



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS ANABİLİM DALI

TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA CEZA KOŞULU

ECEM ERDEM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, MAYIS, 2022



Ecem Erdem Yüksek Lisans

2022



TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA CEZA KOŞULU

ECEM ERDEM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı'nda yüksek lisans için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İstanbul, Mayıs, 2022

ONAY

ECEM ERDEM tarafından hazırlanan **TÜRK BORÇLAR HUKUKU'NDA CEZA KOŞULU** başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AYAR (Danışman)

.....

(Kadir Has Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Özge UZUN KAZMACI

.....

(Kadir Has Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Nilay ŞENOL

.....

(Özyeğin Üniversitesi Üniversitesi)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Mehmet Timur AYDEMİR

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

Onay Tarihi: 24.06.2022

ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, ECEM ERDEM;

- Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezi tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Yüksek Lisans Tezi başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- "Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri" uyarınca hazırlanan "Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri"ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

Ecem ERDEM

24.05.2022 ve İmza

2017 yılında kaybettiğimiz ve beni göklerden izlediğine inandığım ailemizin değerli varlığı annemin annesi değerlim Anneannem Ayfer Kayacıklıoğlu'nun ve 2020 yılında kaybettiğimiz babamın babası değerli dahiliye mütchassısı merhum Dr. Altan Kadri Erdem'in aziz hatıralarına ithafen...

TEŞEKKÜR

Akademik kariyer yapma konusunda beni yüreklendiren benden maddi manevi desteklerini esirgemeyen tıp alanındaki akademik kariyerleriyle her zaman gurur duyduğum sevgili annem Uzm. Dr. Serap TESTRE ERDEM' E ve babam Prof Dr. Levent ERDEM'E

Başarılarıyla ailemizi gururlandıran ve sevgisini daima hissettiğim canım kız kardeşim Sinem ERDEM'E

Tez konumu seçmemden itibaren değerli katkıları ve destekleri için saygı değer tez danışmanım ve değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AYAR'A

Tez jürimde yer alan ve katkıları için değerli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Özge UZUN KAZMACI ve Dr. Öğr. Üyesi Nilay ŞENOL'A

Lisans ve yüksek lisans hayatımda bana başarılı bir akademisyen olmayı hayal ettiren Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesinin değerli hocalarıma en içten şekilde teşekkür ederim.

ÖZET

Bu çalışmada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ile 182 maddeleri arasında düzenlen ceza koşulu kurumu, Yargıtay kararları, İsviçre Borçlar Kanunu ve Almanya Medeni Kanunu'dan örneklerle incelenmiştir. Ceza koşulu, alacaklının, borçlunun borç ilişkisine uygun davranmasını sağlayan güvencelerinden biridir. Ceza koşulu, sadece sözleşmelerden doğmak zorunda değildir. Sözleşme dışı borçlar bakımından da ceza koşulu kararlaştırılabilir. Ceza koşulunun konusunu oluşturan edim para, bir şey verme, bir şey yapma veya yapmama edimi olabilmektedir. Ceza koşulunun seçimsel ceza koşulu ve ifayı ekleyen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu olmak üzere üç çeşidi bulunmaktadır. Tarafların aralarında kararlaştırdığı ceza koşulunun türüne göre, alacaklı ya aynen ifayı ya da ceza koşulunu veya hem ifayı hem de ceza koşulunu birlikte talep edebilir. Ceza koşulu asıl borca bağlıdır, fer'i niteliktedir. Alacaklı zarara uğramasa dahi, ceza koşulunun ödenmesi gerekir. Ceza koşulunu aşan zarar, alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi şartıyla elde edilebilir. Ceza koşulunun indirilmesi, emredici bir kural olup kamu düzeninden kaynaklanmaktadır. Ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirilmesi kuralı, borçlunun tacir sıfatına sahip olması ve borcun ticari işletmesiyle alakası olması durumunda uygulanmayacaktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesine göre tacir sıfatına sahip olan olan ceza koşulundan indirim talep edemeyecektir. Ancak ceza koşulunun ödenmesi borçlu tacirin mahvına neden olacak ise ceza koşulundan indirim mümkün olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ceza koşulu, ceza koşulunun türleri, ceza koşulunu aşan zarar, ceza koşulunun indirilmesi

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA CEZA KOŞULU

ABSTRACT

In this study, the penalty clause which regulated between articles 179 and 182 of the Turkish Code of Obligation was with examples from the decisions of The Turkish Court of Appeals, Swiss Code of Obligations and German Civil Code. The penalty clause is one of the guarantees of the creditor, allowing the debtor to act in accordance with the debt relationship. The penalty clause can be decided not only in terms of the obligations arising from the contract but also in terms of non-contractual liabilities. The subject of the penalty can be decided as a money, something to be given, to be done or not to be done. There is three types of penalty clause: the optional penal clause, the penalty that adds to the performance, and the penalty that prevents the performance. Depending on the type of penal clause agreed between the parties, the creditor can demand the fulfillment of either the primary obligation or the penalty clause, or both. The penalty clause depends on the actual debt. Even if the creditor does not incur any losses, the penalty clause must be paid. Damage exceeding the penalty clause can be compensated on the condition that the creditor proves the fault of the debtor. The reduction of penalty clause is a mandatory rule and arises from public order. According to the 22nd article of the Turkish Commercial Code No. 6102, the person who has the title of trader will not be able to request a reduction from the penalty clause. However, if the execution of the penalty clause will cause the destruction of the trader debtor, a reduction from the penalty clause can be possible.

Keywords: penal clause, types of penal clause, damage exceeding the penalty clause, the reduction of penal clause.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
1.GİRİŞ	1
1.1 Konuya Genel Bir Bakış	1
1.2 Konunun Sınırlandırılması	2
1.BÖLÜM	4
CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR	4
2.Ceza Koşulu Kavramı	4
2.1.Genel Olarak	4
2.2 Ceza Koşulunun Tanımı	5
2.3 Terminoloji	7
3. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği	9
3.1 Genel Olarak	9
3.2 Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşıdığı Görüşü	10
3.3 Ceza Koşulunun Sigorta Niteliği Taşıdığı Görüşü	11
3.4 Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşıdığı Görüşü	13
3.5 Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Karışımı Olduğu Görüşü	14
4.Ceza Koşulunun Amacı	15
5. Ceza Koşulunun İşlevleri	17
5.1 İfaya Zorlama.....	17
5.2 Zararın Tazminini Kolaylaştırma İşlevi	19
5.3 Sözleşmeden Dönmeyi Kolaylaştırma İşlevi	21
6.Ceza Koşulunun Unsurları	21
6.1 Asıl Borcun Mevcut Olması Şartı	21
6.2 Asıl Borçtan Ayrı Bağımsız Ama Fer'i Nitelikte Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması	30
6.3. Ceza Koşulunun Bir Hukuki İşlem ile Kararlaştırılması	33

