararlanma hükümlerine başvurup başvuramayacağı konusu tartışmalıdır. Ceza koşulu borcunun bir karşı edim karşılığında yüklenilmemiş olması sebebi ile borçlunun aşırı yararlanma hükümlerine başvuramayacağını savunanlar olduğu gibi⁹⁵³, bunun mümkün olabileceğini savunanlar da⁹⁵⁴ vardır. Başka bir görüş de aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilirliğini, tacirin ticaretiyle ilgili faaliyetlerinde tecrübesizliği düşünölemeyeceğinden, sadece zor durumda kalma (müzayaka) bakımından mümkün olabileceğini ifade etmiştir⁹⁵⁵. Doktrinde borçlunun hukuki bir araç olarak, özellikle, tacir olması sebebiyle aşırı ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalan kişinin, daha sonra zararlarının tazmini için başvurduğu kişinin yükümlü olduğu tazminat miktarının, Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, şartların da gerçekleşmesiyle indirilmesi halinde, ceza koşulunun da dolaylı olarak indirilmiş olacağını ifade etmiştir. Ancak bu görüşün de belirttiği gibi, burada aşırı ceza koşulunun indirilmesi değil, aşırı ceza koşulu nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrası gereği tazminatın indirilmesinin söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁹⁵⁶.

Konumuza dönecek olursak, ilgili hükme göre (TTK m. 22) aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III) uygulanmayacağı sonucuna varabilmek için ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olması ve bu borcun onun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir.

⁹⁵³ O. Berki, ss. 297-298; Bilge, s. 114; Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Schoch, s. 61; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 537; A. Arkan, s. 24; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, ss. 105-106; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 175.

⁹⁵⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 357; Tamer, ss. 760-761.

⁹⁵⁵ S. Arkan, s. 145; Poroy ve Yasaman, ss. 142-143; Hayrettin Çağlar, "Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28)", **BATİDER**, S.4, Aralık 2016, III, (<https://jurix.com.tr/article/7509#>, E.T.: 18.10.2018).

⁹⁵⁶ F. İtir Bingöl, "Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiyeye Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi", **Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan**, C.2, Ankara, 2009, ss. 1399-1412.

Ceza koşulu borçlusu, tacir⁹⁵⁷ veya tacir gibi sorumlu olan kişilerden birisi⁹⁵⁸ ise, ilgili hükme göre (TBK m. 182/III) indirim mümkün değildir. Borçlunun, ceza koşulunun muacceliyet kazandığı anda değil ceza koşulunu taahhüt ettiği anda tacir sıfatına sahip olması gerekir⁹⁵⁹. Buna göre borçlunun ceza koşulunu taahhüt etmesinden sonra tacir sıfatını kazanması, onun ilgili hükme göre indirim isteğinde bulunmasına engel değildir. Oysaki taahhüt anı önem taşıdığı için, sonradan tacir sıfatının kaybedilmesi, ilgili hükme göre indirimin yapılamayacağı gerçeğini değiştirmeyecektir⁹⁶⁰. Ayrıca, tacir tarafından borçlanılmış ve ceza koşuluna bağlanmış bir asıl borcun, borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uyarınca (TBK m. 195 vd.) üstlenilmesi halinde de, asıl borcu üstlenen kişinin tacir sıfatı bulunmuyorsa, aşırı ceza koşulunun indirilmesinin mümkün olacağı ifade edilmelidir⁹⁶¹. Ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olup olmadığı yönünde bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, bu durumda lehine hak çıkaracak yani indirim yapılmasını engelleyerek daha fazla alacağı kavuşacak taraf alacaklı olduğu için, onun, borçlunun tacir sıfatına sahip olduğunu ispatlaması gerekecektir⁹⁶².

İndirimin yapılamayacağı sonucuna varabilmek için ayrıca, tacirin borcunun onun ticari işletmesiyle ilgili olması da gerekir⁹⁶³. Kanun'da böyle bir ifadeye yer verilmemiş olsa da, bu gereklilik, hükmün konuluş amacı sebebiyledir.

⁹⁵⁷ Tacir tanımı için bkz. TTK m. 12, tacir sıfatıyla ilgili olarak ayrıca bkz. TTK m. 13, 14 ve 15.

⁹⁵⁸ Tacir gibi sorumlu sayılanlar için bkz. TTK m. 12/III.

⁹⁵⁹ S. Arkan, s. 144; Şener, Ticari İşletme Hukuku, s. 236; Erçin, s. 101. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Hopt, HGB KurzK., § 348, kn. 6; Arnold Lehmann-Richter, **BeckOK HGB**, (Hrsg. Martin Häublein ve Roland Hoffmann-Theinert), 22. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018, § 348, kn. 8; Roth, HGBK, § 348, kn.3; Schmidt, § 348, kn. 4; Pamp, HGBK, § 348, kn. 13; Joost, HGB, § 348, kn. 25.

⁹⁶⁰ Tunçomağ, Cezai Şart, ss. 176-177; S. Arkan, s. 144; Gökçeoğlu, s. 70; Tamer, s. 752; Bülent Ernas ve Simin Yalçıntaş, "Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması", **AÜHF Mecmuası, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, Ankara, 2008, s. 710; Şener, Ticari İşletme Hukuku, s. 236; Erçin, s. 101. Anonim veya limited şirket ana sözleşmesinde belirlenmiş bir ceza koşulunun ilgili hükme göre (TBK m. 182/III) indirimin mümkün olmadığı sonucuna varılabilmesi için sadece pay sahipliğinin yeterli olmadığı (bkz. Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 605), ayrıca pay sahibinin payı kazandığı anda tacir sıfatına sahip olması gerektiği yönünde bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 177. Kollektif ortağın ise sadece şirkete ortak olmasının onu tacir kılmaması sebebiyle, ceza koşulunun aşırı olması halinde, bu ortak bakımından indirimin mümkün olduğu; yani Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesinin uygulanmayacağı yönünde bkz. Şener, Ortaklıklar Hukuku, ss. 119-120.

⁹⁶¹ S. Arkan, ss. 144-145; A. Arkan, s. 23; Kocağa, Sözleşme Cezası, ss. 381-382; Erçin, s. 101.

⁹⁶² Tunçomağ, Cezai Şart, s. 177; Kocağa, Sözleşme Cezası, s. 382.

⁹⁶³ Schmidt, § 348, kn. 5; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 177; Feyzioğlu, s. 405; S. Arkan, s. 145; Battal, ss. 20-21; Ernas ve Yalçıntaş, ss. 712-713; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 103; Rıza Ayhan, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", **Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal' Armağanı, GÜHFD**, C.17, S.1-2, Ocak-Nisan 2013, ss. 309-310;

Görüldüğü üzere, borçlunun tacir olduğu ve onun ticari işletmesini ilgilendiren bir borç için yani bir ticari iş (TTK m. 3) dolayısıyla taahhüt edilmiş bir ceza koşulunun varlığı durumunda, indirim yasağı söz konusu olacaktır. Ticari işin diğer taraf açısından bu nitelikte sayılmadığı durumlarda, başka bir deyişle ticari işin, onun ticari işletmesini ilgilendirmediği ve aynı zamanda tacir sıfatına sahip olmadığı durumlarda, indirim yasağının söz konusu olamayacağı açıktır⁹⁶⁴. Kanun'da, gerçek kişi tacirler bakımından, onun borçlarının ticari olacağı karineten kabul edilmişken; tüzel kişi tacirlerin ise adi iş sahası olamayacağı, başka bir deyişle her işinin ticari iş olacağı kabul edilmiştir (TTK m. 19). Dolayısıyla, tüzel kişi tacirler bakımından indirim yasağı mutlak şekilde uygulanacakken; gerçek kişi tacirler bakımından karineten uygulanacaktır. Şöyle ki yasağın geçerli olmasına engel olmak isteyen gerçek kişi tacirin, işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirdiğini veya işin ticari iş sayılmasına durumun elverişli olmadığını ispatlaması gerekir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın tüzel kişi tacir işveren ile işçi arasındaki ilişkinin “ticari iş” olmadığını belirttiği ve bu sebeple ilgili hükme göre aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyebileceği sonucuna vardığı kararları bulunmaktadır: “...*Tacir olan işveren A.Ş. ile işçi arasındaki ilişki ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı İş Yasası hükümlerine bağlı bir hizmet aktidir. Bu nedenle BK'nun 161/son maddesi uyarınca indirim tabi olup TTK'nun 24. maddesinin uygulanmasını gerektirmez...*”⁹⁶⁵, “...*Somut olayda tacir olan işveren A.Ş. ile, işçi arasındaki ilişki ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı İş Yasasının hükümlerine bağlı hizmet akti olduğundan T.T.K. 24.maddesi uygulanmaz ve B.K. 161/son maddesi uyarınca hâkim fahiş gördüğü cezai şarttan kendiliğinden indirim yapmalıdır. ...*”⁹⁶⁶. Yargıtay, daha sonraki kararlarında da tacir işveren ile işçi arasındaki ilişkiyi İş Kanunu hükümlerine bağlı bir hizmet akdi olarak gördüğü için, indirim mümkün olduğundan ister gerçek kişi tacir ister tüzel kişi

Şener, Ticari İşletme Hukuku, ss. 228-229; Erçin, s. 102. Aksi görüş için bkz. Karayalçın, s. 147; A. Arkan, s. 23; Poroy ve Yasaman, ss. 140-142. Alman Medeni Kanunu'nun 348'inci paragrafında ise ceza koşulunun tacirin ticari işletmesiyle ilgili bulunması şartına açıkça yer verildiği görülmektedir.

⁹⁶⁴ Tunçomağ, Cezai Şart, s. 177; Bilge, s. 126; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 538; A. Arkan, s. 23; Ernas ve Yalçıntaş, s. 712; Erçin, s. 101; S. Arkan, s. 144; Şener, Ticari İşletme Hukuku, ss. 229, 234.

⁹⁶⁵ YHGK, T. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 16.10.2017).

⁹⁶⁶ YHGK, T. 2.10.2002, E. 2002/9-596, K. 2002/662, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 16.10.2017).

tacir işveren olsun aynı sonucun benimseneceğini ifade etmiştir. Bu kararlardan biri şöyledir:

*“...Davacı, hizmet sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği iddiasıyla sözleşmede öngörülen cezai şartın tahsilini talep etmiştir. Davalı işveren ise cezai şartın fahiş olduğunu savunmuştur. Tacir olan işveren ile işçi arasında yapılmış hizmet akdi, ticari iş mahiyetinde değildir. Cezai şart borçlusu tacir olan işveren olsa bile hâkim iş akdindeki fahiş gördüğü cezai şartı indirimine tabi tutmalıdır. Başka bir anlatımla, tacir statüsünde olma, iş akdindeki cezai şartın indirilmesine engel teşkil etmez...”*⁹⁶⁷.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kararları, Türk Ticaret Kanunu’nun 22’nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü ilgili hüküm, tacirin ticari işletmesiyle ilgili tüm sözleşmeleri de kapsayacak şekilde geniş bir içeriğe sahiptir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ihlal edilerek, tüzel kişi tacirin “adi iş”i olabileceği gibi bir sonuca varmış olması; dolayısıyla tüzel kişi işveren ile işçi arasındaki ilişkinin “ticari iş” olmadığına karar vermesi yerinde değildir. Zaten Yargıtay’ın kabul ettiği sonuç, ceza koşulu alacaklısı olan işçi aleyhine olacak şekilde indirim yapılması anlamına geldiği için, iş hukukundaki işçiyi koruma düşüncesine de aykırılık oluşturur⁹⁶⁸.

2. Genel Hükümlere Göre İndirim İmkânı

Yukarıda belirtildiği gibi, tacirler açısından, ceza koşuluyla ilgili indirim hükmü çerçevesinde aşırı ceza koşuluna bir müdahale söz konusu olamayacaktır. Bu durum, ne kadar yüksek miktarda olursa olsun, borçlu tacirin ahde vefa ilkesi çerçevesinde ceza koşulunu ifa etmek zorunda bırakılması anlamına gelecektir. İşte borçlu tacir de olsa onun böyle bir sonuca maruz bırakılması, vicdanları rahatsız etmiş olsa gerek, buna doktrin ve uygulama çözüm yolları bulmaya çalışmıştır. Bu çözümler, ahlaka aykırılıkla ve kişilik haklarıyla ilgili genel hükümlerin (TBK m. 27, TMK m.

⁹⁶⁷ YHGK, T. 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 16.10.2017). Benzer kararları için bkz. YHGK, T. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822, (Battal, ss. 16-18); YHGK, T. 25.1.2017, E. 2015/330, K. 2017/132, (www.lebibyalkin.com.tr, Mevbank, E.T.: 21.12.2018). Aynı yönde görüş için bkz. Mollamahmutoğlu, s. 655; Nar, s. 18.

⁹⁶⁸ Bu kararlara yönelik benzer eleştiriler için bkz. Poroy ve Yasaman, ss. 140-142; Battal, ss. 19-23; Sezer Çabri, “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.3, S.11, 2006, ss. 925-926; N. Füsün Nomer Ertan, “İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss. 35-37; Karagöz, İş Sözleşmesi, ss. 58-59; Ayhan, ss. 310-311; Tamer, ss. 764-765; Ernas ve Yalçıntaş, ss. 716-718; Başbuğ, ss. 16-18.

23) uygulanmasıyla, ceza koşulunun kısmen veya tamamen geçersiz sayılması ya da indirilmesi yahut başka kanuni gerekçelerle indirim yapılması şeklindedir⁹⁶⁹. Gerçekten Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında, ceza koşulunun ifasının “*borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokması*” veya “*bütünüyle yok etmesi, ekonomik anlamda mahvına neden olması*” şeklinde ifade edilen sonuçları doğurması halinde, ceza koşulunun ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olacağı gerekçeleriyle hükümsüz sayılabileceği ya da borçlu tacir olmasına rağmen indirilebileceği, böyle bir sonucun hakkaniyete de uygun düştüğü belirtilmiştir. Bu kararlardan bazıları şu şekildedir:

“...Tacir sıfatını taşıyan bir şahıs, T.K.'nun 24. maddesinin hükmü karşısında, fahiş olduğu iddiasıyla cezanın indirilmesini isteyemez. B.K.'nun 161/3. maddesi hükmüne karşı olarak Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi ile tarafların ceza miktarını serbestçe tespit edebilecekleri esası kabul edilmiştir. Ceza tutarı borçlunun taahhüdünden elde edeceği menfaate tecavüz etse bile cezanın indirilmesi düşünülemez. Ancak T.K.'nun 24. maddesi ile tacir olan şahsa ve akdine tanınmış olan bu akit serbestisi bütün akitler için sınır çekmiş olan B.K.'nun 20. maddesi ile tahdit edilmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın butlanı genel bir hükümdür. T.K.'nun 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmaz...”⁹⁷⁰.

“Davacı borçlunun iktisadi, ticari ve özel durumu ve malvarlığı araştırılmalı, davacının yükümlü olduğu ceza şartı tutarı iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını mucip olacak bir miktarda olduğu tespit edildiği takdirde ceza şartı ahlak ve adaba aykırı sayılarak ya tamamen kaldırılmalı veya kısmen indirime tabi tutulmalıdır...”⁹⁷¹.

“...Ek süre sonunda inşaatın ikmal edilmemesi halinde yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceği şeklinde kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup genel ahlaka aykırı ve batıldır....”⁹⁷².

⁹⁶⁹ von Tuhr ve Escher, s. 284; Guhl ve Koller, § 7, kn. 40; Kanık, s. 1076; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 357; Eren, Genel Hükümler, ss. 1213-1214; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 806; Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 9. Bası, GÜR-AY Matbaası, İstanbul, 1991, ss. 43-44; A. Arkan, s. 147; Kocaağa, Sözleşme Cezası, ss. 325-326; M. Ayan, s. 85; Arsebük, Cezai Şart, s. 992; Ayhan, ss. 311-312; M.E. Bingöl, s. 124; Reisoğlu, ss. 459-460; Yücel, s. 2945 vd.; Belen, Cezai Şart, s. 521; Battal, s. 20; Şener, Ticari İşletme Hukuku, s. 235.

⁹⁷⁰ YHGK, T. 20.3.1974, E. 1970/1053, K. 1974/252, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷¹ Yarg. 13. HD., T. 3.10.1988, E. 1988/2765, K. 1988/4388, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷² Yarg. 15. HD., T. 3.7.2001, E. 2001/2880, K. 2001/3661, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

“...Gerçekten mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, TTK.24 ve BK. 161/son maddeleri uyarınca tacir olan davalı şirketin cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini istemeye hakkı bulunmamakta ise de, kararlaştırılan ceza borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal olunabilir. Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarıyla da benimsenmiştir. Bu husus taraflar veya hâkimin sübjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasatı görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir. Bununla beraber adap ve ahlaka aykırılığın tayini bir hukuk sorunudur, bu da mahkemeye ait bir görevdir. Bu görev yerine getirilirken, iktisadi durumun tespitinde özel bilgisi olan bilirkişiden yararlanılabilir. Somut olayda iktisaden mahvı gerektiren bir durum yoktur...”⁹⁷³.

“...Dava, cezai şartın tahsili talebine ilişkindir. Cezai şart, olumlu zararı temsil etmektedir. Hiçbir zarar olmasa da bu cezanın tazminin talep edilmesi mümkündür. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar cezai şartı diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Kural olarak tacirler sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğunu iddia ederek indirim isteyemezler. Ancak bu ceza tacirin ekonomik yıkımına neden olacak miktarda ise ahlak ve adaba aykırılık nedeniyle indirime tabi tutulabilir...”⁹⁷⁴.

“...Tacir olan bir borçlu, kural olarak cezai şartın fahiş olduğu iddiasıyla indirim yapılmasını isteyemez. Ancak, cezai şartın borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede yüksek olması halinde indirim yapılabilir...”⁹⁷⁵.

“...Davacı arsa sahipleri, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin bağımsız bölümleri süresi içinde bitirip teslim etmediğini, temerrüde düştüğünü iddia ederek sözleşmenin feshini ve sözleşmede kararlaştırılan ceza hükmü uyarınca bağımsız bölümlerin kendisine teslimini talep etmiştir. Yüklenici, bağımsız bölümleri süresi içinde teslim edemediğinden temerrüde düşmüştür. Bu durumda arsa sahipleri sözleşmenin feshini talepte haklıdır. Davacının talepleri dikkate alındığında, sözleşmenin ileriye etkili feshinin istendiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede, sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin hiçbir hak talep etmeden inşaatı olduğu haliyle arsa sahiplerine devredeceği kararlaştırılmıştır. Dosya kapsamı dikkate alındığında, bu hüküm yüklenicinin ekonomik yönden mahvına sebep olacak nitelikte olduğundan batıldır...”⁹⁷⁶.

“...Dava, eser sözleşmesi uyarınca uygulanan ve hakedişten kesilen cezanın iadesi istemi ile açılmıştır. Her ne kadar tacirler hakkında cezai şartla indirim yapılmasına olanak bulunmasa da ceza, tacirin iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ise tamamen kaldırılabilir gibi, tenkis yoluna da gidilebilir...”⁹⁷⁷.

“... Borçlar Kanunu'nun 161/III. maddesi hükmü gereğince hâkim "fahiş" gördüğü cezaları tenkis ile mükellefise de, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle

⁹⁷³ Yarg. 15. HD., T. 28.3.2002, E. 2002/1188, K. 2002/1472, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷⁴ Yarg. 11. HD, T. 19.12.2005, E. 2004/15293, K. 2005/12550, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷⁵ Yarg. 19. HD, T. 19.4.2007, E. 2006/11401, K. 2007/3998, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷⁶ Yarg. 15. HD, T. 4.7.2008, E. 2007/3434, K. 2008/4508, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷⁷ Yarg. 15. HD., T. 18.1.2010, E. 2009/635, K. 2010/64, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

tenkisini isteyemezler. Ancak istisnai olarak kararlaştırılan cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür... Ahlak ve adaba aykırılığın tayin ve tespiti için, işin değeri, cezai şartın kabul edildiği tarihteki borçlunun iktisadi durumu araştırılıp, davalıların varsa ticaret sicil dosyaları celp edilip toplam sermaye miktarı tespit edilerek söz konusu cezai şartın tahsili yoluna gidilmesi halinde borçlunun eskisi gibi ticari hayatını sürdürmesinin mümkün olup olmayacağı, mümkün olmayacak ise bu durumun onun iktisaden mahvına neden olup olmayacağı hususlarında uzman bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması gerekir...”⁹⁷⁸.

“...Uyuşmazlık kira sözleşmesinde cezai şart olarak kararlaştırılan bedelin tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptaline ilişkindir. Her ne kadar TTK'nın 24. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu BK'nın 161/3. maddesinde yazılı cezai şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez ise de hükmedilecek cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği uygulamada kabul edilmektedir...”⁹⁷⁹.

“Dava, taşıma sözleşmesine aykırılık iddiasına dayalı cezai şart istemine ilişkindir. Sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin konusunu ve cezai şartın miktarını belirlemede özgür iseler de, bu özgürlüğün sınırsız ve sonsuz olduğu söylenemez. BK'nın 19, 20, 161 maddeleri bu özgürlüğün sınırını çizmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir...”⁹⁸⁰.

Doktrindeki görüşler ve uygulama, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı derecede yüksek olan ceza koşulunun ya tamamen ya da kısmen hükümsüzlüğü sonucunu kabul etmektedir. Kabule göre, kısmen hükümsüzlük (TBK m. 27/II), hem sözleşmenin bir kısmının hem de borçlanılan edimin miktar olarak bir kısmının hükümsüzlüğü anlamındadır. Bu sebeple, bölünebilir sözleşmelerde olduğu gibi, miktarı bakımından bölünebilir edimlerde de kısmi hükümsüzlüğün uygulanması mümkündür. Ceza koşulu da çoğu olayda bölünebilir edim olma özelliğiyle, kısmen hükümsüz sayılabilmektedir⁹⁸¹.

Bununla birlikte tacirler açısından kısmen veya tamamen hükümsüzlük yaptırımını yerine kısmen geçersizlikle ilgili hükmün (TBK m. 27/II) dürüstlük kuralı

⁹⁷⁸ Yarg. 15. HD., T. 23.3.2010, E. 2009/1814, K. 2010/1643, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁷⁹ Yarg. 6. HD, T. 22.4.2010, E. 2009/6629, K. 2010/4835, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁸⁰ YHGK, T. 22.5.2013, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016). Benzer yönde diğer kararları için bkz. Yarg. 13. HD., T. 17.2.2003, E. 2002/14711, K. 2003/1355; Yarg. 15. HD., T. 13.1.2005, E. 2004/2891, K. 2005/133; Yarg. 19. HD., T. 30.3.2007, E. 2006/10269, K. 2007/3205; Yarg. 19. HD., T. 5.4.2011, E. 2010/11107, K. 2011/4427, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 19.4.2016).

⁹⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1214; Tekelioğlu, ss. 170-171.

gereği uygulanarak indirim yapılabileceği sonucuna ulaşan bir görüş de bulunmaktadır⁹⁸². Dürüstlük kuralından yola çıkan bir başka görüş de, tacir borçlunun aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edememesinin karşı taraf bakımından (alacaklı bakımından) hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda, borçlu tacirin aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre, dürüstlük kuralına aykırılık varsa, tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunluluğu ortadan kalkar. Dürüstlük kuralına aykırılığa şöyle bir örnekte karşılaşılabılır. Taraflar, ceza koşulu tutarının önceden kesin biçimde belirlememişler, sadece belirlemeye yönelik bazı esasları kabul etmişler ancak alacaklı belirleme sırasında hile yapmışsa ve ceza koşulunun indirilmesini talep eden borçluya Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesini ileri sürmüştse, onun bu davranışı dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır⁹⁸³.

Bundan başka, ahlaka aykırılık gerekçesiyle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesinin birinci fıkrasının⁹⁸⁴ kıyasen uygulanmasıyla indirim yapılabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, ilgili hükme (TTK m. 1530/I) göre, en yüksek haddi aşan sözleşmenin tamamı batıl sayılmaz, sözleşme en yüksek had üzerinden yapılmış olur. Böyle bir durumda da, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz. Burada kanunen öngörülmüş bir indirim söz konusudur⁹⁸⁵.

Doktrindeki bir başka görüş de Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesinin kıyasen ve Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının dürüstlük kuralı yardımıyla uygulanması gibi dolambaçlı yoldan indirmek yerine, doğrudan doğruya aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III) uygulanmasıyla işlemi ayakta tutarak makul düzeye indirmenin ticari hayatın gereklerine daha uygun olacağını ifade etmiştir⁹⁸⁶.

⁹⁸² Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 537.

⁹⁸³ Schmidt, § 348, kn. 14; Tamer, s. 763.

⁹⁸⁴ TTK m. 1530/I aynen şöyledir: “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*”.

⁹⁸⁵ Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 537; Ayhan, s. 312; Çınar, Cezai Şartın İndirilmesi, s. 105; Dirican, s. 201. Aksi görüş için bkz. Tamer, s. 759; M.E. Bingöl, ss. 138-139.

⁹⁸⁶ A. Arkan, ss. 23-24.

Kanaatimizce, tacirler açısından öngörölmüş olan ceza koşulunun, geçersizlik sebeplerine dayalı olarak tamamen veya kısmen hükümsüz sayılması ya da bu sebeplere veya başka kanuni sebeplere dayalı olarak indirilmesi sonucuna varmak doğru değildir. Çünkü Kanun'daki açık yasak (TTK m. 22) sebebiyle indirimin olamayacağı yerde, tümünden veya kısmen geçersizliği ya da indirimi kabul etmek mantıklı bir sonuç olmaz. Ayrıca böyle bir sonuç, kanunkoyucunun indirimi yasaklamakla hedeflediği amacıyla da bağdaşmaz. Çünkü yasağa ilişkin hükmün amacı, aşırı ceza koşulunun indirilmesini basiretli tacirler bakımından tamamen yasaklamaktır. Böyle bir yasağın gerekçesi olarak, sözleşmeler hukukunda geçerli olan ahde vefa kuralıyla birlikte ticaret hukukunda tacirler için getirilmiş olan; ticari işletmesine ait bütün işlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlölüğü gösterilebilir. Bu yükümlölük çerçevesinde tacir, ceza koşulunu kabul ederken onun miktarına da dikkat etmeli, ileride ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalırsa, bunun ekonomik sonuçlarını mümkün olduğunca öngörerek adımını atmalıdır. Ne var ki, günümüzde bazı tacirlerin ceza koşulunu kabul ederken bu konuda pazarlık imkânına sahip olamadıkları, özellikle de diğer tarafa nazaran ekonomik yönden daha zayıf konumda oldukları, ticari yaşamın bilinen gerçekleridir. Bu kapsamda ifade edilmeli ki, ahde vefa ilkesi ve tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlölüğü, onun, üstlendiği borçların bütün sonuçlarına katlanması gerektiği, taahhüt ettiği ceza koşulunu kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık derecesinde yüksek ve ekonomik yıkımına yol açsa dahi ifa etmek zorunda olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Kaldı ki hukukumuzdaki modern eğilimler de, ticari yaşamın gerçeklerini göz önünde tutarak, tacirler açısından da birtakım müdahalelerin yerinde görülmesi yönündedir. Nitekim bu yöndeki eğilimi, tacir ve tacir olmayan şeklinde bir ayırım yapmadan herkes için uygulanabilir nitelikteki; genel işlem koşulları çerçevesinde yapılan denetimler (TBK m. 20 vd.) açısından görmek mümkündür.

Bu eleştirisel yaklaşımla konuya çare aramak açısından, indirim yasağının yukarıda bahsedilen şekillerde dolanılması, doğurduğu sonuçlar itibariyle hak ve adalet düşüncesiyle uyumlu olsa da, yürürlükteki düzenleme ve hukuk tekniği açısından yerinde değildir.

Yargıtay kararlarında, borçlunun ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokma, mahvına sebep olma şeklindeki sonuçların doğmasıyla ahlaka ve kişilik haklarına

aykırı bir durumun ortaya çıktığı ifade edilmişse de⁹⁸⁷, ahlaka aykırılığı sadece bu sebeplere hapsetmek doğru olmaz. Bize göre, bu tür bir uygulamaya katılmasak da, aşırı ceza koşulunun ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmasına, borçlunun sömürülmesi ve diğer tarafın böylece uğrayacağı zararların da oldukça üzerinde; hakkaniyete aykırı bir menfaat elde etmesi durumları da gerekçe gösterilebilirdi⁹⁸⁸.

Doktrindeki görüşler bakımından kısmi hükümsüzlüğün kabulünde izlenen yolun da yerinde bir yol olmadığı belirtilmelidir. Şöyle ki, Kanun'da (TBK m. 27/II) “*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması*” ifadesinden, sözleşmelerin parçalarını oluşturan bireysel anlaşmalar anlaşılmalıdır. İçinde yer aldığı sözleşmenin bir kısmını oluşturan ceza koşulunun⁹⁸⁹, bu özelliği sebebiyle, “*aykırılık oluşturan kısım*” ve “*uygun kısım*” şeklinde bölünmesi mümkün olmamalıdır⁹⁹⁰. Dolayısıyla katılmasak da hükümsüzlüğün kısmi değil tamamen olması gerekirdi. Katılmadığımız nokta, aşağıda ifade edeceğimiz üzere, indirim yasağına ilişkin hükmün amacıyla, ceza koşulunun veya onun içinde yer aldığı sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması sonucunun bağdaşmamasıdır.

Yine doktrindeki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1530'uncu maddesinin birinci fıkrasının kıyasen uygulanmasıyla indirim yapılabileceği görüşü de yerinde değildir. Çünkü ilgili hükümde, “*kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınır*”dan bahsedilmektedir. Oysaki ceza koşulunun üst sınırı bakımından kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu bir sınır da söz konusu değildir⁹⁹¹.

Kararların ve doktrindeki görüşlerin esas aldığı gerekçeler yönünden temeldeki bu eksiklik yanında, varılan sonuçlar da teorik açıdan birçok yönden eleştirilere mahkûmdur.

Bunlardan ilki, indirim yasağına ilişkin hükmün (TTK m. 22) uygulanabilirliği ortadan kaldırılmış, neredeyse metruk bir hüküm haline gelmiş olmasıdır. Oysaki

⁹⁸⁷ Yarg. 19. HD., T. 27.6.2013, E. 2013/5922, K. 2013/12111; Yarg. 15. HD., T. 23.3.2010, E. 2009/1814, K. 2010/1643; Yarg. 19. HD., T. 9.4.2014, E. 2014/4637, K. 2014/6827, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, ET: 18.4.2016). Ahlaka aykırılık ile kişilik haklarına aykırılık bakımından tartışmalar için bkz. Karabağ Bulut, ss. 195-206; Akbulut, s. 225 vd.; Derya Ateş, “Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi”, **TAAD**, Y.8, S.32, Ekim 2017, (Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi), ss. 254-259; Gülseven, ss. 117-120.

⁹⁸⁸ Benzer yönde bkz. Karabağ Bulut, s. 202 vd.

⁹⁸⁹ Bentele, s. 61; Başpınar, ss. 63-64; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 391.

⁹⁹⁰ Bentele, s. 61; Bilge, s. 125; Kunter, ss. 979, 981; Oğuzman ve Öz, 2. Cilt, s. 537; Başpınar, ss. 63-65; Ateş, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 292, dn. 979; Dirican, s. 201; Kocaağa, Sözleşme Cezası, s. 391; Ayhan, s. 312.

⁹⁹¹ Aynı yönde bkz. Tamer, s. 759.

kanunkoyucu, emredici şekilde tacirler bakımından aşırı ceza koşuluna müdahale edilmesini yasaklamıştır. Bundan başka, genel hükümlere veya başka bir hükme dayanarak çözüm aramak, böyle bir yasağın amacına aykırı düşecek bir yaklaşımdır. Ayrıca, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili olan hüküm (TBK m. 182/III), genel hükümlerde ifadesini bulan ahlaka aykırılığın özel bir uygulama şeklidir ve bu sebeple ahlaka aykırı derecede aşırı ceza koşulu konusunda özel-genel hüküm çerçevesinde, genel hükümlere göre bir çözüm aranmamalıdır. Başka bir deyişle, indirimle ilgili hükmün varlığı sebebiyle, genel hükümler çerçevesinde, ceza koşulunun miktar yönünden ahlaka aykırılığının sorgulanabilirliği engellenmiştir. Bu noktada ceza koşulu sadece miktar dışındaki bir aykırılık sebebiyle, genel hükümlere göre denetlenebilir.

Miktar bakımından aşırı ceza koşuluyla bağlı kalarak bunu ifa etmek zorunda bırakılan tacir açısından bu sonucun, hukuka ve hakkaniyete aykırı olması sebebiyle, yukarıda açıklamaya çalıştığımız ticari yaşamın gerekleri ve modern eğilimler de göz önünde tutularak, yapılacak bir Kanun değişikliğiyle tamamen kaldırılması gerektiğini ve böylece indirim hükmünün (TBK m. 182/III) herkes için geçerli olması gerektiğini savunuyoruz. Gerçekten, aşırı ceza koşulu karşısında korunma ihtiyacı tacirler açısından da ortaya çıkabileceğinden, kanunkoyucunun adi işler ve ticari işler şeklinde bir ayırım gözetmesi yerinde değildir. Nitekim kanunkoyucunun böyle bir ayırımı gözetmediğine başka bazı hükümlerde de rastlamak mümkündür. Örneğin, genel işlem koşuluyla ilgili hükümler (TBK m. 20-25) ve irade sakatlığına ilişkin hükümler (m. 30-39) böyledir. Basiretli davranması gereken bir tacir, nasıl ki yanıltma veya aldatma hükmüne dayanarak sözleşmeyi iptal edebiliyorsa, aşırı ceza koşulunda da indirim isteyebilmelidir. Aldatılan veya yanıltan bir tacirin bu durumu hoş görülebiliyorken, aşırı ceza koşulu yoluyla sömürülmesinde bu özel durumu açısından farklı bir tavır içinde olmanın haklı bir açıklaması yoktur.