6.3.1. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işlemin şekli	37
6.3.2 Ceza koşulunun geçerlilik şartları	38
6.3.3 Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işleminin tarafları	40
7. Ceza Koşulunun Özellikleri.....	41
7.1 Ceza Koşulu'nun Fer'iliği	41
7.2 Ceza Koşulunun Güvence Altına Alınabilmesi	43
7.3 Her Türlü Edimin Ceza Olarak Kararlaştırılabilmesi	44
8. Ceza Koşulunun Türleri	46
8.1 Seçimlik Ceza Koşulu.....	46
8.2 İfaya Eklenen Ceza Koşulu.....	49
8.3 İfayı Engelleyen İfa Yerine Ceza Koşulu	52
9. Ceza Koşulunun Uygulama Alanları.....	55
10. Ceza Koşulunun Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması	60
10.1 Bağlanma Parası	60
10.2 Cayma Parası	61
10.3 Kefalet Sözleşmesi.....	64
10.4 Temerrüt Faizi.....	65
10.5 Götürü Tazminat	67
II.BÖLÜM	71
CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI, CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ.....	71
11. Ceza Koşulunun Muaccel Olması ve Muaccliyet Şartları.....	71
11. 1 Asıl Borcun Yerine Getirilmemiş Olması	72
11.2 Borçlunun Kusurunun Aranıp Aranmayacağı	75
12. Ceza Koşulunun Muaccel Olduğunun İspatı.....	78
13. Muaccliyeti Ağırlaştırın veya Hafifleten Anlaşmalar	78
14. Ceza Koşulunun Muaccel Olması İçin Zararın ve Temerrüdün Gerçekleşmesinin Şart Olmayışı	79
15. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini	80

15.1 Genel Olarak Ceza Koşulunu Aşan Zararın İşlevi ve Uygulama Alanı	81
15.2 Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini İçin Gerekli Şartlar	84
15.3 Alacaklının Zararı ve Kusuru İspat Külfeti	88
16. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi	89
16.1 Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı ve Uygulama Alanı	92
16.2 Ceza Koşulunun. İndirilmesinin Hukuki Niteliği	93
17. Ceza Koşulunun İndirilmesi İçin Gerekli Şartlar	95
17.1 Geçerli Bir Ceza Koşulunun Mevcudiyeti	95
17.2 Ceza Koşulunun Muaccel Olması.....	98
17.3 Ceza Koşulunun Henüz İfa Edilmemiş Olması	98
17.4 Ceza Koşulunun Aşırı Miktarda Yüksek Olması	100
17.5 Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak An.....	108
18. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri	109
18.1 İndirim İçin Başvurulacak Makam	109
18.2 İndirim Talebinde Bulunma Şekli.....	111
18.3 İndirim Kararının Hukuki Niteliği ve Hükmü	112
18.4 Yargılama Giderleri	113
19. Ceza Koşulunun İndirilmesinde Tarafların Tacir Olması Durumu	114
19.1 Genel Olarak	114
19.2 Tarafların Tacir Olduğu Hallerde Ceza Koşulunun İndirilmesinin Talep Edilememesinin Koşulları	115
19.3 Tarafların Tacir Olduğu Hallerde Ceza Koşulunu Talep Edebilecekleri İstisnai Durumlar	118
SONUÇ	120
KAYNAKÇA.....	131



KISALTMALAR LİSTESİ

AD	: Adalet Dergisi
AHFY	: Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları
Art.	: Artikel (Madde)
Auf.	: Auflage
AÜEHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanun'u)
BGE/BGer	: Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Yargıtayı)
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar (Basler Şerhi)
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
DAAD	: Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E	: Esas
Ed.	: Editör
E. T.	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HandK	: Handkommentar (Özel Şerh)
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HRSG	: Herausgeber (Editör)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu

İMİK	: İsviçre Medeni Kanun'u
K.	: Karar
KurzK.	: Kurz Kommentar (Kısa Şerh)
m.	: Madde
M.S	: Milattan Sonra
MüncK	: Münchener Kommentar (München Şerhi)
Nr.	: Numara
OR	: Das Schweizerische Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Boçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Verl.	: Verlag
Yarg	: Yargıtay
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZFA	: Zeitschrift für Arbeitsrecht (İş Hukuku Dergisi)
ZK	: Zürcher Kommentar (Zürich Şerhi)

1.GİRİŞ

1.1 Konuya Genel Bir Bakış

Bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 112 maddesinde genel bir düzenleme mevcuttur. İlgili genel hüküm uyarınca borçlu, borcunu hiç veya gereğigibi ifa etmediği hallerde alacaklının zarara uğraması ve bu zararın alacaklı tarafından ispat edilmesi şartıyla borçlu zararı tazmin etmekle mükellef olacaktır. Bu zorlukla karşılaşmak istemeyen alacaklı zararı ispat yaptırımına bağlı olmayan bir sözleşme ile borçluya kabul ettirebilirse, kendisini daha güvende hisseder. Ceza koşulunun tarihi Antik Roma'ya ve Doğu Roma İmparatoru tarafından M.S 6. yüzyılda meydana getirilen Corpus İuris Civilis'e dayanmaktadır. Corpus İuris Civiliste ceza anlamına gelen *poenae* kelimesi kullanılmış² ayrıca vatandaşların yapacakları sözleşmelere, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı tazmin edecek şekilde kurallar koyulmasına imkân tanımıştır³.

Ceza koşulu, 6098 sayılı TBK'nin 179'uncu ile 182'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ceza koşulu kararlaştırılan bir borç ilişkisinde, TBK 179/1 uyarınca borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği zaman alacaklının zarara uğrayıp uğramadığı bakılmaksızın ceza koşulu talep edilebilecektir. Aynı zamanda alacaklı zarara uğradıysa da bu zararın alacaklı tarafından ispat edilmesine gerek olmayacaktır. Bu nedenle ceza koşulunun ispat kolaylığı sağlayarak alacaklının alacağına kavuşmasına hizmet etmektedir. Ceza koşulu, asıl borç ediminin var olduğu sözleşmeye ceza koşulu kaydı

¹ Türk Borçlar Kanunu Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

² Sevgi Kaynak, "Roma Hukuku'nda Cezai Şart" (2006)64(19,) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 238-241.

³ Köksal Kocaağa *Ceza Koşulu* (2. Edn., Yetkin Yayınları, 2018) (*Ceza Koşulu*) 42.

eklenerek ya da ayrı bir ceza koşulu sözleşmesi yapılarak düzenlenebilmektedir. Ceza koşulunun amaçları ise borçlu üzerinde manevi bir baskı yaratarak borçluyu ifaya zorlamak, borçlunun sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde ceza koşulunun önceden götürü olarak kararlaştırılması sayesinde alacaklının alacağını güvence altına almak ve borçlu açısından ifayı engelleyen ceza koşulunun kararlaştırıldığı hallerde sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırmaktır.

Seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşu ve ifayı engelleyen ceza koşulu olmak üzere ceza koşulunun üç türü bulunmaktadır. Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunda amaç ifa baskısı ile asıl borcun ifa edilmesi⁴ ve borcun güvence altına alınmasıyken ifayı engelleyen ceza koşulunda ise borçlu ifa yerine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönebilecektir.

TBK 182/III uyarınca ceza koşulunun aşırı olduğu hallerde hâkim tarafından re'sen indirilebilecektir. Bu bir emredici hüküm olup tarafların aksini kararlaştırması mümkün değildir.

1.2 Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamızın birinci bölümünde ceza koşulu hakkında genel açıklamalar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde verilecek olup ceza koşulunun tanımı yapılacaktır. Devamında ceza koşulunun hukuki niteliği üzerinde durulacak olup, doktrindeki görüşler detaylı şekilde incelenecektir. Ceza koşulunun amacı ve işlevleri de bu kapsamda açıklanacak olup unsurları ele alınacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ceza koşulunun özellikleri ve türleri açıklanacak diğer benzer kurumlar arasındaki farklar irdelenecektir. Son bölümde ise ceza koşulunun muaccel olabilmesi için gerekli şartlar belirtilecek ve ifayı aşan ceza koşulunun tazmini ve ceza koşulunun

⁴ Hüseyin Ekinci *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama* (3. Edn, Seçkin Yayıncılık 2015) 20; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu and Atillâ Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (7. edn, Filiz Kitabevi, 1993) 470.

indirilmesi için aranan şartlar, kullanılan ölçütler ve tacirlerin durumu ayrıca anlatılacaktır. Çalışmada ele alınan konularla ilgili Yargıtay içtihatlarına da yer verilerek, özellikle Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Çalışma sırasında varılan kanaatler, topluca sonuç kısmında yer almaktadır



I.BÖLÜM

CEZA KOŞULU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

2.Ceza Koşulu Kavramı

2.1.Genel Olarak

Ceza koşulu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Genel Hükümler" adlı başlığının birinci kısmında ve "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlıklı dördüncü bölümün üçüncü ayırımında bağlanma parası ve cayma parasıyla birlikte 179. ve 182. maddeleri arasında yer almaktadır.⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise benzer bir düzenleme ile dördüncü bölümün üçüncü ayırımında 160 ile 163. maddeler arasında düzenlenmiştir.⁶ Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020) da ceza koşulu, genel hükümlerin en sonunda altıncı bölümde "Borç İlişkisinde Özel Durumlar" başlığının dördüncü ayırımında 218 ile 220. maddeler arasında düzenlenmiştir⁷. Koşul kelime anlamı olarak Türk Dil Kurumu uyarınca "şart" aynı zamanda "bir antlaşmada belirlenen hükümlerden her biri" olarak tanımlanmaktadır⁸.

⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da ceza koşulu "Umumi Hükümler" başlıklı birinci kısmının "Borçların Nevileri" başlıklı dördüncü bölümün "Pey Akçesi", Zamanı Rücu, Ücret Tevfiki ve Cezai Şart" başlıklı bölümün ayırımında düzenlenmiş olup 4 madde halinde 158 ile 161 maddeler arasında yer almıştır.

⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinde Toptan Bir Değişiklik 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 ayırımında, 218'inci ve 220'nci maddeler arasında, toplamda üç maddede düzenlenmiştir.

⁷ Ali Haydar Yağcıoğlu *Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020) Hükümlerine İlişkin Açıklamalar* (Adalet Yayınevi 2021) 103 Ceza koşuluna ilişkin bu değişikliğe eleştiri için ayrıca bkz. Heinrich Honsell "Kritische Bemerkungen zum OR 2020" (SJZ 109/2013) 458. Alman Medeni Kanun'u (BGB) ceza koşulunu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin genel kısımda 339 ile 345. maddeler arasında düzenlemiştir.

⁸ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi: 13.02.2022.

Türk Borçlar Kanunu'nda ceza koşuluna ilişkin hükümlerin bir kısmı tarafların serbest iradelerine bırakılmış olup düzenleyici nitelikte iken TBK 181/I, 182/II ve 182/III kanun koyucu tarafından emredici şekilde düzenlenmiştir⁹.

2.2 Ceza Koşulunun Tanımı

Kıta Avrupası Hukuk sisteminin benimsediği Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu¹⁰ ve Alman Medeni Kanunu'nda¹¹ da ceza koşuluna ayrıca bir tanım verilmemiş olup yalnızca ceza koşulunun hüküm ve hukuki sonuçları düzenlenmiştir¹². Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1905 tarihli tasarısının 1185'inci maddesinde bir tanım öngörülmüşse de söz konusu tanım kanunlaşmamıştır. Bu tasarı hükmüne göre: “*Ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçluyu, alacaklıya ceza ya da tazminat olarak belirli bir edimde bulunmaya zorlayan anlaşma*”¹³ olarak ifade edilmiştir. Ceza koşulunun bir ceza ya da tazminat olarak nitelendirilmesinin uygun görülmemesi ve ayrıca eksiksiz bir tanım getirmenin olanaklı olmadığı düşünülmesi sebebiyle bu tanım kanunlaşan metinde yer almamıştır¹⁴. Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁵ da sözleşme cezası kavramına hukuki düzenlemeler içinde yer verilmiş ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Aynı şekilde Türk Medeni Kanunu'nda¹⁶ da ceza şartı kavramı hukuki düzenlemeler içinde kullanılmış ve TBK ve

⁹ Ekinci (n 4) 45.

¹⁰ <https://zgbor.ch/> Erişim Tarihi 13.02.2022

¹¹ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> Erişim Tarihi 13.02.2022

¹² Öte yandan Kıta Avrupası Hukuk sistemini benimseyen Rus Medeni Kanun'u' nun 330 ile 333 maddeleri arasında düzenlenen ceza koşulu “borcun ifa edilmemesi veya kötü ifası halinde borçlunun alacaklıya ödemekle yükümlü olduğu kanun veya sözleşme ile belirlenen parasal miktar” olarak tanımlanmıştır. https://www.trans-lex.org/600800/_russian-civil-code/ Erişim Tarihi: 13.02.2022.

¹³ Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, (Schulthess Verlag, 2012) 1250; 5 Oser ve Willhelm Schönenberger, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V., Obligationenrecht, Erster Halbbd Artikel 1-183* (2. Aufl., Schuktheß Co1929). Art. 160-163.

¹⁴ Oser and Schönenberger *Kommentar* (n 13), N. 1 Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, (6. Edn, Sermet Matbaası,1976,) (Borçlar Hukuku) 397-398.

¹⁵ Türk Ticaret Kanunu Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

¹⁶ Türk Medeni Kanunu Kanunun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607.

TTK’de olduğu gibi herhangi bir tanım kanun koyucu tarafından ayrıca belirtilmemiştir. Kanunlarda ayrıca bir tanımın bulunmaması sebebiyle doktrinde ceza koşulunun tanımı açısından farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüş¹⁷ ceza koşulunu “*borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt etmesi ve ceza koşulu sözleşmesi*” olarak nitelendirirken diğer bir görüş¹⁸ uyarınca “*borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı tarafların üzerinde anlaştıkları, asıl borçtan ayrı edim*” olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte ceza koşulunu asıl borca bağlantılı “yan borç” kabul eden görüşler de mevcuttur¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nun da ise 179. ile 182 maddeleri arasında ceza koşulu kavramı ceza koşulu sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ise de 182’nci maddenin üçüncü fıkrasında ceza koşulu edimi ifade edilmiştir.