Bize göre, olması gereken hukuk bakımından böyle bir yasağın kaldırılması sonucunda, tacirler açısından ilgili hüküm (TBK m. 182/III) çerçevesinde aşırılığın değerlendirilmesinde ve indirimin yapılmasında, borçlunun tacir sıfatına sahip olması da, hâkimin bu konuda daha katı davranmasına yol açan başka bir ölçüt olarak göz önünde tutulabilecektir. Böylece, adi işler bakımından aşırı sayılabilecek ceza koşulu, borçlusunun tacir olduğu ticari işler bakımından aşırı sayılmayabilecektir. Dolayısıyla,

doğrudan yasaklama yerine, bunu bir ölçüt olarak hâkimin takdirine bırakarak ona aktif bir rol yüklemek, daha doğru, daha adil ve kamu menfaatini daha çok gözetir bir yaklaşım olacaktır.



SONUÇ

Ceza koşulu; mevcut borcun gereği gibi veya ifa edilmesi hususunda, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan; muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan; muaccel olduğunda bağımsız nitelik kazanan, malî değere sahip bir edimdir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda, Borç ilişkilerinde özel durumlar başlıklı dördüncü bölümün üçüncü ayrımında düzenlenen ceza koşulu, bağlanma parası ve cayma parasıyla bir arada düzenlenmiştir (TBK m. 179-182/İBK m. 160-163). Düzenleme yerine yöneltilen eleştirilere rağmen, bağımsız bir hukuki işlem olmayan ceza koşulunun fer'i niteliği ve teminat amacı gerekçeleriyle bu eleştirilerin yerinde olmadığı belirtilmelidir.

Doktrin ve uygulamada epey tartışmalara sebep olmuşsa da, ceza koşulunun hukuki niteliği bize göre, asıl borç ifa edilinceye kadar borçlu üzerinde oluşturduğu psikolojik baskı sayesinde ifaya yönelik; asıl borcun ihlalden sonra ise alacaklının uğrayabileceği muhtemel zararların tazmini konusunda kolaylık sağlamaya yönelik ayni veya şahsi teminat ayrımı dışında kalan ama geniş anlamda teminat kapsamında olan bir kaydi teminattır. Asıl borcun borçlusu dışında bir kişi tarafından taahhüt edilememesi sebebiyle şahsi bir teminat olmayan ceza koşulu bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 603'üncü maddesi de uygulama alanı bulmaz.

Ceza koşulu, *“asıl borcun ihlali durumunda alacaklıya ödenecek tazminatın önceden tespit edilerek tazminat miktarı üzerindeki muhtemel anlaşmazlıkları önlemek ve alacaklıya ispat kolaylığı sağlamak”* hem de *“borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcu teminat altına almak”* amaç ve işlevlerine sahiptir. Birbirine sıkı şekilde bağlı olan, asli nitelikteki bu amaçlar birbiriyle eşit seviyede olup aralarında sadece işlevlerini yerine getirmede zaman bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki; borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma amacının gerçekleşme zamanı, ceza koşulunun kararlaştırıldığı zaman ile asıl borcun ifa edileceği an arasındaki zaman dilimine rastlar. Oysaki alacaklının uğradığı veya uğraması muhtemel zararlarının tazmin edilmesini kolaylaştırma amacının gerçekleşmesi, asıl borcun ihlal

edilmesinden sonraya rastlar. Hatta alacaklının gerçekte hiçbir zararı yoksa ceza koşulunun ikinci amacının gerçekleşmeyeceği de söylenebilir. Buna uygun olarak, ceza koşulunun, borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına alma şeklindeki birinci amacı, alacaklı zarara uğramış olsun ya da olmasın her halükarda gerçekleşecektir. Ceza koşulunun, bu asli amaç ve işlevlerinin yanında, doktrinde üzerinde fazlaca durulmadığı için daha çok ikincil öneme sahip olan bazı amaçları ve işlevleri de bulunmaktadır. Şöyle ki, tarafların sözleşmede, ceza koşulu miktarını aşan zararın tazmin edilemeyeceğine ilişkin bir kayda yer vermeleri durumunda, aynı zamanda bir sorumsuzluk kaydı olarak da nitelendirilebilecek bu kayıtle, ceza koşulu, borçluyu sorumluluktan kurtarma amacına da hizmet etmiş olacaktır. Tarafların, borçlunun kusuru bulunmasa dahi ceza koşulunun ifa edileceği yönünde bir anlaşmaya imkân sağlayan, Türk Borçlar Kanunu’nun 182’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki açık hüküm sayesinde; tarafların bu şekilde belirledikleri ceza koşulu, borçluyu her türlü zarardan sorumlu tutma amacına da hizmet etmiş olur. Ceza koşulunun, sözleşmeden dönülmesini kolaylaştırma amacının varlığından ise söz edilemez. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, ceza koşulunun diğer türleriyle birlikte, bu imkânı sağlayan bir kuruma yer verilmişse de; dönme cezası olarak adlandırdığımız bu kurum, bize göre ceza koşulunun bir türü değildir.

Ceza koşulu; asıl alacağa bağlı (fer’i) niteliktedir. Asıl borcun kaynağı bir sözleşmeye tarafların ceza koşulu konusunda anlaşmaya varmaları halinde, ceza koşulu sözleşmenin sübjektif esaslı noktası haline gelir. Ceza koşulu; hiç veya gereği gibi ifade edilmeme şeklinde şüpheli bir olaya bağlansa da bunun dış bir olay olmaması ve böylece teknik anlamda bir koşul olmaması sebebiyle koşula bağlı bir borç veya geciktirici iradi koşula bağlı bir borç değildir. Buradaki “*asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması*” ibaresi, ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesinde gerçekleşmesi gereken kanuni bir unsur olduğu, adında geçen koşul ibaresinin bu hususta yanıltıcı olmaması; nitekim kanunkoyucunun koşul ibaresini tercih etmesinin, ceza koşulunun çoğunlukla yer alabileceği hukuki işlemin bir sözleşme olması sebebiyle olduğu belirtilmelidir.

Ceza koşulunun bizzat kendisinin de başka bir teminat aracıyla (taşınır veya taşınmaz rehni) güvence altına alınması mümkünse de, Türk Borçlar Kanunu’nun

589'uncu maddesinin son fıkrası uyarınca, kefaletle teminata bağlanamaması mümkün değildir.

Ceza koşuluyla ilgili Türk Borçlar Kanunu'nun 181/II, kısmen 182/II ve 182/III hükümleri dışında kalan tüm hükümler tamamlayıcı niteliktedir.

Ceza koşulunun, seçimlik ve ifaya eklenen olmak üzere, sadece iki farklı türü vardır. Bu türler arasındaki farklılık, ceza koşulunun asıl borçla olan ilişkisine göre, ya taleplerin yarışması ya da taleplerin toplanması ilkesi bakımındandır. Kanunun 179'uncu maddesine göre (İBK m. 160), temel ilke olarak taleplerin yarışması kuralı benimsenmiştir. Söz konusu hükümdeki yasal karine böyle olsa da, kanuni düzenlemeler veya taraflar arasındaki anlaşmalar dolayısıyla her iki talebin bir arada ileri sürülmesi de mümkündür. Alacaklı, ceza koşulunu aşan zararın tazminiyle ilgili düzenlemenin de göz önünde tutulması kaydıyla, her iki ceza koşulu türünde ayrıca diğer kanuni hakları çerçevesinde tazminat da talep edebilir.

Ceza koşulu, başta Borçlar Hukukunda olmak üzere, Medeni Hukukta, Ticaret Hukukunda ve İş Hukukunda geniş bir uygulama alanına sahiptir. Sınırlı bir uygulama alanı bulan Medeni Hukukta açıklanması gereken bir husus da, nişanlanma veya evlenme sözleşmelerinde ceza koşuluna yer verilemeyeceğine ilişkin hükmün (TMK m. 119), Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası, Türk Borçlar Kanunu'nun 27 ve 81'inci maddelerinin varlığı sebebiyle, varlığına gerek olmadığıdır. Ancak, kanunkoyucunun özellikle evlenme iradesinin hiçbir baskıdan etkilenmeden oluşması gerektiği yönündeki düşünceye vurgu yapmak amacıyla 119'uncu maddeyi düzenlemek ve böylece bu hükmü muhafaza etmek istediği kabul edilirse de, hükmün en azından böyle bir anlaşmanın geçersiz olduğunu ve ayrıca ifa edilen ceza koşulunun geri istenemeyeceğini belirtmesi daha yerinde olurdu. Nitekim mehzaz İsviçre Medeni Kanunu, benzer düşünceyle olsa gerek, ilgili hükmü yürürlükten kaldırmıştır.

Ceza koşulunun benzer kurumlardan ayırt edilmesi, uyuşmazlığa uygulanacak olan hükümlerin tespiti açısından önem taşır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, dönme cezası ceza koşulu değildir. Nitekim dönme cezası, borçlu yararına konulmuş, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuvvetlendirmek yerine zayıflatan bir özelliğe sahiptir. Oysaki ceza koşulunun temel amacı, gerek asıl borcun ifasına zorlayarak gerekse asıl borcun ihlali halinde muhtemel zararın elde edilmesinde kolaylık sağlayarak hukuki ilişkiyi kuvvetlendirmektir. Ceza koşulu, fer'ilik özelliği, amaç ve işlevleri ve diğer

birtakım özellikleri sebebiyle benzer olan bağlanma parasından, cayma parasından, gerçek olmayan ceza koşulundan, götürü tazminattan, cezalandırıcı tazminattan, üçüncü kişinin edimini taahhütten, kefaletten, temerrüt faizinden, sorumluluğu sınırlayan kayıttan ve hakkı düşüren kayıtlardan da farklıdır.

Ceza koşulu fer'i bir niteliğe sahip olduğundan, ortada geçerli ve mevcut bir asıl borcun varlığı gereklidir. Asıl borç, verme, yapma gibi olumlu bir edim olabileceği gibi; yapmama, katlanma gibi olumsuz bir edim de olabilir. Ancak onun mutlaka mali bir değere sahip olması şart değildir. Böylece ceza koşuluyla, alacaklının hem maddi hem de manevi nitelikteki yararları teminat altına alınabilmektedir. Mali değere sahip olan para borçları için, temerrüt faizinin varlığı karşısında, ceza koşulunun kararlaştırılmasında tereddüt yaşanmışsa da, bunun mümkün olduğu ve temerrüt faizi oranının sınırına ilişkin emredici hükmün (TBK m. 120) burada göz önünde bulundurulmasına gerek olmadığı belirtilmelidir. Ayrıca, temerrüt faizi sınırı, ceza koşulu açısından bir sınır teşkil etmeyeceği gibi, kanuna karşı hilenin varlığı sonucuna da yol açmaz. Bu ihtimal özellikle, tarafların, en yüksek faiz sınırını aşan miktarda ceza koşulu kararlaştırmaları durumunda ortaya çıkabilir olsa da, burada kanuna karşı hilenin varlığını kabul etmek, ceza koşulu kurumunun para borçları açısından uygulama alanını oldukça sınırlar. Böyle bir sonuç ne faizle ne de ceza koşuluyla ilgili hükümler arasında açıkça kabul edilmiştir. Para borçları için ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumda, ceza koşulunun yanında ayrıca temerrüt faizinin talep edilip edilemeyeceği meselesinde, konu ceza koşulunda aşan zararın tazminiyle ilgili Kanun hükmü (TBK m. 180/II) göz önünde tutularak çözüme kavuşturulmalıdır. Bu hükümde, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar, ceza koşuluyla tek kaleme değerlendirilmiş ve ceza koşulu yanında onu aşan tutarın talep edilebilmesine de olanak tanınmıştır. Kanunkoyucunun bu düzenlemeyle takındığı tavır, ceza koşulu tutarına kadar tazminat talebinin tek bir talep olarak birleştirilmesiyle, bunların ayrı ayrı talep edilmesini uygun görmemesidir. Bu düşünceden hareketle, alacaklının paradan mahrum kalmakla uğradığı zararı karşılamayı hedef edinen temerrüt faizini de bir tazminat talebi olarak ceza koşuluyla birlikte değerlendirerek; ancak ceza koşulunu aşan tutar ölçüsünde bu talebe olanak tanımak gerekir.

Bir ceza koşulunun varlığından söz edebilmek için gerekli olan, asıl borçtan ayrı ancak ona bağımlı (fer'i) nitelikteki ceza koşulu edimi; asıl borca eklenmiş başka

bir edim olabileceği gibi, asıl borcu çoğaltan bir edim de olabilir. Ancak, alacaklının zaten kanun gereği var olan bir hakkının veya menfaatinin sınırlandığı ya da değişikliğe uğradığı yahut sona erdiği yerde ceza koşulu söz konusu olamaz. Bu sebeple, Kanun'daki ayıpla ilgili hükümler arasında yer verilen seçimlik haklardan birisi olan bedelde indirim hakkının sözleşmede taraflarca tekrarlanması halinde, ayrı bir ceza koşulu ediminin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Aynı şekilde, ayıp ve bedelden indirim hakkıyla ilgili bir düzenleme içermeyen sözleşmeler bakımından da, bedelden indirim, ortada ayrı bir edim bulunmadığı için ceza koşulu olarak değerlendirilmemelidir. Yine, borçlunun ifada geciktiği her gün ya da gereği gibi ifa etmediği için kendisinin sahip olduğu alacak hakkının azalmasında da, tarafların kanunen sahip oldukları bazı hakların tekrarı niteliğinde olmaları gerekçesiyle, ayrı bir edim niteliğinde ceza koşulunun varlığından söz edilemeyecektir. Çünkü alacaklının, borçluya karşı; onun borçlu temerrüdü sebebiyle ileri sürebileceği gecikme tazminatı (TBK m. 118) ya da gereği gibi ifa etmeme sebebiyle talep edebileceği tazminat (TBK m. 112 vd.) şeklindeki alacağı takas edebilmesiyle, alacak hakkında azalma gerçekleşmektedir; takas hakkı da Kanun'da alacaklıya tanınmış bir haktır (TBK m. 139 vd.).

Ceza koşulu edimi, asıl borçtan farklı olarak mali bir değer taşımak zorundadır. Ceza koşulu edimi asıl borca bağlı (fer'i) nitelikte bir edimdir. Ancak onun bu fer'iliği, kendisinin muaccel olmasına kadardır; muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliğini kazanır. Ayrıca ifade edilmeli ki, muacceliyet öncesi bu bağlılığı tek yönlü bir bağlılıktır. Başka bir deyişle, ceza koşulu hakkında meydana gelebilecek değişiklikler asıl borcun kaderini etkilememektedir. Nitekim bu konuda Kanun'daki hüküm de bunu teyit etmektedir (TBK m. 182/II). Asıl borç açısından bu bağımsızlığı teyit eden bu düzenleme, aynı zamanda başka bir yönden de önemli bir sonucu beraberinde getirmektedir: Ceza koşulunun geçersiz olduğu durumlarda, alacaklının, ceza koşulunun geçersizliğini bilseydi, asıl borcu doğuran işlemi yapmayacağı şeklinde farazi bir iradeye dayanma hakkı olmayacaktır. Böylece kısmi butlan hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm de uygulanamayacaktır.

Ceza koşulunun fer'i olsa da, tarafların anlaşmasıyla buna kusursuz sonraki ifa imkânsızlığı (TBK m. 136) bakımından bir istisna getirmek mümkündür, ancak bu

durumda gerçek olmayan bir ceza koşulu söz konusu olur. Ceza koşulunun, asıl borcun taşınır veya taşınmaz teminatından yararlanamaması gerektiği kanaatimiz neticesinde, bu noktada fer'i nitelik göstermediği ifade edilmelidir. Aynı durum, Kanun'daki açık yasak sebebiyle kefalet bakımından da geçerli olacaktır. Zamanaşımı def'i bakımından ise, ceza koşulunun muaccel olmasından önce asıl borcun zamanaşımına uğradığı durumlarda, ceza koşulunun da asıl borca bağımlı (fer'i) olması özelliği sebebiyle, asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'inin ve bununla bağlantılı olarak ceza koşulunun da talep edilemeyeceğinin alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. Ceza koşulunun fer'i niteliğinin etkili olduğu zamanın, asıl borcun muacceliyetine kadar olması, zamanaşımı süresi, ifa yeri ve zamanı bakımından, ceza koşulunun fer'iliğini kabul etmeyi imkânsız kılmaktadır. Muaccel olan ceza koşulu hakkında zamanaşımı konusu bağımsız bir şekilde ele alındığında, ceza koşulu hakkında ilgili Kanun hükmü (TBK m. 146) gereğince on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olur.

Ceza koşulu, iki veya çok taraflı bir hukuki işlemle belirlenebileceği gibi tek taraflı bir hukuki işlemle de belirlenebilir. İfade edilmeli ki, hukuki bir işlem dışında, ceza koşulunun, kanunla öngörölmüş bir örneği yoktur.