¹⁷ Necip Bilge, *Cezai Şart, Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan* (Güzel İstanbul Matbaası, 1957) 39; Hüseyin Avni Göktürk, *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri*, (Ulus Basımevi, 1951) (Borçlar Hukuku) , 594; Taylan Erbay, “Öncelikli Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu”, 1978, 1(1)Yasa Hukuk Dergisi,47-,48; Kemaleddin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri* (4. Edn, Fakülteler Matbaası, 1967) 360; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu and Rafet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Yargıtay Yayınları, 1987) 333; Kemal Oğuzman and Turgut Öz *Borçlar Hukuku Cilt 2* (16. edn, Filiz Kitapevi, 2021) 532, Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz and Murat Develioğlu *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. edn, Filiz Kitapevi, 2020) 426; Haluk Nami Nomer *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. edn, Beta Basım Yayın 2021) 364; “*Ceza koşulu, borçlunun, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edimde bulunmayı alacaklıya üstlenmesidir.*” Ali Naim İnan and Özge Yücel *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. edn, Seçkin Yayınevi, 2014) 566.

¹⁸ “*Cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali derece haiz bir edimdir.*” Tunçomağ, *Borçlar Hukuku* (n 14)853-854; Fikret Eren *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. edn, Yetkin Yayıncılık, 2021)122; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, “*Borçlar Hukuku*”, (18. edn, Beta Yayınları, 2012) 163; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (23. edn, Beta Yayıncılık, 2012), 455; Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (2. edn, Yetkin Yayıncılık, 2015) 635-636(Şerh). Erol Cansel and Çağlar Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, (Ceza Koşulu) (2013), 8 (Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi,713-714.

¹⁹ Fahiman Tekil, *Borçlar Hukuku*, (Yelken Yayıncılık, 1981), 236.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu²⁰ ceza koşulu ile ilgili bir kararında ceza koşulunu, *geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuk işlemi ile belli edilen götürü bir edim* olarak ifade etmiştir.

Kanaatimizce yukarıdaki tanımlar göz önüne alındığında ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı hukuken geçerli bir borcu hiç, eksik ya da taraflarca belirlenen yerde veya zamanda ifa etmemesi durumunda ödemeyi taahhüt ettiği ve maddi değeri olan sözleşmeden ayrı bir edim olmaktadır.

2.3 Terminoloji

Ceza koşulu kavramı açısından gerek Türk Hukuku'nda gerekse Alman ve İsviçre Hukukunda benzer terimlerle ifade edilmiştir. Öncelikle 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ceza koşulu kavramı “cezai şart” ifadesiyle geçmektedir. 6098 sayılı TBK ile “cezai şart” terimi ceza koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin 83/2 maddesinde “ceza şartı” kavramı kullanırken yürürlükte olan 4721 sayılı TMK 119/II fıkrasında ise “cezai şart-ceza şartı” kavramı tercih edilmiştir. Aynı şekilde 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda “cezai şart”, kavramı kullanılmış olsa da 6102 sayılı TTK'de ise “sözleşme cezası” ifadesi yer almaktadır.²¹

²⁰ YHGK E. 2014/19-524 K.2016/192 T.26.02.2016; Yargıtay'ın diğer kararları için ayrıca bkz.: “Ceza koşulunu, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken edim”. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E.2017/15056, K.2017/17040 T.05.12.2017; Yargıtay bir başka kararında ceza koşulunun, “sözleşmede kararlaştırılan ve sözleşme koşullarını ihlal eden tarafın karşı tarafa ödemeyi yükümlendiği, asıl edim borcunun fer'i niteliğinde olan bir edim borcu olarak tanımlamıştır.” Yarg.11. HD., E.: 2016/1646, K.: 2017/4085 T. 06.07.2017. Adı geçen bütün kararlar için: www.kazanci.com (Erişim tarihi: 13.02.2022).

²¹ Ebubekir Uslu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Ceza Koşulu*, (Seçkin Yayıncılık, 2019) 1; Hilal Gülseven, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi* (Seçkin Yayıncılık 2016) 1.

Yukarıda açıklanan kanunlarda kavram birliği bulunmamakla beraber benzer durum doktrin için de geçerlidir. Doktrinde “ceza şartı”²² “akdi ceza”²³, “mukavele cezası”²⁴ ve “sözleşme cezası- sözleşmesel ceza”²⁵ “cezai akit kaydı”²⁶ “cezai şart tazminatı”²⁷ ve “ceza koşulu”²⁸ kullanılan kavramlar arasındadır.

Yargıtay²⁹ kararlarında ise kavram birliği olmamakla birlikte “cezai şart” ve “ceza koşulu” kavramları bir arada kullanılmıştır. Her ne kadar 6098 sayılı TBK ile ceza koşulu kavramı tercih edilmiş olsa da Yargıtay mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer alan cezai şart kavramını da kararlarında kullanmaya devam etmektedir.

“Sözleşme cezası” “akdi ceza” “cezai akit kaydı” ve “sözleşmesel ceza” kavramlarından ceza koşulunun yalnızca sözleşme yoluyla belirlenebileceği anlamı çıkmaktadır. Her ne kadar ceza koşulu ile sözleşmelerde karşılığın da sözleşme dışı hukuki yollarla da ortaya çıkması muhtemeldir³⁰.

Alman Medeni Kanunu’nda ise kavram birliği sağlanmış olup ilgili kanunun 339. ile 345.maddeleri arasında “Vertragsstrafe (sözleşme cezası)” ifadesi kullanılmıştır.

²² Halil Arslanlı, *Ticari Bey* (4.edn, Fakülteler Matbaası, 1955) 454-456.

²³ Andreas von Tuhr *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2*, Cevat Edege (çev), (2. edn, Olgaç Matbaası, 1983) 763.; Nomer (n 17) 434.

²⁴ Osman Fazıl Berki “Pey Akçesi Rucü Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler” (1943) Y.XVII(5) İstanbul Barosu Mecmuası,763 ff.

²⁵ Ödenecek cezayı sözleşme cezası olarak ifade eden görüş için Oğuzman and Öz (n 17) 518; Tercier Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 1366.

²⁶ H. Ferit Saymen and Halid K. Elbir *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, (Filiz Kitapevi, 1966) (*Borçlar Hukuku*) 833.

²⁷ Müjdat Şakar “İş Sözleşmesinde Cezai Şart Tazminatı”(2010) 18(207) Yaklaşım Dergisi 169(172).

²⁸ Eren (n18) 1205; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. edn, Adalet Yayınevi, 2020) 80; Cansel and Özel (n18) 713.

²⁹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 03.03.2020 T., 2020/188 E., 2020/4019 K., “...*Türk Borçlar Kanunu'nun 420/I. maddesine göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersiz sayılmıştır. İşçi işveren arasındaki belirli süreli ya da belirsiz süreli nitelikteki sözleşmelerde cezai şart içeren hükümler, yerleşik içtihatlar ile karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerli kabul edilmektedir...*”; (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 13.02.2022)

³⁰ Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n14) 4; Eren (n18), 1206.

Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında sonra Türk Borçlar Kanunu'na uygun olması ve kavram bütünlüğü sağlaması amacıyla “ceza koşulu” kavramı kullanılacaktır.