Ceza koşulunu meydana getiren hukuki işlemin şekli ise, onun fer'i niteliği sebebiyle, asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekliyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, asıl borcu meydana getiren hukuki işlem için bir şekil zorunluluğu yoksa ceza koşulu sözleşmesi de şekle bağılı olmayacaktır. Ancak asıl borç şekle bağılı bir hukuki işlemle meydana gelmişse, ceza koşulu sözleşmesi de aynı şekle uyularak yapılmalıdır. Ceza koşulunun asıl borcun şekil açısından kaderine tabi olmasına gerekçe; fer'i niteliği yanında; bir sözleşmenin kaydı olarak kararlaştırılması durumunda, o sözleşmenin sübjektif esaslı noktası olması da gösterilebilir. Nitekim sözleşmenin şekli, ilke olarak, sözleşmenin tüm objektif ve sübjektif esaslı noktalarını kapsamalıdır. Şekil zorunluluğu tarafların iradelerinden kaynaklanıyorsa (TBK m. 17/I), ceza koşulu sözleşmesi bakımından kararlaştırılan bu şekle uyulması zorunluluğu yoktur. Taraflar asıl sözleşmeyi yaparken ceza koşulunu öngördükleri durumda, iradi şeklin kapsamını tarafların diledikleri gibi belirleme yetkileri çerçevesinde, ceza koşulunun da bu şekle dâhil edilip edilmeyeceği yine tarafların iradelerine göre belirlenir.

Asıl borç ilişkisinin tarafları kimler ise, kural olarak ceza koşulu ediminin tarafları da o kimseler olur. Ceza koşulu alacaklısının asıl borç ilişkisindeki alacaklıdan başka bir kimse olup olamayacağına ilişkin Kanun'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hem hukukumuzda hem de İsviçre Hukukunda bunun mümkün olduğu kabul edilmektedir. Ceza koşulu alacaklısının başka bir kişi olacağı daha başlangıçta kararlaştırılabileceği gibi, bunun sonradan gerçekleşmesi de mümkündür. İlk ihtimalde ceza koşulunun üçüncü kişi lehine kararlaştırılmış olması söz konusu olup, üçüncü kişinin ceza koşulunu talep hakkının bulunup bulunmadığı üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerine göre (TBK m. 129/İBK m. 112) değerlendirilmelidir. Ceza koşulu alacaklısının sonradan başka bir kişi olarak belirlenmesi de mümkündür. Şöyle ki bu ihtimal, sonradan üçüncü kişi yararına sözleşmeyle gerçekleşebileceği gibi; ceza koşulu alacağının başka bir kişiye devriyle de gerçekleşebilir. Ceza koşulunun başka bir kişiye devri konusunu, muaccel olmasından önce ve sonra şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bize göre muaccel olmasından sonra devir bakımından herhangi bir tereddüdün söz konusu olmaması gerekir. Ancak ceza koşulu türlerinden; seçimlik ceza koşulunda, borçluya, onu belirsizlikten kurtarmak amacıyla, seçim hakkının ceza koşulu yönünde kullanıldığının bildirilmesi gerekir. Bu bildirim, seçim hakkını kullandıktan sonra ama devirden önce devredecek alacaklı tarafından yapılabileceği gibi; ceza koşulunun devrinden sonra, doğrudan devrin, devreden veya devralan alacaklı tarafından borçluya bildirilmesiyle de gerçekleşebilir. Muaccel olmadan önce devrinde ise, ifaya eklenen ceza koşulu türü bakımından devir mümkündür denilebilirse de, seçimlik ceza koşulunda bunu kabul etmemek gerekir. Şöyle ki, seçimlik ceza koşulunda ceza koşulunun devri, alacaklının asıl borç veya ceza koşulu arasındaki seçim hakkını ceza koşulu yönünde kullanmış olduğu anlamına gelir. Hâlbuki devreden seçim hakkını kullanılabilmesine yönelik koşullar henüz gerçekleşmediğinden, alacaklı seçim hakkına sahip değildir. Ifaya eklenen ceza koşulunda ise seçim hakkı söz konusu olmadığından devre bir engel yoktur.

Ceza koşulu ediminin borçlusunun başka bir kimse olması konusunda ise, ceza koşulu borçlusunun başka bir kimse olması demek, ceza koşulu edimini ifa etmekle yükümlü olan kişinin asıl borcun borçlusu dışında birisi olması demektir. Bu durumda, ceza koşulunun borçlusu başka, asıl borcun borçlusu başka bir kişidir. Bunun

sonucunda, ceza koşulu amacına ulaşamaz; özellikle asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı gerçekleşmez. Bu sebeple burada ceza koşulunun varlığından söz edilemez.

Ceza koşulunun muacceliyet kazanabilmesi, öncelikle asıl borcun muaccel olmasını, sonrasında ise taraflarca öngörülen ihlalin borçlu tarafından kural olarak kusurlu bir şekilde meydana getirilmesini gerektirir. Bu şartlar yanında muacceliyet için borçlunun temerrüde düşmesi gerekli olmadığı gibi, alacaklının zarara uğramış olması da gerekli değildir. Bununla birlikte muacceliyet şartlarının, sözleşmenin taraflarınca serbestçe belirlenebilmesi de mümkündür. Şöyle ki, taraflar, borçlunun hiçbir kusuru olmasa da, ceza koşulundan sorumlu olacağına yönelik anlaşma yaparak, muacceliyet şartlarını ağırlaştırabilecekleri gibi; ihlal durumunda alacaklının ihtarının aranması ve hatta ihtarda yer verilen süre içinde borçlu tarafından ihlalin sonlandırılmaması durumunda, ceza koşulunun muaccel olacağının kararlaştırılması yönünde anlaşma yaparak muacceliyet şartlarını hafifletebilirler. Gerçekten muacceliyet şartlarının somutlaştırılması ve ayrıntılandırılması, ceza koşulunun muacceliyetini zorlaştıracığı için borçlu lehine olacak şekilde bir hafifletme anlamına gelecektir. Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus, muacceliyet şartlarına ilişkin belirlemelerin, ceza koşulunun niteliğine uygun düşmesi konusunda titiz davranmak gerekliliğidir. Bu gereklilik, ceza koşulunun yapısal özelliklerine müdahale edilmesi sonucunda onun başka bir kuruma dönüştürülmesi sakıncasından kaynaklanmaktadır.

Ceza koşulunun muaccel hale geldikten sonra doğuracağı hükümler, ceza koşulunun türüne göre farklılık gösterir.

Seçimlik ceza koşulunda alacaklının seçme hakkının belli bir süre içinde kullanılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Taraflar da buna yönelik bir süre kararlaştırmamışlarsa, dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre içinde bu hakkın ileri sürülmesi gerekir. Nitekim durumun bir an önce belli olmasında borçlunun haklı bir menfaati bulunmaktadır. Seçim beyanında bulunulmaması halinde ne olacağı meselesi, seçimlik borçlardaki hükümler dikkate alınarak bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla çözümlenebilir. Seçimlik ceza koşulu, alacaklının kanundan doğan haklarıyla etkileşim içindedir. Şöyle ki, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü örneğinde, alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için, seçimlik hakları kullanırken, iradesini asıl borcun ifası yönünde veya sözleşme

ilişisini ortadan kaldırarak şekilde açıklamamış olması gerekir. Ayrıca, yukarıda vermiş olduğumuz borçlu temerrüdü örneğinde, alacaklı dilerse sadece ceza koşulunu isteyebilir, dilerse aynı zamanda borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sahip olduğu hakları da ileri sürebilir. Seçimlik ceza koşulunun etkileşim içinde olduğu başka bir örnek olan ayıplı ifa durumunda da alacaklının ceza koşulu talebi ayrıca incelenmelidir. Ceza koşulu sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri için kararlaştırılmış olabilir. Hiç ifa etmeme durumu için kararlaştırılan ceza koşulunda, ayıplı ifanın bir önemi yoktur. Nitekim ayıplı da olsa ifa gerçekleştiği için ceza koşulu muacceliyet kazanamamıştır. Bununla birlikte, ayıplı ifa, alacaklıya ifayı reddetme hakkı tanınması bakımından önem taşır. Böyle bir durumda, alacaklının borçluyu hiç ifa etmeme durumuna sokması mümkündür. İşte bu noktada yine ifa ayıplı olduğu için değil; hiç ifa etmeme olduğu için ceza koşulu muacceliyet kazanmış olur. Gereği gibi ifa etmeme hali için kararlaştırılmış bir ceza koşulunda ise, ayıplı ifa, aynı zamanda gereği gibi ifa etmeme halinin bir başka görünümünü oluşturduğu için, bu durumda da önem taşır. Ayıbın tespit edildiği durumda, sözleşmede belirtilen ihlal gerçekleşmiş olur ve ceza koşulu bu anda muaccel hale gelir. İşte alacaklının seçim hakkı da bu anda doğar. Dolayısıyla alacaklı bu anda seçim hakkını kullanarak ceza koşulunu talep edebilir. Ancak bu durumda alacaklının almış olduğu edimi iade etmesi gerekir. Ayıplı ifadan dolayı alacaklı ayıba bağlı kanundan doğan haklarını kullanmak isterse, ceza koşulu talebinin bu haklarla uyumlu olması gerekir. Ayıplı ifa dolayısıyla alacaklının sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkını ileri sürmesi durumunda, alacaklı, şartları gerçekleşmiş olsa bile, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep edemez. İfayı alıkoyup da ayıp oranında bedelde indirim isteme hakkının kullanılması halinde de, aynı şekilde ceza koşulunun talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü seçimlik ceza koşulu kapsamında ifanın kabul edilmesiyle birlikte artık ceza koşulundan vazgeçilmiş sayılacaktır. Ücretsiz onarım hakkının seçilmesi veya ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkının seçilmesi hallerinde de aynı sonuca varılması gerekir. Bununla birlikte, alacaklının tazminat talebi açısından konu incelenecek olursa, tazminat talebinin, seçimlik haklarla birlikte veya ondan bağımsız şekilde talep edilmesine göre konuyu iki ihtimalde değerlendirmek uygun olur. İlk durum yani seçimlik haklarla birlikte tazminat talep edilmesi halinde, yukarıdaki gerekçelerle,

alacaklının yine ceza koşulu talebinde bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ancak hiçbir seçimlik hakka dayanmadan, alacaklının, doğrudan genel hükümlere göre tazminat talep etmesinde, ceza koşulunu aşan zararın tazminiyle ilgili hükmün de (TBK m. 180/II) göz önünde tutulmasıyla, ceza koşulu talebi mümkün olmalıdır. Borçlunun kısmi ifada bulunduğu hallerde, bunun ceza koşulu talebine etkisi konusuna da değinmek gerekir. Kısmi ifa durumunda alacaklı yine bir seçim hakkına sahip olacaktır. Ancak buradaki seçim hakkı, edimin tamamı ile ceza koşulu arasında değil, artık ifa edilmeyen edim ile oran kurularak belirlenecek olan ceza koşulu arasında olacaktır. Seçimin ceza koşulu yönünde olması halinde, alacaklının, kısmen ifa edilmeyen edim yani borcun ihlali oranında ceza koşulunu talep etmesi mümkün olmalıdır. Bununla birlikte, alacaklının kısmi ifayı kabul etmesinde, kabul edilen kısım alacaklı açısından bir yarar sağlamıyorsa veya ifa edilmeyen kısım olmaksızın alacaklı sözleşmeyi yapmayacak idiyse, işte bu durumda iade veya mahsup görüşüne üstünlük tanınarak, alacaklının ceza koşulunun tamamını talep edebilmesi mümkün olmalıdır. Alacaklı asıl borcun ifasını seçtiğini belirtmişse, artık ceza koşulunu talep edemeyeceği sonucuna varılabilirse de, doktrinde bazı yazarlarca, borçlunun ifaya yanaşmaması durumunda, alacaklının ceza koşulunu talep edebilme imkânına kavuştuğu kabul edilmektedir. Ancak alacaklının asıl borcun ifasını istemesi ve borçlunun ifa etmemesi halinde, ceza koşulunun istenebileceğini kabul etmek, yenilik doğuran irade beyanlarının dönülemez nitelikte olması özelliğiyle bağdaşmayacağı gibi, aksi durumun kabulü taraflar arasındaki hukuki ilişkide güvensizlik de yaratır. Kaldı ki, taraflar isteseydi, terditli şekilde, yani asıl borcun ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirlerdi. Alacaklı asıl borcun ifasını istemişse, borçlu, asıl borcu ifa etmekle yükümlüdür. Alacaklı ayrıca zararını da talep edebilir. Ceza koşulunun varlığı, alacaklının zarar talebini engellemez. Asıl borç, imkânsız hale gelmişse ve bunda borçlunun kusuru etkili olmuşsa, burada artık asıl borç ve ceza koşulu arasında bir seçimden bahsedilemez. Çünkü artık borçlanılan edimin ifası mümkün olmadığı için asıl edim yerine genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edilebilir ve artık tazminat talebi ile ceza koşulu arasında bir seçim mümkün olur. Seçim hakkı asıl borcun ifası yönünde kullanıldıktan sonra, borçlunun kusuru sebebiyle imkânsızlığın gerçekleşmesi ihtimalinde ise alacaklının iradesinin,

seçimiyle uyumlu şekilde, asıl borcun devamı niteliğindeki tazminat talebi olduğu kabul edilmelidir.

İfaya eklenen ceza koşulunda ise, alacaklı, asıl borcun ifasını ve ceza koşulunun ifasını birlikte isteyebilir. İfaya eklenen ceza koşulu da, seçimlik ceza koşulu türünde olduğu gibi, alacaklının kanundan doğan diğer haklarıyla etkileşim içindedir. Borçlunun, borçlu temerrüdü örneğinde, alacaklının sözleşmeden dönmesi ihtimalinde, asıl borç ilişkisinin bağlı olduğu bütün hak ve borçlarla birlikte geriye etkili olarak sona ermesi sebebiyle, ceza koşulunu talep etmesi mümkün olmaz. Alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için, iradesini ifayı istediği yönünde belirtmesi yani aynen ifa talebinde bulunması gerekir. Ceza koşulunun alacaklının kanundan doğan diğer haklarıyla etkileşimi şu şekilde de gerçekleşmektedir: Asıl borcun yanında ceza koşulunun talebini isteyen alacaklının, asıl borcun kararlaştırılan şekilde ifa edilmemesi sebebiyle kanundan doğan haklarını da talep edebilmesi (örneğin temerrüt faizi gibi), Kanun'un özel düzenlemesi sebebiyle (TBK m. 180/II) ancak ceza koşulunu aşan zarar ölçüsünde mümkün olabilecektir. Etkileşime örnek başka bir durum ise, asıl borcun borçluya yüklenebilen bir sebepten dolayı imkânsız hale gelmesidir. Bu durumda, ceza koşulu da muaccel ise, alacaklı, hem ceza koşulunu hem de asıl borcun imkânsız hale gelmesi yüzünden uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Zaman yönünden borcun ihlaline dayalı olarak kararlaştırılmış ifaya eklenen ceza koşulu miktarının gecikme süresine bağlı olarak belirlenmesi halinde, taraflar ceza koşulunun istenebileceği zamana ilişkin azami bir sınır da belirlememişlerse, alacaklının hareketsiz kalarak ceza koşulunun artmasına sebebiyet vermesi durumunda, ceza koşulunun nasıl hesaplanacağı meselesinde, somut olaya göre, tarafların takındıkları tutum da değerlendirilerek bir sonuca varılması uygun olur. Bu konuda dürüstlük kuralı çerçevesinde, borçlunun alacaklıda ifanın yerine getirileceği yönünde haklı bir beklenti oluşturması söz konusuysa, aradan geçen zaman süresi için ceza koşulunun talep edilmesinde bir sakınca görmemek gerekir. Buna karşın, borçlunun ifayı tamamen veya kısmen yerine getirmeyeceği anlaşılincaya kadar ceza koşulunu işletmekte alacaklının beklentisine üstünlük tanınması gerekir. İfanın yerine getirilmeyeceği, borçlunun hal ve davranışlarından anlaşıldığında, bu süreye ifanın yerine getirilmesi için gerekli olan süre de (mesela eksikliğin tamamlanması için gereken süre veya ayıbın giderilmesi için gereken süre) eklenerek bir hesaplama

yapılması uygun olur. Alacaklının, asıl borç yanında ceza koşulunu da elde edebilmesi için, asıl borcun kabulü sırasında, borçlunun ceza koşulunu ifaya yanaşmadığı durumlarda, ceza koşuluna yönelik alacağını saklı tutması da gerekir (TBK m. 179/II). Saklı tutma külfet niteliğinde ihtirazi kayıt anlamına gelir; alacaklı böyle bir davranışta bulunmazsa, sahip olduğu ceza koşulunu talep etme hakkını kaybetmektedir. İhtirazi kaydın ileri sürülme zamanı, kural olarak, en geç ifanın kabulü sırasındadır. Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmeden asıl borcun ifasını kabul etmiş olursa, artık ceza koşulunun istenmesi mümkün değildir. Kanun, ihtirazi kayıt ileri sürmeme ihtimali açısından, burada aksi ispat edilemeyen kanuni bir varsayım (fiksiyon) getirmiştir. Şöyle ki Kanun, alacaklının, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin ifayı kabul etmesine, ceza koşulundan vazgeçmiş sayılma şeklinde bir sonuç bağlamıştır. Alacaklının ifayı kabul etmesiyle ceza koşulundan vazgeçmiş sayılmasının sonucu, ceza koşulunun Kanun hükmü gereğince sona ermesidir. Böyle bir durumda, asıl borcun ifasıyla yetinmek zorunda kalan alacaklı, ceza koşulunu talep edemese de, borcun ihlalinden doğan zararların tazminini isteyebilir. İhtirazi kayıt ileri sürmeksizin ifayı kabul etmek şeklindeki örtülü vazgeçme hali bir yana bırakılacak olursa, diğer hallerde, ilgili Kanun hükmünde de belirtildiği gibi, vazgeçmenin mutlaka açık şekilde olması gerekir.

Uğranılması muhtemel zararın önceden bilinebilmesi ve öngörülmesinin zor olduğundan, ceza koşulu miktarı, bazı durumlarda uğranılan zararı karşılamaktan uzak kalabilir. Bunun gibi sakıncalar sebebiyle, alacaklının menfaatini gözetmek isteyen kanunkoyucu, onun ceza koşulunu aşan zararının tazminiyle ilgili bir düzenlemeyi kabul etmiştir (TBK m. 180/II, İBK m. 161/II). Aşan zararın tazmin edilmesiyle ilgili bu düzenleme yanında aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili düzenleme de birlikte göz önünde tutulduğunda, kanunkoyucunun, taraflar arasındaki menfaat dengesini kurmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Nasıl ki, kanunkoyucu, ceza koşulunun aşırı belirlendiği (çoğunlukla da gerçekleşen zararın çok üstünde bir miktarın söz konusu olduğu) durumlarda, borçluyu koruma düşüncesiyle hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verdiyse, ceza koşulu miktarının gerçekleşen zararın altında kaldığı durumlarda da alacaklıyı koruma düşüncesiyle, ona aşan zararın tazminini talep edebilme imkânını vermiştir. İlk bakışta alacaklı lehine gibi görünen aşan zararın tazminine ilişkin bu düzenleme, borçluyu koruyucu içeriğiyle borçlunun menfaatlerini

de gözetmektedir. Şöyle ki alacaklının, ceza koşulu yanında, kanundan doğan diğer haklarını da kullanarak uğramış olduğu zararını ayrıca talep edebilmesi mümkün olmakla birlikte; bu talebi borçlu lehine sınırlandırılmıştır. Sınırlama, sadece, ceza koşulunu aşan miktarı isteyebilmesi şeklindedir. Böylece, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar, ceza koşuluyla tek kalemde değerlendirilmiş ve ceza koşulu yanında onu aşan tutarın talep edilebilmesine de olanak tanınmıştır. Kanunkoyucunun bu düzenlemeyle takındığı tavır, ceza koşulu tutarına kadar tazminat talebinin tek bir talep olarak birleştirilmesiyle, bunların ayrı ayrı talep edilmesini uygun görmemesidir. Bundan başka, borçlunun aşan zarardan sorumluluğu için kanunkoyucu genel hükümlerdeki kusur karinesinden ayrılarak, borçlu lehine olacak şekilde alacaklıya bir ispat yükü de getirmiştir.

Aşan zararın tazminin bir başka anlamı da şudur: Ceza koşulu miktarına kadar mevcut bir zararı varsa, her ne kadar, teorik olarak, kanundan doğan ceza koşulu ile uyumlu olarak, diğer haklar varlığını sürdürse de, pratikte, bu hakların kullanılamamasıdır. Ancak ceza koşulu miktarını aşan bir zararının varlığı durumunda, teorik olarak sahip olunan haklar pratikte kullanabilecektir.

Aşan zararın tazmini hükmünün uygulanmasıyla ilgili olarak; ceza koşulunun ortadan kalkmasıyla artık aşan zarardan da bahsedilmesi yerinde değildir. Gerçekten, aşan zararın tazmini talebiyle ilgili hüküm (TBK m. 180/II) ceza koşulu talebinin varlığı halinde anlam taşır. Ceza koşulu talebinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, ilgili hüküm dikkate alınmadan alacaklının diğer hakları çerçevesinde tüm zararını talep edebilmesi mümkün olacaktır. Benzer şekilde, alacaklının borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden döndüğü bir örnekte, sözleşmenin geriye etkili şekilde ortadan kalkması sebebiyle ceza koşulunun da ortadan kalkması sonucunda, yine ilgili hüküm dikkate alınmadan, menfi zararının tamamını talep etmesi böyledir.

Aşan zararın varlığı halinde zararın fazlalığının belirlenmesinde, alacaklının ediminin göz önünde tutulup tutulmayacağı çözülmesi gereken bir sorundur. Bu soruna ceza koşulunun türleri açısından ayrı ayrı yaklaşmak gerekir. Ceza koşulunun türünün seçimlik olduğu ve alacaklının ceza koşulunu seçtiği hallerde, ayrıca uğranılan zararın tazmini hesaplanırken, alacaklının kendi edimini ifa edip etmediğine bakılmaksızın, onun bu edimi de göz önünde tutulur. Şöyle ki, alacaklı kendi edimini

henüz yerine getirmediyse (bir vadeden yararlandığı için ifada sıra söz konusuysa) fark teorisi çerçevesinde onun ediminin değeri, aşan zararın hesabında göz önünde tutulacaktır. Bilindiği üzere alacaklı, fark teorisine göre kendi ediminin değerini düşükten sonra aradaki farkı tazminat olarak istemektedir. Alacaklı kendi edimini yerine getirdiyse, bu kez ediminin değeri bir müsbet zarar kalemi olarak yine aşan zararın hesabında göz önünde bulundurulacaktır. Bununla birlikte ifaya eklenen ceza koşulunda ise, alacaklının, ceza koşulunu talep edebilmesi için ifayı istemesi ve buna bağılı olarak kendi edimini yerine getirmesi gerekir. Bu sebeple ifaya eklenen ceza koşulu bakımından aşan zararın hesabında onun ediminin değeri göz önünde tutulmaz.

Para borçlarında aşan zararın hesaplanmasında ayrıca temerrüt faizinin de göz önünde tutulup tutulmayacağı meselesinde, ilgili Kanun hükmü (TBK m. 180/II) çerçevesinde, ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zarar ki buna temerrüt faizi de dâhildir, ceza koşuluyla tek kalemde değerlendirildiği için, bize göre, alacaklı hem temerrüt faizini hem de ceza koşulunu ayrı ayrı isteyemez, sadece, temerrüt faizi ceza koşulunu aşmışsa, aşan tutarı anılan Kanun hükmü (TBK m. 180/II) çerçevesinde talep edebilir. Böylece aşan zararda temerrüt faizinin de göz önünde tutulacağı yargısı doğru olmakla birlikte, bunun aşan zarardan düşülecek bir değer olarak değil, ceza koşuluyla aynı kalemde değerlendirilebilecek bir değer olarak ele alınması gerekir; temerrüt faizinin ceza koşulundan yüksek olduğu hallerde ise, aştığı oranda aşan zarar kalemi olarak değerlendirilmesi gerekir. İlgili hükmün (TBK m. 180/II, İBK m. 161/II) emredici nitelikte olmaması sebebiyle tarafların ceza koşulunun zarardan düşülmeyeceğini kararlaştırdıkları hallerde, hem ceza koşulunun hem de tazminatın kümülatif şekilde hesaplanması gerekecektir. Böyle bir ihtimalde, aşan zararın hesaplanması da gündeme gelmeyecektir.

Aşan zararda zararı aşma olgusu, sadece ceza koşulunun kararlaştırıldığı somut ihlal sebebiyle uğranılan zararlar bakımından gerçekleşebilmeli, kararlaştırılmayan ihlaller bakımından alacaklının kanundan doğan diğer haklarına bu yönden bir sınırlandırma getirilmemelidir. Örneğin, yüklenicinin geciktiği her gün için ödemek zorunda olduğu bir ceza koşulunun varlığında, sadece gecikmeden doğan zararlar bakımından aşan zararın varlığından bahsedilebilir. Bunun yanında alacaklının gereği gibi ifa etmemeden kaynaklı zararları söz konusuysa, bunlardan doğan alacağı, aşan

zararın tazmini haricinde ayrıca talep edebileceği bir zarar kalemi olarak değerlendirilmelidir.

Alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazmin edilmesini isteyebilmesi için borçlunun kusurlu olması da gereklidir. Kusur ilkesine dayalı olarak asıl borcun ihlalden dolayı sorumluluk söz konusuysa, aşan zararların tazmininde de tutarlı bir şekilde aynı ilke çerçevesinde borçlunun kusurunu ispat makul bir sonuç ise de, asıl borcun kusursuz ihlaline dayalı olarak sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, aşan zararlar için de yine borçlunun kusurunun aranması bize göre makul bir sonuç değildir. Nasıl ki, taraflar ceza koşulu kararlaştırmış olmasalardı, borçlu kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tamamını tazmin edebileceyse, salt ceza koşulu kararlaştırıldı diye, sorumluluk sisteminde değişikliğe giderek, aşan zararlar için kusurlu sorumluluğu benimsemek doğru olmaz. Nitekim alacaklının amacı da ceza koşulu öngörerek, kusursuz şekilde talep edebileceği zararlarda, kusurun aranmasını gerekli kılarak, kendi aleyhine bir durum yaratmak değildir. Aleyhe durum, hem kendisi için bir ispat yükü getirmek, hem de daha önce borçlu kusursuz da olsa talep edebileceği zararları artık talep edememek şeklinde ortaya çıkar. İşte biz bu gerekçelerle, kusursuz sorumluluk halinde, aşan zararların tazmininde, aynı sistem izlenerek, kusurun aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Ayrıca aşan zararda kusurun aranması koşuluna yönelik olarak ifade edilmeli ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 112'nci maddesine göre, borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat talep eden alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmezken; kendi lehine olan ceza koşuluyla bu şekilde bir yük altına sokulması yerinde değildir. Çünkü aralarındaki borç ilişkisinde ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı, alacaklı, borca aykırılık sebebiyle zararının tümü için borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmayacaktı. Salt aralarındaki borç ilişkisinde ceza koşulu öngörülmedi diye, alacaklıyı ispat yükü altına sokmak ceza koşulunun amacıyla da bağdaşmamaktadır. Bundan başka kanunkoyucu, ceza koşulu ile benzerlik gösteren ve fer'i nitelikte bir borç olan temerrüt faizi bakımından aşan zararın tazmini için sözleşme sorumluluğuna ilişkin genel kuraldan ayrılmamışken; yine fer'i nitelikte bir borç olan ceza koşulu bakımından onun alacaklıya böyle bir yük getirmesi de çelişkili bir tutum içinde olduğunu gösterir. Ayrıca böyle bir yük, kusursuz sorumluluk hallerinde kusurun aranıp aranmayacağı konusunda bir tereddüte sebebiyet vermektedir. Son olarak; bu

şekilde ispat yüküne ilişkin bir düzenlemenin iki önemli istenmeyen sonucu olacaktır: Alacaklı sonradan kusurun ispatı bakımından sorun yaşamamak için ya sözleşmeye ceza koşulu konulmasından vazgeçecek ya da sözleşmede ceza koşuluna yer verecekse de yüksek miktarda ceza koşulu belirlenmesi yoluna gidecektir. Dolayısıyla sözleşmede ceza koşuluna yer verilmekten vazgeçilmesi, ceza koşulu kurumunun etkisizleştirilmesi ve önemini kaybetmesine yol açacakken; ceza koşulunun yüksek miktarda belirlenmesi de borçlunun ağır bir yük altına girmesine ve bu konuda hukuki sorunlar yaşanmasına neden olacaktır. Bize göre kanunkoyucu bu hükmü kısa zamanda sözleşme sorumluluğundaki genel kuralla uyumlu hale getirmeli, alacaklıya, ceza koşulu miktarını aşan bir zararının bulunması durumunda, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi şartıyla bu zararını talep etme imkânı tanımalıdır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği ve ceza koşuluyla ilgili hükümde (TBK m. 182/I, İBK m. 163/I) belirtildiği gibi, tarafların ceza koşulu edimini ve miktarını, kural olarak, serbestçe belirlemeleri mümkündür. Ancak kanunkoyucunun, ceza koşulunun kararlaştırılmasını bazı durumlarda (TBK m. 346, m. 420/I, m. 589/III) açıkça yasakladığı; bazı durumlarda da belli açılardan sınırlandırdığı (TBK m. 182/III, m. 260/II, m. 271/III) görülmektedir. Bu sınırlamalardan bir diğeri de, ceza koşulunun miktar bakımından sınırlandırıldığı hallerden biri olan, uygulamada özel bir önem taşıyan ve birçok sorunu içinde barındıran ve genel hükümler arasında ele alınan aşırı ceza koşulunun indirilmesidir (TBK m. 182/III). Kanunkoyucu, gerek borçlunun sömürülmesini engelleyerek taraf menfaatlerini dengeleme düşüncesiyle, gerek dikkatli ve tedbirli davranmayarak aşırı miktarda ceza koşulu ödemeyi üstlenen borçlunun bu sebeple karşılaştacağı muhtemel tehlikeleri ortadan kaldırma ya da azaltma düşünceleriyle aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumunu kabul etmiştir. Kanun'da bu konuya ilişkin getirilen söz konusu emredici bu düzenlemeyle, hâkime hem bir yükümlülük getirilerek hem de bir takdir yetkisi verilerek, etkin bir rol yüklenmiştir. Şöyle ki hükümde, hâkim, aşırı ceza koşulunu indirerek sözleşmeye müdahale etmekle yükümlü tutulmuş; ceza koşulunun hangi durumlarda aşırı nitelikte olacağı ve hangi oranda indirilmesi gerekeceği konuları, Kanunda açık şekilde belirtilmediği için de onun takdirine bırakılmıştır.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği, kendine özgü bağımsız bir yaptırım olmasıdır. Ceza koşulunun indirilmesinden söz edebilmek için, indirim tabi

olan ceza koşulunun konusunun mutlaka para edimi olması şart değildir. Paradan başka bir edim olan, hatta bölünemez nitelikte olan ceza koşulunun indirilmesi de mümkündür. Ceza koşulunun ifa edilmesinden sonra, kural olarak, indirimin mümkün olmaması gerekir. İfa edilmiş ceza koşulunun indirilmesi, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder (TMK m. 2). Nitekim ceza koşulunu ifa edebilen borçlu için bu davranış, miktarın aşırı olmadığı sonucuna götüreceğinden aksinin iddia edilmesi bir çelişkidir. Borçlunun çelişki oluşturmayacak şekilde davranması konusunda haklı görülebilir bir durum, onun ifayı yerine getirirken, indirim yapılabilmesi konusunda bir ihtirazi kayıt koymasıdır.

İfadan sonra indirimin değerlendirilmesi gerektiği bir başka durum ise, ceza koşulunun kısmen ifa edilmesidir. Şöyle ki, ceza koşulu kısmen ifa edilmişse de, indirimin yapılıp yapılmayacağı değerlendirmesi, edimin ifa edilmeyen kısmı üzerinden değil, tamamı üzerinden söz konusu olur. Ancak bu konuda iki ayrı ihtimali göz önünde tutmak gerekir. Birinci ihtimalde, borçlu indirilmiş miktardan daha düşük seviyede ifada bulunmuşsa, bakiye kalan kısmı ifa ederek borcundan kurtulacaktır. İkinci ihtimalde, borçlu, indirilmiş miktardan yüksek seviyede ifada bulunmuşsa, yapmış olduğu fazla ifanın geri verilmesini isteyemeyeceği sonucuna varılmalıdır. İkinci ihtimalde varmış olduğumuz bu sonuç çelişkili gibi görünse de, aslında burada, ifa edilen ceza koşulunun indirilememesi şeklindeki genel kuralın uygulanması söz konusudur.

Ceza koşulunun indirilmesindeki en önemli sebep, borçlunun ödeme yükümlülüğü altına girdiği ceza koşulunun aşırı olmasıdır. Aşırılığın belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimin bu takdir yetkisini kullanırken, alacaklının söz konusu hukuki ilişkiden beklediği tüm menfaatleri, borçlunun asıl borcu ihlal etmedeki kusuru, borca aykırılığının ağırlığı, alacaklının karşısında ekonomik durumu, ceza koşulunun amacı, sözleşmenin türü ve süresi, ceza koşulu yükümlüsünün hak sahibine karşı ekonomik bağımlılığı, tarafların hukuki işlem veya iş deneyimleri, döviz kuru riski, ceza koşulunun muacceliyetinin ihlalin sayısına bağlı olup olmadığı gibi birçok ölçütü somut olayın özellikleri çerçevesinde hep birlikte değerlendirmesi gerekir.

Ceza koşulunun uygun bir miktara indirilmesi demek, ceza koşulunun bütün aşırı kısmının ceza koşulu miktarından düşülmesi demektir. Aşırı kısmın hangi oranda

olduğu meselesi aslında hâkimin aşırılığı tespit ettiği anda çözüme kavuşturulması gereken bir meseledir. Bu açıdan aşırılığın tespiti ve indirilecek oranın belirlenmesi aynı yargı faaliyeti çerçevesinde gerçekleşir. Bu sebeple aşırılığın tespitinde yararlanılan ölçütler aynı zamanda indirilecek miktarın belirlenmesinde de rol oynar. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, yapılacak indirimin hangi oranda olacağı konusu teknik bilgi birikimini gerektirdiği için, uygulamada bu hususta uzman bilirkişilere başvurmak zorunluluk arz etmektedir. Bilirkişi tarafından raporda, borçlunun sermayesi, iş hacmi, malvarlığı, gelir ve gider dengesi, elde ettiği kâr gibi özellikle ekonomik durumunu ortaya koyan çeşitli etkenler; borçlu ile alacaklı arasındaki ekonomik denge ve alacaklının menfaatleri çerçevesinde uğradığı zarar ortaya konulacaktır. İfade edilmeli ki, bilirkişinin incelemesi ve sonrasında hâkimin değerlendirmesi sonucunda, o somut olaya özgü bir indirim yapılacaktır. Ceza koşulunun hâkim tarafından indirilmesi, özellikle alacaklının hiçbir zarara uğramadığı gerekçesiyle, onun tamamen kaldırılması şeklinde bir sonuca götürmemelidir. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ceza koşulu zarardan bağımsız bir yaptırımdır (TBK m. 180/I).