3. Ceza Koşulunun Hukuki Niteliği

3.1 Genel Olarak

Ceza koşulu borç ilişkisinde tek tarafa borç yükleyen bir edim olmakta ayrıca hâkim görüşü³¹ uyarınca geciktirici şarta bağlı bir edim borcudur. Sözü edilen geciktirici şart; borçlunun borcunu tam veya gereği gibi ifa etmediği hallerde ileriye yönelik olarak sonuç doğurması durumudur. Ceza koşulunu kaynağı hukuken geçerli ve mevcut bir borç ilişkisine dayanmaktadır³². Dolayısıyla asıl borcun hukuken geçerli olmayan bir işlemle kurulmuş ya da borçlunun borcunu ifa etmesi, alacaklının ibra etmesi gibi işlemlerle ortadan kalkmış olması durumlarında asıl borç sona ereceğinden, fer'i nitelikteki ceza koşulu da ortadan kalkacaktır. Ayrıca sözleşme hükümlerine uygun şekilde edim yerine getirildiği durumlarda da ceza koşulu varlık ve uygulanma yönünden anlam taşımayacağı için bu koşul kesin bir borç olmayıp, muhtemel bir yükümlülük olmaktadır³³. Ceza koşulunun kaynağı olan borç ilişkisi, sözleşme, sebepsiz zenginleşme, hukuki işlem ve haksız fiilden kaynaklanabilmektedir. Yalnızca borcun geçerli olması ve ceza koşulu kararlaştırıldığı zamanda borcun henüz ifa edilmemiş olması yeterli olmaktadır. Fakat TBK 182/II'de belirtildiği üzere hukuka ya da ahlaka aykırı bir edimi güçlendirmek amacıyla kararlaştırılan ceza koşulu geçerli

³¹ Eren (n 18) 1183; Oğuzman and Öz (n 17) 519; Ceza koşulu, bozucu koşula bağlı edim borcudur görüşü için ayrıca Bkz., Cansel and Özel, (n18) 716; “Cezai şartın” şart değil, şarta bağlı bir borç olduğunu belirten görüş için. Bkz., Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 14) 4.

³² Eren (n 18) 1182; Oğuzman and Öz (n 17) 519; Ekinci (n 4) 45.

³³ Efrail Aydemir *Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu* (Seçkin Yayıncılık, 2013) 155.

olmamaktadır. Örneğin ilgili Kanun'un 420. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere hizmet sözleşmelerine yalnızca işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersiz sayılmaktadır. Kanun koyucu işçiyi koruma amacıyla emredici bir hükümle sadece işçi aleyhine getirilecek ceza koşulunu yasaklamıştır. Buna karşılık önemle vurgulanmalıdır ki ceza koşulunun geçersiz olması asıl borcun geçerliliğini etkilememektedir³⁴.

Ceza koşulu TBK 179 ile 182 arasında özel hükümler ile düzenlenmesi sebebiyle her ne kadar ödeme borcu bir tür geciktirici şarta bağlı borç olsa da ilgili Kanun'un şarta bağlı borca ilişkin düzenlemelerin yer aldığı madde 170 ile 176 arasındaki hükümlerden önce sözü edilen özel hükümlere tabi olmaktadır³⁵. Ceza koşulunun hukuki niteliği öğretide tartışmalı olup birden fazla görüş ileri sürülmektedir.

3.2 Ceza Koşulunun Ceza Niteliği Taşındığı Görüşü

Ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığı görüşünü³⁶ savunanlar uyarınca, borçlu edimi hiç ifa etmediği eksik ifa ettiği veya gereği gibi ifa etmediği takdirde, alacaklıyla beraber önceden kararlaştırdıkları cezayı ödemeye katlanacağı için, cezanın borçlu üzerinde oluşan psikolojik baskının etkisi ile, borçlu borcunu tam ve gereği gibi ifa etmek için çabalayacaktır. Ceza hukukundaki “cezanın önleyici etkisi”³⁷ caydırıcılık unsuru olarak ceza koşuluna uyarlanmıştır.

³⁴ Heinrich Honsell “Kurzkommentar Obligationenrecht” (Basel, 2014) 32.

³⁵ Ceza koşuluna ilişkin hükümlerde boşluk bulunması ve niteliğine uygun düşmesi halinde, koşula bağlı borçlara ilişkin hükümler uygulanabilir. Detaylı bilgi için ayrıca Bkz., Oğuzman and Öz (n17), 519-520; Ekinci (n 6) 45-46; Cansel and Özel (n 18) 716.

³⁶ Göktürk *Borçlar Hukuku* (n 17) 398. Ekinci (n 4) 47.

³⁷ İki çeşit caydırıcılık diğer bir ifadeyle önleme bulunmaktadır. Bunlar, genel önleme ve özel önleme. Genel önlemede, işlenecek suçun karşılığında kanunda bir cezanın yer alması ve insanların, suç işleyenlerin cezalandırılmasını gözlemleyerek, korkup suç işlemekten caymaları ayrıca toplumdaki diğer kişilerinden suç işlemekten vazgeçmeleri söz konusudur. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* (4.Auflage, Karlsruhe 1971,) 61; Nur Centel, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*: Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001) s.338; Mehmet Emin Arturk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin and Kerim Çakır *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. edn, Adalet Yayınevi, 2021) 761. Özel önleme de ise amaç cezanın varlığı ile karşılaşan suçlunun korkup tekrar suç işlemesini önlemek suçlu

Öğretide ceza koşulunun ceza niteliği taşıdığıının savulmasının bir başka sebebi ise Türk Borçlar Kanunu'nun 180 maddesinde yer alan “*alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifasının gerekir.*” ifadesidir. Bir başka ifadeyle ceza koşulunun talep edilmesinde zararın meydana gelmiş olması şart değildir³⁸. Dolayısıyla sözleşmenin taahhüt edildiği şekilde gerçekleşmemesi sebebiyle alacaklının hiçbir zararı doğmamış olsa dahi borçlunun ceza koşulunu ödemek zorunda kalması bir ceza niteliğindedir. Ceza niteliği taşıdığı görüşünü savunanlara göre ceza koşulu, bir kamu cezasının aksine bir tür özel hukuk cezası niteliğinde olmaktadır³⁹.

3.3 Ceza Koşulunun Sigorta Niteliği Taşıdığı Görüşü

TTK 1401'e göre “*sigorta sözleşmesi sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme.*” olarak ifade edilmiştir. Bir sigorta sözleşmesinde sigorta şirketi yani sigortacı⁴⁰ rizikonun⁴¹ gerçekleşmesi üzerine sözleşmenin karşı tarafı olan sigorta ettirene bir para ödeme borcu ödemeyi taahhüt eder⁴². Bununla

toplum içinden belli süreyle uzaklaşacağı için toplum koruma altına almak ve suçluyu ıslah ederek tekrar topluma kazandırabilmektir. Arturk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n36) 768.

³⁸ Saymen and Elbir (*Borçlar Hukuku*) (n26) 829.

³⁹ Salter Uçar *Hukukta Cezai Şart Ve Uygulaması* ; (Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993) 14 ; Hüseyin Avni Göktürk, “Cezai Şart Müessesesi” (1938) 4(1-113) İzmir Barosu Dergisi (Cezai Şart) 398; *Ceza koşulunu kamu cezası olarak kabul etmemekle beraber tarafların ceza koşuluna gerçek ceza niteliği verebileceği görüşü için detaylı bilgi için ayrı bkz.:* Kenan Tunçomağ, “*Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti*”, (1962) , 1(4), BATİDER, , (Hukuki Mahiyeti), 558 565; Kadir Berk Kapancı, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi İle Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. II, (2016), 15(1) Özel Sayı İKÜHFD (Sözleşme Cezası), 680.

⁴⁰ 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu uyarınca sigorta şirketleri anonim şirket ya da kooperatif niteliği taşımak zorundadırlar.

⁴¹ Türk Dil Kurumu uyarınca riziko zarar verme özelliği olan olayların gerçekleşme ihtimalidir. <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi: 15.02.2022

⁴² Mustafa Çeker *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku* (20. edn, Karahan Kitapevi, 2019) 57.

beraber sigorta sözleşmesinde zararın tazmini bakımından kusur şartının aranmaması mücbir sebep ve beklenmedik hal durumlarında dahi sigortacının sorumluluğunun devam etmesi ceza koşulunun sigorta niteliği taşıdığını göstermektedir. Ceza koşulunun sigorta niteliği taşıdığı görüş⁴³ uyarınca, borçlu mücbir sebep veya beklenmedik halden kaynaklı meydana gelen zararları üstlenmiş ve bu zararların meydana gelmesinde kusuru bulunmasa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Dolayısıyla bu görüş⁴⁴ alacaklının menfaatinin üstün tutulduğu alacaklıyı gelecekte yaşanılabileceği öngörülen ve öngörülemeyen bütün zararlara karşı koruyan bir görüş olup borçlunun borcunu ifa edememesinde kusurunun olmadığı hallerde bile borçlunun sorumluluktan kurtulamayacağını belirtir.

Fakat sorumluluk hukuku açısından kusur, sorumluluğun doğması ve tazminatın kapsamının belirlenmesinde önemli bir role sahiptir. Bu yönüyle kusur, sorumluluğu sınırlandırmaktadır⁴⁵. Ayrıca ceza koşulunu sigorta sözleşmesinden ayıran en temel fark sigorta sözleşmesinde sigorta bedeli⁴⁶ sigorta değerini⁴⁷ geçemezken, ceza koşulunda gerçekleşecek zarardan daha yüksek bir meblağ belirlenebilmektedir⁴⁸.

⁴³ Ekinci (n 4) 48.

⁴⁴ Ceza koşulunun sigorta işlevinin bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Hüseyin Can Aksoy, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 999- 1013.

Karşıt görüş için bkz. Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (Baha Matbaası, 1963) (Cezai Şart) 26.

⁴⁵ Nuri Kahveci “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları” (2002) 2(3), DAAD, 131-142, 131.

⁴⁶ Sigorta bedeli, taraflarca kararlaştırılan ve sigorta poliçesinde belirtilen durumların yani rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının sigortalıya ödeyeceği azami miktardır. Sigorta bedeli sigortalıya ödenecek tazminatın üst sınırını göstermektedir. Çeker (n 42) 66 Emine Yazıcıoğlu and Zehra Şeker Öğüz *Sigorta Hukuku* (2.edn, Filiz Kitapevi Basım Yayın Dağıtım, 2019) 161.

⁴⁷ TTK 1460 uyarınca “sigorta değeri sigorta olunan menfaatin tam değeridir.”

⁴⁸ Ekinci (n4) 45; Esat Arsebük *Borçlar Hukuku C1-2* (3. edn, Güney Matbaacılık, 1950) 988. (*Borçlar Hukuku*)

3.4 Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşdığı Görüşü

Doktrindeki bir başka görüş⁴⁹ ise ceza koşulunun götürü tazminat niteliği taşıdığıdır. Bu görüşün önemli dayanağı ceza koşulunun başlangıçta zarar miktarı belirlenebilir değil iken götürü olarak kararlaştırılmasıdır. Bir diğer ifadeyle borçlunun borca aykırı davranışında doğabilecek zarar yani alacaklıya ödenmesi zorunlu olan miktar; tarafların serbest iradeleriyle önceden götürü olarak belirlenmesidir⁵⁰. Borçlunun borcunu hiç eksik veya gereği gibi ifa etmediğinde karşılaşılabilecek sonucu önceden bir başka anlatımla ceza koşulu miktarını önceden bilmesi, dolayısıyla bu durumda borçluyu ifaya zorlayacağı savunulmaktadır⁵¹. Bu görüş uyarınca, TBK 179/I'de düzenlenen seçimlik ceza koşulunda, ceza koşulunun ifa ile elde edilecek menfaate denk tutulduğunun açıkça belirtilmesi ayrıca zarar miktarının önceden kesin olarak tespit edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ceza koşulunun önceden götürü bir miktar olmasının mantıklı olduğu ceza koşulunun hukuki niteliğinin götürü bir tazminat olduğu vurgulanmıştır⁵². Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*” ifadesi yer almış olup ifaya eklenen ceza koşulları düzenlenmiştir. Bu hususta da ceza koşulunun zaman veya yer

⁴⁹ Tunçomağ, (n11) (*Borçlar Hukuku*) 861.; Tunçomağ, *Hukuki Mahiyeti* (n 39) 567; Tunçomağ (*Cezai Şart*) (n 44) 23; Elce Tutar, “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi Ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, (2017) 12(125) *Terazi Hukuk Dergisi*, 29-41, (*Fark*) Elce Tutar, *Dönme Cezası*, (Turhan Kitapevi, 2016) 33 (*Dönme cezası*); Ceza koşulunun maktu tazminat olduğu görüşü için ayrıca bakınız: Akıntürk ve Karaman (n 18) 163; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 342; Ceza koşulunun bir nevi tazminat olduğu görüşünün detayları için bkz.; Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutcu, Murat Aydoğdu and Emre Cumalıoğlu *Borçlar Hukuku*, (2. edn, Fakülte Kitabevi, 2013) 387 .

⁵⁰ Tunçomağ *Hukuki Mahiyeti* (n 39) 23; Cansel ve Özel (n 18) 720, Göktürk *Cezai Şart* (n 39) 399; Tazminattan bağımsız olarak ceza koşulunun kararlaştırılması ve götürü bir miktar para olması sebebiyle “üstlenilmiş borç” niteliğinde olduğu görüşü için bkz.: Tekil (n 19) 236-237.

⁵¹ Tunçomağ *Hukuki Mahiyeti* (n39) 568; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 30; Ekinci (n 4) 53.

⁵² Tunçomağ *Hukuki Mahiyeti* (n39) 567; Günay *Şerh* (n 18) 37.

bakımından meydana gelecek aykırılıkların karşılığı olarak düzenlenmesi ceza koşulunun götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşüyle bağdaşmaktadır⁵³.

Bu görüşü savunan yazarlara⁵⁴ göre TBK 182/III fıkrasında düzenlenen hâkimin fahiş ceza koşuluna indirim yetkisi ve aynı Kanunun 180/II hükmünde yer alan borçlunun kusurunun ispatı halinde borçlunun cezadan ayrı bir meblağ ödemeye mahkûm edilmesi, her ne kadar ceza koşulunun götürü tazminat niteliği ile bağdaşmasa da bu her kuralda olduğu gibi istisnai bir durumdur.