Ceza koşulunun somut bir şekilde indiriminin nasıl yapılacağı konusunda, ceza koşulu ediminin türü de önem taşır. Şöyle ki, bölünebilir edimler bakımından, özellikle ceza koşulunun konusunun para olması durumunda indirimin yapılması, edimin niteliğine göre, ya miktar ya zaman ya da yer yönünden mümkündür. Ancak ceza koşulunun bölünemeyen nitelikte, özellikle de konusunun paradan başka bir şey olması durumunda, indirimin nasıl yapılacağı meselesi ortaya çıkabilir. Bu durumda, hâkimin, alacaklının indirim karşılığında gelen parayı ödemesi kaydıyla, borçlunun ceza koşulu edimini ifa edeceğine karar vermesi yöntemi yerinde bir yöntem olarak kabul edilmelidir. Şöyle ki, hâkim böyle bir yetkiye, kıyas yoluyla uygulanması mümkün benzer bir hüküm dolayısıyla sahiptir. Bu hüküm, bölünmez mal vasiyetinin tenkisinde, vasiyet alacaklısının, bölünmez malın kendisinde kalmasını istemesi halinde, tenkis edilecek parayı ödeyebilmesine ilişkin düzenlemedir (TMK m. 564/I). Her ne kadar tenkiste söz konusu olan bu sonuç, vasiyet alacaklısının iradesine tabi kılınmışsa da, ceza koşulunun indirilmesinde de benzer bir sonuç benimsenebilmelidir. Nitekim mirasta tenkisle ceza koşulundaki indirim kısmen birbirine benzer

uygulamalarlardır. Şöyle ki, her ikisinde de alacaklı bölünemeyen edimi talep etmekte ve her ikisinde de hâkimin vereceği bir kararla indirim gerçekleşmektedir.

Ceza koşulunun alacaklı tarafından kısmen talep edildiği durumlarda da indirimin ne şekilde olacağı sorusu akla gelebilir. Bu durumda Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, hâkimin, ceza koşulunun tümünü göz önünde bulundurarak tespit edeceği indirim oranını tüm ceza koşulu miktarına uygulayarak, indirgenmiş ceza koşulunu tespit etmeli ve bundan sonra talepte bağlılık ilkesi çerçevesinde bu miktarın kısmen dava edilen tutarı aşp aşmadığına göre bir sonuca varmalıdır.

Ceza koşulunun indirilmesiyle ilgili yargılamada, yargılama giderleri, ilgili Kanun hükmü (HMK m. 326) çerçevesinde, aleyhine karar verilen taraf üzerinde bırakılmalıdır. Somut olarak, hâkim indirim karar verirse, indirilen tutar ölçüsünde alacaklıya giderleri yükletmelidir. Ancak indirimin gerekli olmadığı yönünde bir karara varılırsa, bu durumda borçlu haksız çıkmış olacağı için, giderlere de onun katlanması gerekir. İndirimin gerekli olmadığı yönündeki karar, ister, borçlunun indirim talebi üzerine, isterse hâkimin önüne gelen asıl borç ilişkisiyle ilgili bir uyuşmazlıkta indirim meselesi kendiliğinden verilmiş olsun, sonuç değişmeyecektir.

Tacir sıfatına sahip borçlu, aşırı ceza koşulu kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ceza koşulunun indirilmesini mahkemeden isteyemez (TTK m. 22). Bu sonuca varabilmek için ceza koşulu borçlusunun tacir sıfatına sahip olması ve bu borcun onun ticari işletmesiyle ilgili bir borca ilişkin olması gerekir.

Tacirler açısından, ceza koşuluyla ilgili indirim hükmü çerçevesinde aşırı ceza koşuluna bir müdahalenin söz konusu olmaması, ne kadar yüksek miktarda olursa olsun, borçlu tacirin ahde vefa ilkesi çerçevesinde ceza koşulunu ifa etmek zorunda bırakılması anlamına geleceği için, bu durum, vicdanları rahatsız etmiş olsa gerek, buna doktrin ve uygulama çözüm yolları bulmaya çalışmıştır. Bu çözümler, ahlaka aykırılıkla ve kişilik haklarıyla ilgili genel hükümlerin (TBK m. 27, TMK m. 23) uygulanmasıyla, ceza koşulunun kısmen veya tamamen geçersiz sayılması ya da indirilmesi yahut başka kanuni gerekçelerle indirim yapılması şeklindedir.

Konuya çare aramak açısından, indirim yasağının bu çözüm yollarıyla dolandırılması, doğurduğu sonuçlar itibarıyla hak ve adalet düşüncesiyle uyumlu olsa da, yürürlükteki düzenleme ve hukuk tekniği açısından yerinde değildir. Bu görüşler kabul edilirse, indirim yasağına ilişkin hükmün (TTK m. 22) uygulanabilirliği ortadan

kaldırılmış, neredeyse metruk bir hüküm haline gelmiş olur. Hâlbuki Kanun'daki açık yasak (TTK m. 22) sebebiyle indirimin olamayacağı yerde, tümünden veya kısmen geçersizliği ya da indirimi kabul etmek mantıklı bir sonuç olmaz. Ayrıca böyle bir sonuç, kanunkoyucunun indirimi yasaklamakla hedeflediği amacıyla da bağdaşmaz. Çünkü yasağa ilişkin hükmün amacı, aşırı ceza koşulunun indirilmesini basiretli tacirler bakımından tamamen yasaklamaktır.

Kanaatimizce, miktar bakımından aşırı ceza koşuluyla bağlı kalarak bunu ifa etmek zorunda bırakılan tacir açısından bu sonucun, hukuka ve hakkaniyete aykırı olması sebebiyle, yukarıda açıklamaya çalıştığımız ticari yaşamın gerekleri ve modern eğilimler de göz önünde tutularak, yapılacak bir Kanun değişikliğiyle tamamen kaldırılması ve böylece indirim hükmünün (TBK m. 182/III) herkes için geçerli olması gerekir. Gerçekten, aşırı ceza koşulu karşısında korunma ihtiyacı tacirler açısından da ortaya çıkabileceğinden, kanunkoyucunun adi işler ve ticari işler şeklinde bir ayırım gözetmesi yerinde değildir. Nitekim kanunkoyucunun böyle bir ayırımı gözetmediğine başka bazı hükümlerde de rastlamak mümkündür. Örneğin, genel işlem koşuluyla ilgili hükümler (TBK m. 20-25) ve irade sakatlığına ilişkin hükümler (m. 30-39) böyledir. Basiretli davranması gereken bir tacir, nasıl ki yanıltma veya aldatma hükmüne dayanarak sözleşmeyi iptal edebiliyorsa, aşırı ceza koşulunda da indirim isteyebilmelidir. Aldatılan veya yanıltılan bir tacirin bu durumu hoş görülebiliyorken, aşırı ceza koşulu yoluyla sömürülmesinde bu özel durumu açısından farklı bir tavır içinde olmanın haklı bir açıklaması yoktur.

Bize göre, olması gereken hukuk bakımından böyle bir yasağın kaldırılması sonucunda, tacirler açısından ilgili hüküm (TBK m. 182/III) çerçevesinde aşırılığın değerlendirilmesinde ve indirimin yapılmasında, borçlunun tacir sıfatına sahip olması da, hâkimin bu konuda daha katı davranmasına yol açan başka bir ölçüt olarak göz önünde tutulabilecektir. Böylece, adi işler bakımından aşırı sayılabilecek ceza koşulu, borçlusunun tacir olduğu ticari işler bakımından aşırı sayılmayabilecektir. Dolayısıyla, doğrudan yasaklama yerine, bunu bir ölçüt olarak hâkimin takdirine bırakarak ona aktif bir rol yüklemek, daha doğru, daha adil ve kamu menfaatini daha çok gözetir bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA:

Acar, Özlem. **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Akbulut, Pakize Ezgi. **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Akıntürk, Turgut. “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, **AÜHF Dergisi**, C. 27, S. 3-4, 1970, ss. 219-247.

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. **Borçlar Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Akkayan Yıldırım, Ayça. “Cezai Şartın İşlevi- Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHF**, C.61, S.1-2, 2003, ss. 357-414.

Akman, Galip Sermet. **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Aksoy, Hüseyin Can. “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.24, S.2, Aralık 2018, ss. 999-1018.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Alp, Mustafa. “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, **SİHD**, S.19, Eylül 2010, ss. 28-40.

Alpagut, Gülsevil. **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998, (Belirli).

Alpagut, Gülsevil. “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **SİHD**, S.18, Aralık 2007, ss. 13-21, (Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart).

Alpagut, Gülsevil. “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.8, S.31, 2011, ss. 913-959, (Cezai Şart).

Altherr, Hans, Ernst Brem ve Hubert Bühlmann. **Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes**, 2. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Stämpfli +Cie AG, Bern, 1994.

Altınok Ormancı, Pınar. “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, **BÜHFD**, Y.2016, C. 11, S. 139-140, ss. 121-142.

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.

Aral, Fahrettin. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Arapgirli, Murat. “İhale Hukukunda Gecikme Cezası”, **THD**, C. 8, S. 83, Temmuz 2013, ss. 87-94.

Arıcı, Kadir. “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, **GÜHFD**, 1997, C.1, S. 1, ss. 40-54.

Arkan, Azra. “Cezai Şart”, **İst.BD**, C.71, S.1-2-3, (Ocak-Şubat-Mart 1997), Ayır Basım, Ufuk Matbaacılık, İstanbul, 1997.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 17. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 471, Ankara, 2012.

Arsebük, Esat. **Borçlar Hukuku**, C. 1-2, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara, 1950, (Borçlar Hukuku).

Arsebük, Esat. “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, **Adliye Ceridesi**, Nisan 1936, S. 16, ss. 987-996, (Cezai Şart).

Arsıanlı, Halil. **Ticari Bey**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1955.

Aşçıoğlu, Çetin. “Yargı Kararlarında Cezai Şart I Geçersiz Sözleşmelerde (Biçim Koşulu Açısından) Ceza Koşulu”, **XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, (Der. Mertol Can ve Selçuk Veziroğlu), 4-5 Nisan 1997, Ankara, ss. 109-138.

Atay, Ender Ethem. **İdare Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Ateş, Derya. **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, (Genel Ahlaka Aykırılık).

Ateş, Derya. “Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi”, **TAAD**, Y.8, S.32, Ekim 2017, ss. 247-268, (Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi).

Ayan, Mehmet. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 9. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

Ayan, Serkan. **İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, (İnşaat).

Ayan, Serkan. **Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Kefalet).

Aydoğdu, Murat. **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, (Denetim).

Aydoğdu, Murat. **Genel İşlem Koşulları Şerhi, (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Şerh).

Aydoğdu, Murat. **Dövizli veya Döviz Endeksli Ödemeleri İçeren Sözleşmelerde Öngörülen Uyarlamalara İlişkin Değerlendirmeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (Döviz).

Aydoğdu, Murat ve Serkan Ayan. **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Faiz).

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. **Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ayhan, Rıza. “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, **Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal' Armağan, GÜHFD**, C.17, S.1-2, Ocak-Nisan 2013, ss. 291-314.

Barlas, Nami. **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.

Başalp, Nilgün. “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss. 221-238.

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, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7218.pdf>, Erişim Tarihi: 14.11.2017), ss. 2-19.

Başoğlu, Başak. “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırım ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C. II, İKÜHFD**, C.15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, ss. 617-637.

Başpınar, Veysel. **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.

Baştuğ, İrfan. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstiklâl Matbaası, İzmir, 1977.

Battal, Ahmet. “Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TTK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?” **BATİDER**, C.20, S.2, 1999, ss. 15-23.

Bauer, Thomas. **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art 1-61 SchlT ZGB**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Thomas Geiser), 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011.

Baysal, Başak. **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul, 2009.

Beck-Mannagetta, Margarethe. “Probleme der Konventionalstrafe”, **ÖJZ**, 1991, (<https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.LI0920030302?execution=e1s1>, E.T.: 6.9.2016).

Becker, Hermann. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Artikel 1-183**, Verlag von Stämpfli & Cie AG, Bern, 1941.

Becker, Hermann. İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V, İsviçre BK. 151-183, Türk BK. 149-181, çev. Osman Tolun, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1973.

Behr, Volker. “Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens”, **ZJS**, 3/2010, ss. 292-296.

Beisenkötter, Bernhard. **Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer Schadensersatz und Vertragsstrafe**, Münster, 1997.

Belen, Herdem. “Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, İstanbul, 2001, ss. 499-542, (Cezai Şart).

Belen, Herdem. **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, (Kısa Şerh).

Bentele, Roland. **Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR**, Shaker Verlag, Freiburg, 1994.

Berger, Bernhard. **Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008.

Berki, Osman Fazıl. “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, S. 5, Y.XVII, Mayıs 1943, ss. 277-303.

Berki, Şakir. **Roma Hukuku**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1949.

Betz, Lorenz. **Abänderung des Vertragsinhalts durch richterliche Entscheidung**, Kulmbach, 1930.

Beuthien, Volker. “Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, München, 1973, ss. 495-516.

Bilge, Necip. “Cezai Şart”, **Ahmet Esat Arsebük Armağanı**, AÜHF Yayınları No:124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, ss. 37-128.

Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. **Şirketler Hukuku Dersleri**, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013.

Bingöl, F. İtir. “Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiyi Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi”, **Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan**, C.2, Ankara, 2009, ss. 1399-1415.

Bingöl, Muhammet Emin. **Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Birinci Uzun, Tuba. **Götürü Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Birsen, Kemaleddin. **Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

Bötticher, Eduard. “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, **ZFA**, 1970, Y.1, ss. 3-61.

Brägger, Rafael. “Der sanktionsrechtliche Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Folgen seiner Verletzung”, **Causa Sport**, 2018/3, ss. 325-244.

Bschorr, Michael Ch. ve Christian Zanner. **Die Vertragsstrafe im Bauwesen**, Verlag C.H. Beck, München, 2003.

Bucher, Eugen. **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.

Buluş, Kasım. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Bulut, Nazlı. **İş Hukukunda Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Buz, Vedat. **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, (Sözleşmeden Dönme).

Buz, Vedat. **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, (Yenilik Doğuran Haklar).

Buz, Vedat. “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, **AJP**, 4/2017, ss. 490-504, (Konventionalstrafe).

Büsser, Andres. **Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie**, Freiburg, 1997.

Bydlinski, Peter. **Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil**, 4. aktualisierte Auflage, Springer Verlag, Wien, 2007.

Calleros, Charles. “Punitive Damages, Liquidated Damages and Clauses Pénales In Contract Actions: A Comparative Analysis Of The American Common Law And The French Civil Code”, **Brooklyn Journal of International Law**, C. 32, S. 1, 2006, ss. 67-119.

Cansel, Erol ve Çağlar Özel. “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C.1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, 2013, ss. 713-733, (Ceza Koşulu).

Cansel, Erol ve Çağlar Özel. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Borçlar).

ColdWell, Deborah S., Altressa Q. Burchett Williams ve Melissa L. Celeste. “Liquidated Damages”, **Franchise Law Journal**, C. 29, S. 4, (Bahar 2010), ss. 211-230.

Çabri, 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, ss. 913-928.

Çağlar, Hayrettin. “Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28)”, **BATİDER**, S.4, Aralık 2016, ss. 69-93, (<https://jurix.com.tr/article/7509#>, E.T.: 18.10.2018).

Çağlayan Aksoy, Pınar. “Asgari Alım Taahhüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart-Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, **TBBD**, Temmuz-Ağustos 2017, Y.30, S. 131, ss. 261-294.

Çakır, Aytuğ Ceyhun ve Ekrem Solak. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Koşulu”, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 9, Ocak 2015, ss. 55-74, (<https://jurix.com.tr/article/4463>, E.T.: 24.01.2018).

Çeliktaş, Demet. **2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayın No: 0905.87.BY.005.033, İzmir, 1987, (Karayolları Trafik Kanunu).

Çeliktaş, Demet. “Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **DEÜHFD, Kudret Ayiter’e Armağan**, C. 3, S. 1-4, 1988, ss. 593-641, (Şekle Aykırılık).

Çernis, Volf. “Borçlar ve Ticaret Kanunumuz Bakımından Cezai Şartın İndirilmesi Meselesi”, **İst.BD**, C. 26, S. 9, Eylül 1952, ss. 513-524.

Çınar, Ömer. “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.8, S. 16, Güz 2009, ss. 91-115, (Cezai Şartın İndirilmesi).

Çınar, Ömer. **Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, m. 50/Çınar Şerhi**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Milli Şerh).

Dayınlarlı, Kemal. **Borçlar Kanunu’na göre Alacağın Temliki**, 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2000.

De Gest, Gerrit ve Filip Wuyts. “Penalty Clauses and Liquidated Damages, **Encyclopedia of Law and Economics 4610**, 2000, ss. 141-161, (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.524.7106&rep=rep1&type=pdf>, E.T.: 2.10.2018).

Dedual, Alessia. **Geltungserhaltende Reduktion**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2017.

Demir, Fevzi. “Karar İncelemesi: Temsilcinin Sözleşmenin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu-İş Dergisi**, C. 9, S. 2007/1, ss. 29-52.

Demir, Mehmet. “Cezai Şart Kaydına Genel İşlem Koşulları Arasında Yer Verilmesi Sorunu”, **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, 2005, ss. 435-447, (Cezai Şart).

Demir, Mehmet. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, (Yenilik ve Değişiklikler).

Demircioğlu, Murat. “İş Hukukunda Cezai Şart”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, ss. 159-171.

Demirtaş, Sebla. “Cezai Şart”, **İst.BD**, C.84, S.2010/2, Mart-Nisan 2010, ss. 849-873.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.

Dinçer Araz, Nilgün. **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Dirican, Gökhan. **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Doğan, Beşir Fatih. **İstisna Sözleşmesinde Cezai Şart Ediminin Talebi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1998, (İstisna Sözleşmesi).

Doğan, Beşir Fatih. “TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2013, ss. 61-84, (TEİAŞ).

Donahey, Scott. “Punitive Damages in International Commercial Arbitration”, **Journal of International Arbitration**, C. 10, S. 3, 1993, ss. 67-77.

Dural, Mustafa. **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

Dural, Mustafa, Tufan Öğüz, M. Alper Gümüş. **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Düzceer, Rıza. “Pey Akçesi ve Zımanı Rücu”, **AD**, Y.47, S. 3, Mart 1956, ss. 342-354.

Edgü, Ekrem. **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Met/er Matbaası, İstanbul, 1978.

Edis, Seyfullah. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, Ankara, 1993.

Ehrat, Felix R. ve Markus Widmer. **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Artikel 1-529 OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand), (Art. 160-163), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, (www.legalis.ch, E.T.: 26.04.2018).

Ekinci, Hüseyin. “Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi”, **AD**, Y.93, S.10, Ocak 2002, ss. 97-119, (Zarar İlişkisi).

Ekinci, Hüseyin. “İş Hukuku’nda Cezai Şart Uygulaması ve Özellikleri”, **AD**, S.24, Ocak 2006, ss. 33-54, (İş Hukuku).

Ekinci, Hüseyin. “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, **THD**, Y.2, S. 8, Nisan 2007, ss. 21-28, (Kusur).

Ekinci, Hüseyin. **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (Ceza Koşulu).

Er, Refik. “Hukukta Cezai Bağıt (Sözleşme) Kaydı (Cezai Şart-Mutlak Ödence)”, **AD**, Y.68, S.5-6, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık, 1977, ss. 367-372.

Erçin, Ferhat. “Yargıtay Kararları Işığında Tacirlerin Ahlaka Aykırı Cezai Şartın İptalini veya Tenkisini İsteyebilmeleri”, **İKÜHFD**, C.10, S. 1, Ocak 2011, ss. 89-105.

Erdem, Mehmet. “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, 28-29 Mayıs

2009, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2009, ss. 97-124, (Götürü Tazminat).

Erdem, Mehmet. “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 663-684, (Dönme Tazminatı).

Erdoğan, Belgin. **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Genel Hükümler).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Özel Hükümler).

Erman, Hasan. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

Ernas, Bülent ve Simin Yalçıntaş. “Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması”, **AÜHF Mecmuası, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, Ankara, 2008, ss. 703-720.

Erseven Yıldız, İlknur. **İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Esser, Josef ve Eike Schmidt. **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen**, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995.

Ertay, Œeref. **EŒya Hukuku**, 11. Baskı, İzmir, 2014.

Erten, Ali. **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Œartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C.2, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

Fikentscher, Wolfgang ve Andreas Heinemann. **Schuldrecht**, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006.

Fischer, Detlev. **Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung**, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1981.

Fischer, Thomas. **Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.

Franko, Nisim. “Pey Akçesinin Mahiyeti”, **İÜHFM**, Y.1996, C. 55, S. 1-2, ss. 249-262.

Fröhlich-Bleuler, Gianni. **Softwareverträge**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014.

Funk, Fritz. **Borçlar Kanunu Œerhi I, Umumi Hükümler**, çev. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1972.

Furrer, Andreas ve Markus Müller Chen. **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess, Zürich, 2008.

Gallmetzer, Evelyn, Bettina Spichiger, Stephan Wolf. “Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz”, **AJP**, 2018/5, ss. 580-599.

García, Ignacio Marín. “Enforcement Of Penalty Clauses In Civil And Common Law: A Puzzle To Be Solved By The Contracting Parties”, **European Journal of Legal Studies**, C. 5, S. 1, Bahar/Yaz 2012, ss. 80-102.

Gauch, Peter. **Der Werkvertrag**, 5. überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2011.

Gauch, Peter, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Heinz Rey ve Susan Emmenegger. **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II**, 10. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2014.

Gernhuber, Joachim. **Bürgerliches Recht, Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene**, 2. vollständig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983.

Giritli, İsmet, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner. **İdare Hukuku**, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008.

Gotanda, John Y. “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, **Columbia Journal of Transnational Law**, C. 42, S. 2, 2004, ss. 391-444.

Gottwald, Peter. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432**, (Hrsg. Wolfgang Krüger), 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003.

Gökçeoğlu, Kamil Haluk. **Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007.

Göktürk, Hüseyin Avni. “Cezai Şart Müessesesi”, **İz.BD**, S. 1-13, Y.4, Temmuz 1938, ss. 397-406, (Cezai Şart).

Göktürk, Hüseyin Avni. **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri**, Ulus Basımevi, Ankara, 1951, (Aktin Muhtelif Nevileri).

Gökyayla, Emre. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss. 47-67.

Götz, Ernst. **Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung, (Artikel 90-136 ZGB)**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1964.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku, C. II**, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Greiner, Georges ve Diana Akikol. “Grenzen der Vermögenseinziehung bei Dritten (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB)- unter Berücksichtigung von zivil- und verfassungsrechtlichen Aspekten”, **AJP**, 2005, ss. 1341-1355.

Grüneberg, Christian. **Beck’sche Kurz-Kommentare, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7**, 70. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011.

Guhl, Theo ve Alfred Koller. **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts**, (Hrsg. Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey), (§ 7 - § 14), 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

Guhl, Theo ve Anton K. Schnyder. **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts**, (Hrsg. Theo Guhl, Alfred Koller,

Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey), (§ 56 - § 57), 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

Gül, İbrahim. **ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Gülseven, Hilal. **Türk Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Gümüş, M. Alper. **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. II**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Özel Hükümler C. II).

Gümüş, M. Alper. **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, (Ders Kitabı).

Günay, Cevdet İlhan. **Cezai Şart (BK m. 158-161)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, (Cezai Şart).

Günay, Cevdet İlhan. “İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu”, **Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2013, ss. 17-39, (İş Sözleşmesi).

Gündoğdu, Fatih. **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Gündüz, Fehmi. “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart”, **İst.BD**, C. 88, S.2014/3, Mayıs-Haziran 2014, ss. 314-153.

Gündüz, Şefika Deren. **Kefalet Sözleşmesinin Şekli**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Güral, Jale. **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi**, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1953.

Gürpınar, Damla. **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.

Güven, Kudret. “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri ile Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, **BÜHFD**, C. 2, S. 2, Temmuz 2016, ss. 37-72, (<https://jurix.com.tr/article/5397>, E.T.: 18.10.2018).

Güven, Mehmet. “İdari Sözleşmelerin Uygulanmasında Tarafların Hak, Yetki ve Yükümlülükleri”, **Ank.BD**, 1996/3, ss. 378-404.

Hammer, Birgit. **Konventionalstrafen in Arbeitsverträgen**, Springer, Wien, 2010.

Hausheer, Heinz, Thomas Geiser ve Regina E. Aebi-Müller. **Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 5. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2014.

Harke, Jan Dirk. **Allgemeines Schuldrecht**, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010.

Harwood, William S. “Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code”, **Fordham Law Review**, C. 45, S. 7, 1977, ss. 1349-1381, (<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol45/iss7/3>, E.T.: 2.10.2018).

Hatemi, Hüseyin. **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, (Ahlaka Aykırılık).

Hatemi, Hüseyin. **Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku)**, Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, (Aile Hukuku).

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Havutcu, Ayşe. **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003.

Heizmann, Reto. **Strafe im schweizerischen Privatrecht Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2015.

Helvacı, Mehmet. **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Herzog, Bertold. **Quantitative Teilnichtigkeit**, Göttingen, 1926.

Hess, Claus. **Die Vertragsstrafe: Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung**, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

Honig, Richard. **Roma Hukuku Dersleri**, çev. Şemseddin Talip, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1935, (Roma Hukuku Dersleri).

Honig, Richard. **Roma Hukuku**, çev. Şemsettin Talip, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938, (Roma Hukuku).

Honsell, Heinrich. **Römisches Recht**, 6. ergänzte Auflage, Springer, Zürich, 2006, (Römisches Recht).

Honsell, Heinrich. “Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus”, **Festschrift für Harm Peter Westermann, Zum 70. Geburtstag**, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, ss. 315-336, (Strafgedanke).

Honsell, Heinrich. “Kritische Bemerkungen zum OR 2020”, **SJZ**, 109/2013, ss. 457-461, (OR 2020).

Hopt, Klaus J. **Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch**, (Hrsg. Adolf Baumbach ve Klaus J. Hopt), HGB § 348, 38. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018.

Hrubesch-Millauer, Stephanie ve Nicole Thommen. "Personenrecht und Einleitungsartikel – ausgewählte Entscheide des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015", **AJP**, 2016, ss. 838-855.

Hrubesch-Millauer, Stephanie ve Olivia Fuhrer. "Rechtsprechungs panorama Einleitungsartikel und Personenrecht", **AJP**, 2018, ss. 634-652.

Huguenin, Claire. **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.

Huwiler, Bruno. **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), (Art. 90), 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

Işık, Olcay. "Türk Bireysel İş Hukukunda İş Akdi İle Öngörülen ve İşçi ile İşvereni Haksız Feshe Karşı Koruyan Cezai Şart Kavramına İlişkin Bir Tespit", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.6, S.21, 2009, ss. 159-184.

İmregün, Oğuz. **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 9. Bası, GÜR-AY Matbaası, İstanbul, 1991.

İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, 2014.

İzmirli, Mustafa Kağan. **Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Joost, Detlev. **Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h**, (Hrsg. Charsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Boujong, Detlev Joost ve Lutz Strohn), (§ 348), 3. Auflage, Verlag C.H. Beck/ Verlag Franz Vahlen, München, 2015.

Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin. **Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Kaduk, Hubert. **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 328-397**, 12. Neubearbeitete Auflage, Dr. Arthur L. Sellier & Co.-Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1994.

Kale, Harun. “Kamu İhale Sözleşmelerinde Gecikme Cezasının Hukuki Niteliğinin Sonuçları”, **THD**, C. 7, S. 67, Mart 2012, ss. 89-92.

Kaneti, Selim. **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964) II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

Kanık, Tahir. “Cezai Şart”, **AD**, S.8, Y.41, Ağustos 1950, ss. 1071-1088.

Kapancı, Kadir Berk. “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 655-683, (Götürü Tazminat).

Kapancı, Kadir Berk. “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi İle Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. II, İKÜHFD**, C.15, S. 1, Özel Sayı, Ocak 2016, ss. 661-684, (Sözleşme Cezası).

Kapancı, 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, Y.2016, ss. 247-270, (Dönme Cezası).

Kaplan, İbrahim. **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Karabağ Bulut, Nil. **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Karagöz, Veli. “Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, **AÜEHFD**, C.8, S.1-2, 2004, ss. 193-216, (Tip İş Sözleşmesi).

Karagöz, Veli. **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, (İş Sözleşmesi).

Karagöz, Veli. “Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S.1-2, 2009, ss. 593-606, (Rekabet Yasağı).

Karahasan, Mustafa Reşit. “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İst.BD**, C. XL, Ocak-Şubat-Mart-1966, Medeni Kanunun 40. Yıl Özel Sayısı, ss. 469-494, (Cezai Şart).

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Beta Yayıncılık, 2003, (Borçlar Hukuku).

Karakılıç, Hasan. “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü”, **HHFD**, C.4, S.2, Y.2014, ss. 107-144.

Karataş, İzzet. **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri: Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları: Cezai Şart, Cezayı Aşan Zarar, Munzam Zarar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Karayağcın, Yaşar. **Ticaret Hukuku Dersleri, I. Giriş-Ticari İşletme**, 2. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1960.

Kartal, Dilşah Büşra. **Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Kaser, Max ve Rolf Knütel. **Römisches Privatrecht, Juristische Kurz-Lehrbücher**, 18. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005.

Kaynak, Sevgi. “Roma Hukukunda Cezai Şart”, **İÜHFM**, C.64, S.1, 2006, ss. 237-258.

Keller, Max ve Christian Schöbi. **Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel/Frankfurt, 1982.

Kenel, Luca. **Entire Agreement Clause, Die Wirkungen der Entire Agreement Clause im Schweizer Recht**, Schulthess, Zürich, 2018.

Kennelly, John J. “Punitive Damages and Insurance Coverage Questions - Another view”, **Air Law**, C. 7, S. 1, 1982, ss. 11-21.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet**, AÜHF Yayınları No: 448, Ankara, 1979, (Halefiyet).

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, (Borçlar).

Kılıçoğlu, Ahmet, M. **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, (Aile).

Kırca, Çiğdem. “Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi”, **Çankaya Üniversitesi’nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu**, (Ed. Emel Badur ve Gamze Turan Başara), 10-11 Haziran 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Kırkbeşoğlu, Nagehan. **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Kleiner, Beat, Kaspar Landolt, Dominique Gemperli. **Bankgarantie, Die Ganatie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes**, 5. vollständig neu bearbeitete Auflage mit neuen Mustertexten, Schulthess, Zürich, 2016.

Kletečka, Andreas. **Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht**, 13. Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006.

Knütel, Rolf. **Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Böhlau Verlag, Köln-Wien, 1976.

Kocaağa, Köksal. **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, (Cezai Şart).

Kocaağa, Köksal. “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, **TBBD**, S.74, 2008, ss. 149-157, (İnşaat).

Kocaağa, Köksal. **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, (Sözleşme Cezası).

Kocaman, Arif. “BK m.158/II c. 2 Hükümü 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 İle Bertaraf Edilip Edilmeyeceği Hususu”, **Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, ss. 567-582.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları İle İlgili Düşünceler”, **Selim Kanetiye Armağan**, Aybay Yayıncılık, İstanbul, 1996, ss. 25-33, (Hükümsüzlük).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/-ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, (Borçlar).

Koç, Nevzat. **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2002.

Kohler, Josef. **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2, Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1906.

Koller, Alfred. “Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)”, **Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen**, (Hrsg. Alfred Koller), St. Gallen, 1996, ss. 1-67, (Konventionalstrafe).

Koller, Alfred. “Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen”, **AJP**, 1996, ss. 1518-1521, (Verspätungsstrafe).

Koller, Alfred. “Reugelder bei Grundstückkaufverträgen”, **ZBJV**, 145/2009, ss. 73-82, (Reugeld).

Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, İzmir, 1993.

Kotronis, Sotirios. **Die Sicherheitsleistung im Privatrecht, Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und schweizerischen Privatrecht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

Koyuncu, Ahmet. “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Bakiye Ücretin Ayrı Ayrı Talep Edilmesi”, **SİHD**, S.28, Aralık 2012, ss. 109-112.

Kozak, Filiz. **Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.

Koziol, Helmut ve Rudolf Welser. **Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht**, 13. Neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2007.

Kramer, Ernst A. ve Thomas Probst. **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2003, (Bundesgerichtspraxis).

Kramer, Ernst A. ve Thomas Probst. **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundkurs**, 2. aktualisierte Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2013, (Grundkurs).

Krampe, Christoph. “Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln-Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur-”, **AcP**, 194, 1994, ss. 1-41.

Krauskopf, Frédéric. **Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts**, (Hrsg. Peter Gauch, Victor Aepli, Hubert Stöckli), 7. nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich, 2009.

Krügler, Eberhard ve Christoph Schmitt. **Projektverträge im Anlagenbau und für vergleichbare Investitionsprojekte**, Springer, Heidelberg, 2013.

Kudat, Arkun. “Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza İle Münasebeti”, **Ank.BD**, C. 5, S. 58-59, Şubat 1949, ss. 29-34.

Kuklin, Bailey. “Punishment: The Civil Perspective of Punitive Damages”, **Cleveland State Law Review**, C. 37, S. 1, 1989, ss. 1-118.

Kunter, Nurullah. “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart”, **Adliye Ceridesi**, Y.31, 1940, ss. 971-983.

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Küçükgüngör, Erkan. “Roma Hukuku’nda Tahkim (Compromissum)”, **BATİDER**, C. 19, S. 3, 1998, ss. 137-150.

Larenz, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil**, 14. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987.

Larenz, Karl ve Manfred Wolf. **Des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil**, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004.

Le Goff, Pierrick. **Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen**, Tenea Verlag, Berlin, 2005.