3.5 Ceza Koşulunun Ceza-Tazminat Karışımı Olduğu Görüşü

Daha çok Alman ve İsviçre Kanunlarında öne çıkan ceza koşulunun ceza-tazminat niteliği taşıdığı görüşüne göre; ceza koşulunun hem tazminat hem de ceza yönü bulunmaktadır⁵⁵. Bu görüşe göre, ceza koşulunda ceza ve tazminat niteliği bir arada bulunabilir fakat bu bir zorunluluk olmamaktadır. Bazı durumlarda ceza koşulunun ceza ya da tazminat yönü daha baskın olabilmektedir⁵⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁵⁷ ve Yargıtay⁵⁸ kararlarına bakıldığında ise ceza koşulunun tazminat ve ceza olmak üzere iki görevi olduğu belirtilmiş ve bunların dengeli olarak korunması gerektiği vurgulanmıştır. Hâkimin ceza koşulunun, tazminat ve ceza özelliklerini göz önüne alarak aşırı bulduğu ceza

⁵³ Tunçomağ *Hukuki Mahiyeti* (n39) 567; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 30 İkinci (n4) 53. Günay *Şerh* (n 16) 38.

⁵⁴ Cansel and Özel (n 18) 721.

⁵⁵ Walter Schoch, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, (Verlag von Stämpfli Ci, 1935)30-31; Bilge (n 15) 83; Cansel and Özel (n 18) 721; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 42) 24. Aksi yöndeki görüş için bkz. “ceza ve tazminatın hukuki işlemde aynı anda bulunamayacağı tazminatın yalnızca karşı tarafın uğradığı zarar miktarı olduğu bunu aşamayacağı” İkinci (n 4) 50.

⁵⁶ Tunçomağ *Hukuki Mahiyeti* (n39) 561. Ceza koşulunda yalnızca tazminat niteliğini kabul etmesinin TBK 180/I maddesi açısından doğru olmayacağı görüşü için bkz.: Saymen and Elbir (*Borçlar Hukuku*) (n 26) 839, Bilge (n 17)83, İnan and Yücel (n 17) 566.

⁵⁷ YHGK E. 2001/9-1175 K. 2001/1166, T. 26.12.2001 www.kazanci.com Erişim tarihi (16.02.2022).

⁵⁸ Yarg. 6. HD E. 2015/5697 K. 201671614 T.03.03.2016. www.kazanci.com Erişim tarihi (16.02.2022).

koşulunda takdir yetkisini kullanabileceğini ifade edilmiştir. Diğer bir anlatımla ceza koşulundaki ceza niteliği borçluyu ifaya zorlarken⁵⁹ alacaklı açısından da zarara uğraması şartı aranmaksızın borçlu ceza koşulunu ödemekle mükellef olacaktır. Aynı zamanda alacaklı borçlunun kusurunu ispat ettiği takdirde ceza koşulunu aşan miktarda bir tazminat isteyebilecek bu durumda da ceza koşulunun tazminat niteliği söz konusu olacaktır.

Yukarıda açıklanan bütün görüşler göz önüne alındığında ceza koşulunun karma bir niteliğe sahip olduğu söylenebilmektedir. Çünkü ceza koşulunun amacı borçluyu taahhüdüne uygun davranmaya teşvik etme, davranmadığı hallerde alacaklıya güvence sağlamaktır. Dolayısıyla TBK 180/II uyarınca borçlunun kusurunun ispatı halinde alacaklının cezadan ayrı bir meblağ talep edebilmesi ceza niteliği, ceza koşulunun zararı aşmayan kısmı açısından bir tazminat niteliği, alacaklının bir zarara uğramasa dahi ceza koşulunu talep edebilmesi açısından da bir güvence niteliği taşımaktadır. Açıklamalar doğrultusunda ceza koşulunun karma niteliğe sahip olduğu söylenebilmektedir⁶⁰.

4.Ceza Koşulunun Amacı

Ceza koşulunun amacı kanunlarımızda açıkça belirtilmemiştir, dolayısıyla doktrin ve Yargıtay kararları tarafından kanunlarda yer alan ceza koşulu hükümleri doğrultusunda ceza koşulunun amaçları ifade edilmiştir. Ceza koşulunun amaçları arasında ifa baskısı yaratma, sözleşmeden dönme, tazminat amacı ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi birden fazla amaç bulunmaktadır⁶¹.Ceza koşulunun amacı borçluyu borca uygun davranmaya yöneltmek ve onu vaadine uygun davranmaya teşvik etmektir. Aynı zamanda

⁵⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 477.

⁶⁰ Uslu (n 21)37; Yasemin Kabaklıoğlu Aslanyürek ,*Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi* (On iki Levha Yayıncılık, 2018) 12.

⁶¹ Eren (n18) 1207; Yağcıoğlu (n 5) 36; Uslu (n 21)29; Kabaklıoğlu (n 61) 5-7.

borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıda bir zarar meydana gelmiş ise alacaklıyı zararı hesaplama külfetinden kurtararak önceden elde edilecek miktarın tespit edilmesini sağlamaktır⁶². Örneğin, eser sözleşmesinin bir alt türü olan bir inşaat sözleşmesinde⁶³ yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan tarihte inşaatı teslim etmezse geciken her gün için yapı sahibine elli bin TL ceza ödeyeceğini kabul etmiş ise, inşaatı önceden bitirmek için çabalayacaktır. Çünkü aksi bir durumda, ceza koşulunu ödemek zorunda kalacak; bu da ağır bir mali külfet olabilecektir⁶⁴. Borçlu açısından vaadine uygun davranma bir teşvik iken, alacaklı açısından da ödenecek bedelin önceden kararlaştırılması bir tazminat fonksiyonudur. Dolayısıyla ceza koşulunun alacaklı açısından iki temel amaca hizmet eder. Bu amaçlardan ilki borçlunun borcunu yerine getirmediği hallerde alacaklının elde edeceği miktarı güvence altına almak ve bu miktarın elde edilmesini kolaylaştırmaktır. Çünkü alacaklının sözleşmede belirlene ceza miktarına kadar olan mevcut zararını ispat etme zorunluluğu bulunmamaktadır. İkinci amaç ise, daha önce de belirtildiği gibi, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak onu ifaya teşvik etmektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesinin birinci fıkrasında da ifade edildiği gibi, borçlu borcunu ifa etmezse alacaklı hiçbir zarara uğramasa bile ceza koşulunu ödemek zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaktır.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi 6098 sayılı TBK'da da ceza koşulunun amacı ceza ve tazminat fonksiyonları kümülatif olarak, bileşik

⁶² Bilge (n 17) 81; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44). 58 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, (24 edn, Turhan Kitapevi, 2020) (*Borçlar Hukuku*) 771-772; Köksal Kocaağa, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (Yetkin Yayınları, 2003) 42; Berki (n 22) 281 vd.; Turgut Önen *Borçlar Hukuku* (5 edn. Yargı Kitapevi, 1999)120; Tahir Kanık, *Cezai Şart* (1950), ,1(8), *Adalet Dergisi*, 1071-1072; Ekinci, (n 4) 47; Oğuzman ve Öz, (n 17). 519; Ayça Yıldırım Akkayan, "Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" (2003) LXI (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (357-414), 375.