Lehmann-Richter, Arnold. **BeckOK HGB**, (Hrsg. Martin Häublein ve Roland Hoffmann-Theinert), (§ 348) 22. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2018.

Lenz, Christian. **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992.

Lindacher, Walter F. **Phänomenologie der “Vertragsstrafe”**, Athenäum Verlag, Frankfurt-Main, 1972, (Vertragsstrafe).

Lindacher, Walter. **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432)**, (Hrsg. Hs. Th. Soergel, W. Siebert, Hans-Joachim Mertens), 12. neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln, 1990, (BGB Kommentar).

Lohr, Martin. “Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis”, **MDR**, 2000, ss. 429-436.

Mabillard, Ramon. “Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe”, **AJP**, 2005, ss. 547-559.

Matt, Isabel. **Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2014.

Medicus, Dieter. “Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht –Kommerzialisierung, Strafschadensersatz Kollektivschaden”, **Juristen Zeitung**, Zum 66. Deutschen Juristentag, Y.61, S. 17, 1. Eylül 2006, ss. 805-812, (https://www.jstor.org/stable/20828392?seq=1#metadata_info_tab_contents, E.T.: 2.10.2018).

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Müller, Christoph. **Berner Kommentar, Art. 1-18 OR, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2018.

Nar, Ahmet. “İş Sözleşmeleri Açısından Özellik Gösteren Yönleriyle Cezai Şart Miktarının İndirilmesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.53-54, 2009, ss. 7-24.

Nart, Serdar. **Borçlar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nodoushani, Manuel. **Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz, Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2004.

Nomer Ertan, N. Füsün. “İş Akdinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss. 29-37.

Nomer, Halûk N. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Nordin, Emily. “The Penalty Clause Bias”, **Maastricht Journal Of European And Comparative Law**, C. 21, S. 1, 2014, ss. 162-187.

Noussia, Kyriaki. “Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?”, **Journal of International Arbitration**, C. 27, S. 3, 2010, ss. 277-294.

Oftinger Karl ve Rolf Bär. **Zürcher Kommentar, Band IV/2c, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB**, 3. neubearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1981.

Oğuzman, Kemal. “Mahkeme Kararları Kroniği-B. Hususi Hukuk-2. Borçlar Hukuku-9. Para Borçlarında Cezai Şart – İctihadı Birleştirme Kararı Lüzumu”, **İÜHFM**, C. 28, S. 1, İstanbul, 1962, ss. 276-277.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (1. Cilt).

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (2. Cilt).

Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 18. Bası, İstanbul, 2012.

Oğuzoğlu, H. Cahit. **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.

Olgaç, Samet Can. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, **THD**, C. 12, S. 126, Şubat, 2017, ss. 96-112, (<https://jurix.com.tr/article/7485?sscope=title>, E.T.: 24.01.2018).

Onar, Sıddık Sami. **İdare Hukuku’nun Umumî Esasları**, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

Oser, Hugo ve Wilhelm Schönenberger. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Artikel 1-183**, 2. umgearbeitete Auflage, Schultheß & Co., Zürich, 1929.

Owen, David G. “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, **Villanova Law Review**, C. 39, 1994, ss. 363-413.

Ozan, Başak. “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.7, S.25, 2010, ss. 135-156.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GÜHFD**, 1999, C.3, S. 1-2, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, E.T.: 28.9.2018).

Öcal, Akar. “Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay’ın Görüşleri”, **AD**, Y.52, S. 5, Mayıs 1961, ss. 525-527.

Öktem Çevik, Seda. “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 97-112.

Önen, Ergun. **İnşai Dava**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.

Önen, Turgut. **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999.

Öz, Turgut. **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 66, İstanbul, 1989, (Eser).

Öz, Turgut. **Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Yenilikler).

Özcan Büyüktanır, Burcu G. ve Dila Okyar Karaosmanoğlu. “Evlenmeye Zorlamak için Öngörülen Cayma Tazminatı ya da Cezai Şart Dava Edilemez; Ancak Yapılan Ödemeler de Geri İstenemez” TMK m. 119/f. 2 Üzerine Bir Değerlendirme”, **HHFD**, C. 7, S. 1, Haziran 2017, ss. 216-231.

Özdemir, Erdem. “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C.9, S.3-4, 2005, ss. 403-416, (İş Hukukunda Cezai Şart).

Özdemir, Erdem. “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S.1, 2005, ss. 143-156, (Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart).

Özdemir, Erdem. Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **SİHD**, Haziran, 2009, Y.4, S. 14, ss. 150-158, (Karar İncelemesi).

Özden Merhacı, Selin. **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Özen, Burak. **Kefalet Sözleşmesi**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (Kefalet).

Özen, Burak. **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, C. 2, Özel Borç İlişkileri, m. 600-603**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, (İstanbul Şerhi).

Özmen, Adem. **Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Özmen, Etem Saba. “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, **TBBD**, Y.1995, S.4, ss. 520-577.

Özsunay, Ergun. **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2443, İstanbul, 1982.

Öztan, Bilge. **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Öztan, Fırat. **Kıymetli Evrak Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Pamp, Rüdiger. **Handelsgesetzbuch Kommentar**, (Hrsg. Harmut Oetker), (§ 348), 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2017.

Parlak Börü, Şafak. “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBBD**, Mart-Nisan 2017, Y.29, S. 129, ss. 195-228.

Pauly, Holger. “Aktuelle Entwicklungen zur Wirksamkeit einer Vertragsstrafe”, **MDR**, 2005, ss. 781-785.

Pellanda, Katja Roth. **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, (Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), (Art. 158, 160-163), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf, 2016, (www.swisslex.ch, E.T.: 26.4.2016).

Pestalozzi, Christoph M. **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Artikel 1-529 OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand), (Art.. 492-512), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, (www.legalis.ch, E.T.: 26.04.2018).

Pietruszak, Thomas. **Kurzkomentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), (Art. 158, 160-163), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Poroy, Reha ve Ünal Tekinalp. **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 18. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Postacıoğlu, İlhan E. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1986, İstanbul, 1975.

Presmann, Michael. “The Two Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework For Exploring The Penalty Clause Debate”, **Virginia Law and Business Review**, C. 7, S. 4, Bahar 2013, ss. 651-708.

Rado, Türkân. **Gaius Institutiones, Borçlar Kısım**, Doğan Kardeş Basımevi, İstanbul, 1953, (Gaius Institutiones).

Rado, Türkân. **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, (Borçlar).

Reck, Rudolf M. **Lohnrückbehalt, Kautiön und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht**, ADAG Administration & Druck AG, Zürich, 1983.

Rehbinder, Manfred. “Die Rückzahlung von Ausbildungskosten”, **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993.

Reichel, Hans. “Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung”, **Festschrift für Adolf Wach**, III. Band, Leipzig, 1913, ss. 1-106.

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Riener, Hans Michael ve Gabriela Riener Kafka. “Entwicklungen im Personenrecht (natürliche Personen)”, **SJZ**, 2005, ss. 450-452.

Rodemann, Tobias. “Die Vertragsstrafe im Bauvertrag”, **MDR**, 2002, ss. 1357-1358.

Roth, Wulf Henning. **Handelsgesetzbuch Kommentar**, (Hrsg. Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf Henning Roth, Winfried Morck), (§ 348), Verlag C.H.Beck, 8. Auflage, München, 2015.

Sanlı, Kerem Cem. **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Santoro, Dimitri. **Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2001.

Sarı, Suat. “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 26-27.06.2008, ss. 299-304.

Saymen, Ferit H. **Türk İş Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.

Saymen, Ferit H. ve Halid K. Elbir. **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, (Eşya).

Saymen, Ferit H. ve Halid K. Elbir. **Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, (Aile).

Saymen, Ferit H. ve Halid K. Elbir. **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, (Borçlar).

Scheitlin, Gil. **Fälle zum Obligationenrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, (Hrsg. Claire Huguenin ve Basil Hotz), Schulthess Verlag, 2014.

Schmeel, Günter. “Bauvertrag – Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe Möglichkeiten der Herabsetzung oder „Payment unlimited“?”, **MDR**, 2017, ss. 1033-1035.

Schmid, Jörg. “Reservationsvereinbarung beim Grundstückkauf, Formmangel und Konventionalstrafe”, **BR, Baurecht**, 2014/6, ss. 278-280.

Schmidt, Karsten. **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5**, (§ 348), Verlag C.H. Beck, 4. Auflage, München, 2018.

Schmitt, Christoph ve Detlef Ulmer. **Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen**, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2010.

Schmitt-Gaedke, Gernot. “Der Anspruch auf Vertragsstrafe und seine Durchsetzung im Prozess – Leichtes Spiel für den Gläubiger?”, **ZAP**, 2017, ss. 299-308, (juris, Das Rechtsportal, E.T.: 17.11.2018).

Schoch, Walter. **Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht**, Verlag von Stämpfli&Cie, Bern, 1935.

Schöbi, Christian. **Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990.

Schwaibold, Matthias. **Kurzkomentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), (Art. 340a), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

Schwarz, Andreas B. **Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt**, çev. Bülent Davran, Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1948.

Schwenzer, Ingeborg. **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 5. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009.

Seeliger, Leo. **Das richterliche Ermässigungsrecht nach § 343 B.G.B.**, Druck von E. Appelhans & Comp., Braunschweig, 1905.

Seliçi, Özer. **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

Serozan, Rona. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, (İfa).

Serozan, Rona. **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007, (Sözleşmeden Dönme).

Serozan, Rona. **Taşınır Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, (Taşınır Eşya).

Siber, Heinrich. **Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht**, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1903, ss. 152-153, (https://archive.org/stream/bub_gb_yo0UAAAAYAAJ#page/n163, E.T.: 3.8.2018).

Sirmen, Lale. **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, (Şart).

Sirmen, Lale. **Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Eşya).

Sommer, Monika. “Haus und Recht: Konventionalstrafe zur Sicherung von Pflichten”, **Neue Zürcher Zeitung**, Nr. 86, 13.04.2012, ss. 59-60.

Sossna, Ralf-Peter. **Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen, Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB**, Dunker & Humblot, Berlin, 1993.

Soyer, Polat. **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, (Rekabet).

Soyer, Polat. “Cezai Şart” (Karar İncelemesi), **Çimento İşveren Dergisi**, C.14, S.5, 2000, ss. 29-33, (Karar İncelemesi).

Soyer, Polat. “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 5, S.3, Nisan 2000, ss. 363-380, (Hizmet Akdi).

Söllner, Alfred. “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht”, **Arbeit und Recht**, C.29, S.4, Nisan 1981, ss. 97-105.

Spiro, Karl. **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, Die Verjährung der Forderungen**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1975.

Spunda, Alexander. **Vertragsstrafe und Schadenersatz**, Wien, 2004.

Steltmann, Isabel. **Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

Stöber, Kurt ve Otto, Dirk-Ulrich. **Handbuch zum Vereinsrechts**, 11. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2016.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **AÜHF Dergisi**, C. 44, S:1, 1995, ss. 183-191, (İç Yönetmelikler).

Süzek, Sarper. “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İŞ**, C.6, S.4, 2002, ss. 1-23, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/644.pdf>, E.T.: 1.11.2018), (Fesih).

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, (İş Hukuku).

Şakar, Müjdat. “İş Sözleşmesinde Cezai Şart Tazminatı”, **Yaklaşım Dergisi**, S.207, Y.18, Mart 2010, ss. 172-175.

Şener, Oruç Hami. **Ticari İşletme Hukuku, Ders Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Ticari İşletme Hukuku).

Şener, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (Ortaklıklar Hukuku).

Şenol, Nilay. **Bayilik Sözleşmesi, Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Tahan, Duygu. “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 2017, ss. 199-224.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

Tamer, Ahmet. “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, **TAAD, Türkiye Adalet Akademisinin 10. Kuruluş Yılı Armağanı**, S.14, Y.4, Temmuz 2013, ss. 731-770.

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, (C. I/1).

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (C. II).

Tandoğan, Şinasi. “Pey Akçesi ve Zaman-ı Rücu”, **Ank.BD**, Y.1949, S. 58-59, ss. 34-36.

Taylan, Erbay. “Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu”, **Yasa Hukuk Dergisi**, C.1, S.1, Ocak 1978, ss. 47-55.

Tekelioğlu, Numan. “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, **YBHD**, Y.2, S. 2017/2, ss. 159-186.

Tekil, Fahiman. **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1980.

Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Tiryaki, Murat. **Özel Hukuk Alanında Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.

Topçuoğlu, Hamide. **Kanuna Karşı Hile**, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950.

Tunçomağ, Kenan. “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, **BATİDER**, C. 1, S. 4, Haziran 1962, ss. 558-568, (Hukuki Mahiyeti).

Tunçomağ, Kenan. “Mahkeme Kararları Kroniği, Borçlar Hukuku”, **İÜHFM**, C. 28, S. 3-4, 1962, ss. 841-855, (Mahkeme Kararları).

Tunçomağ, Kenan. **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, (Cezai Şart).

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul, 1976, (Borçlar Hukuku).

Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo Jungo. **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, Schulthess, 2009.

Tutar, Elce. **Dönme Cezası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, (Dönme Cezası).

Tutar, Elce. “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, **THD**, C. 12, S. 125, Ocak 2017, ss. 29-41, (<https://jurix.com.tr/article/7467>, E.T.: 24.01.2018), (Cezai Şart).

Uçar, Salter. **Cezai Şart ve Uygulaması**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, (Lügat).

Umur, Ziya. **Roma Hukuku, Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, (Ders Notları).

Usta, Oğuz. **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Uygur, Tanju. “Cezai Şartın Tenkisi”, **Ank.BD**, S.6, 1975, ss. 816-819.

Uygur, Turgut. **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.4, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Ünal, Akın. **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ünlütepe, Mustafa. “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, **TBBD**, Y.25, S. 102, Eylül-Ekim 2012, ss. 173-218.

Vanleenhove, Cedric. **Punitive Damages in Private International Law: Lessons for the European Union**, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Cüz 1, 4.** Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1960.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Reşad Kaynar. **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, 2. Bası, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1957.

Vlcek, Michael. **Kurzkomentar OR**, (Hrsg. Heinrich Honsell), (Art. 417), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.

von Büren, Bruno. **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Schulthess & CO. AG Verlag, Zürich, 1964.

von Kaenel, Adrian. “Entwicklungen im Arbeitsrecht / Le point sur le droit du travail”, **SJZ**, 114/2018, ss. 346-350.

von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2**, çev. Cevat Edege, 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement)**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1984.

Weinrib, Ernest J. “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, **Chicago Kent Law Review**, C. 78, S.1, Nisan 2003, ss. 55-103.

Wenusch, Hermann. **ÖNORM B 2110, Praxiskommentar zum Bauwerkvertragsrecht**, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Wien, 2011.

Westermann, Harm Peter. **Erman BGB, Kommentar**, (Hrsg. Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Harm Peter Westermann), 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2017.

Wiegand, Wolfgang ve Christoph Brunner. “Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückskaufvertrages”, **Recht**, 1993, S.1, ss. 1-12.

Wieland, Carl. **Kanunu Medeni’de Ayni Haklar**, çev. İ. Hakkı Karafakı, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1946.

Wilcox, Vanessa. “Punitive Damages in England”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, (Ed. Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox), Springer Verlag, Germany, 2009, ss. 7-53.

Wolfer, Marc. **Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage**, (Dissertation), Dike Verlag Zürich/St. Gallen, 2012, (Reugeld).

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”, **AJP**, 2015/6, ss. 962-966, (Bundesgericht).

Wolfer, Marc. “Abschluss des Grundstückskaufvertrages / III. - V.”, **Der Grundstückskauf**, (Hrsg. Alfred Koller), 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, (Grundstückskauf).

Wuffli, Daniel. **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar**, (Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz

ve Roland Fankhauser), (Art. 160-163), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, (www.swisslex.ch).

Yağcıoğlu, Ali Haydar. “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, İzmir, 2013, ss. 3057-3098.

Yağcıoğlu, Burcu. “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, **Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, DEÜHFD**, C. 19, Özel Sayı, İzmir, 2017, ss. 1207-1270, (Bağlanma Parası).

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Yavuz, Nihat. **Uygulamada Nişan Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

Yavuztürk, Duygu. “Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective (Amerikan ve İngiliz Hukuku Perspektifinden İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart)”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, 2011, ss. 225-281.

Yıldırım, Abdülkerim. **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yıldırım, Uğur. **Cezai Şart**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Yılmaz, Halil. **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Yücel, Özge. “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. 3, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss. 2945-2956.

Yürekli, Sabahattin. “Yeni İşverenin Sorumluluğu ve Cezai Şart (Karar İncelemesi)”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.2, İstanbul, 2001, ss. 1087-1104.

Zanner, Christian. **VOB/B nach Ansprüchen, Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen**, 4. überarbeitete und aktualisierte Auflage, Vieweg+Teubner Verlag, Heidelberg, 2011.

Zevkliler, Aydın. **Özel Borç İlişkileri**, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Zevkliler, Aydın, K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Zevkliler, Aydın, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla. **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 2000.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutcu, Murat Aydoğdu ve Emre Cumalıoğlu. **Borçlar Hukuku**, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülte Kitabevi, İzmir, 2013.

Zimmerman, Reinhard. **Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit**, Duncker und Humblot, Berlin, 1979.