⁶³ İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmelerinin bir türüdür. Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak hüküm altına alınmıştır. İnşaat sözleşmesini, yüklenicinin diğer bir ifadeyle müteahhidin bir yapı eserinin inşasını, yapı sahibinin ise bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edilebilir.

⁶⁴ Örnekler için ayrıca bkz. Kılıçoğlu (*Borçlar Hukuku*) (n 62) 801; Uslu (n 21)29.

sistemde⁶⁵ kabul edilmiştir. Bileşik sistemde ceza ve tazminat fonksiyonlarının dengeli bir şekilde olması gerekmektedir. Ceza ve tazminat fonksiyonları her olayda aynı oranda ya da eşit derece olmak zorunda değildir. Ceza koşulunun amacı her somut olayda o olayın özelliklerine göre ayrı ayrı ve tarafların iradelerinin ışığında hâkim tarafından ceza koşulunun indirilmesi hususunda etkili olacaktır⁶⁶.

5. Ceza Koşulunun İşlevleri

5.1 İfaya Zorlama

Ceza koşulunun ifaya zorlama işlevi iki şekilde olabilmektedir. İlk olarak borçlunun vaadine uygun davranması ve borcunu ifa etmek etmesi için psikolojik ve manevi baskı kurarak “korkutma fonksiyonu” olarak ifade edilmektedir⁶⁷. İkincisi ise, alacaklı açısından bir takip kolaylığı sağlamasıdır. Daha önce de ifade edildiği gibi alacaklının ceza koşulu talep edebilmesinde zarara uğramış olması şartı aranmamaktadır. Hatta uygulamada ceza koşulunun meydana gelebilecek zarardan çok daha yüksek bir meblağ olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu durum da borçlu üzerinde bir baskı⁶⁸ yaratmaktadır. Borçluyu ifaya zorlaması sebebiyle borç bir nevi teminata bağlanmaktadır. Dolayısıyla doktrinde ifaya zorlama amacına “teminat

⁶⁵ Bileşik sistemin kabul edildiği Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 14. HD, E. 1977/4307, K.1977/5588 T.08.11.1977; (; Yarg. 14. HD., E., 1999/2536, K. 1999/3371, T. 05.05.1999 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi:16.02.2022).

⁶⁶ Nil Karabağ Bulut,*Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, (On İki Levha Yayıncılık, 2014) 191.

⁶⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 49; Rolf Knütel, “Verfallbereinigung nachtraglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe” (1975), 175 (1-2) Archiv Für Die Civilistische Praxis, 44–76 (54) <http://www.jstor.org/stable/40994779>. (Erişim Tarihi 16.02.2022).

⁶⁸ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44), 49; Julius von Staudinger ve Hubert Kaduk, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse Buch 2. §§ 336- 386* (12. Auflage, Sellier de Gruyter, 1994) 339.

amacı” da denilmektedir⁶⁹. Hatta rehin⁷⁰ ve kefalette olduğu gibi kişisel teminat olarak kabul eden bir görüş de bulunmaktadır⁷¹.

Teminatın “borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından bir borcun, bir eda yükümlülüğünün zamanında ve yerinde ifa edileceğini temini veya ifa edilemediği hallerde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararı karşılayabilmesi adına alacaklıya verilen güvence”⁷² tanımı çerçevesinden yola çıkarak ceza koşulunun bir teminat olmadığı anlaşılmaktadır⁷³. Çünkü ceza koşulu yukarıda açıklanan teminat tanımı uyarınca yeterli sağlamlıkta bir araç işlevi görmemektedir⁷⁴. TBK 112 ve devamında borcun ifa edilememesi başlığında, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa edemediği hallerde alacaklının zararını karşılamasına yönelik düzenlemeler de olduğu gibi ceza koşulunda da amaç alacaklıyı borçlu karşısında daha güçlü bir konuma getirmektir. Sözleşmede kararlaştırılan asıl borçla birlikte fer’i nitelikte olan ceza koşulu üstlenmesi sebebiyle, borçlunun borcu genişlerken, alacaklının borçlunun mal varlığına el koyma olanakları aynı oranda genişlememektedir⁷⁵. Dolayısıyla ceza koşulu her ne kadar alacaklının durumu güçlendirse de borçlunun borcunu gereği gibi ifa edeceğine yönelik bir güvence vermemektedir bu husus ceza koşulunun bir teminat işlevi olmadığını göstermektedir⁷⁶. Bununla beraber ceza koşulunun, borçlunun borcu ifa edememesinde alacaklı tarafından talep edileceği göz önüne alındığında, alacaklı açısından bir güven sebebi olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır⁷⁷. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu’nun 180/I hükmünde

⁶⁹ Bilge (n 17) 67; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 33.

⁷⁰ TBK 581 uyarınca *Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*

⁷¹ Bilge (n 17) 67; Ekinci (n 4)95; Akıntürk and Ateş (n 18) 163; ceza koşulunun teknik anlamda bir kişisel teminat olmadığı ama bir ölçüde kişisel teminata benzediği görüşü için bkz: Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n15) 423.

⁷² Erden Kuntalp, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poray’a Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995) 266.

⁷³ Ceza koşulunun ferî niteliği kabul etmekle birlikte bir teminat olmadığı görüşü için, Yıldırım (n 60) 379.

⁷⁴ Yıldırım (n 60) 379.

⁷⁵ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri CI-II* (5. edn, Vedat Kitapçılık, 2010) 690.

⁷⁶ Yıldırım (n 60) 379.; Uslu (n 21) 32.

⁷⁷ Oğuzman and Öz (n 17) 530.

de belirtildiği gibi alacaklı hiçbir zarara uğramasa dahi kararlaştırılan cezanın ifası gerekmektedir. Bir diğer anlatımla borçlu, alacaklı hiçbir zarara uğramasa dahi ceza koşulunu ödemekle yükümlü olacağı için borcunun ifası için gayret gösterecek, alacaklı açısından da asıl borcun kararlaştırılan şekilde ifası güvence altına alınmış olacaktır.

İsviçre Federal mahkemesi de ceza koşulunun asıl amacının borçlu üzerinde psikolojik baskı kurarak onu ifaya zorlama olduğunu ifade etmiştir⁷⁸. Benzer şekilde Yargıtay⁷⁹ da ceza koşulunun borçlu üzerinde baskı kurarak ifaya zorlama işlevini gerçekleştirdiğini kararlarında belirtmiştir.

5.2 Zararın Tazminini Kolaylaştırma İşlevi

Ceza koşulunun bir diğer işlevi de borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde alacaklının tazminat talebini kolaylaştırmasıdır. Doktrinde ceza koşulunun bu işlevi “denkleştirme (Ausgleichungsfunktion)⁸⁰ telafi (Wiedergutmachungsfunktion)⁸¹ ya da tazminat fonksiyonu (Schadenersatzfunktion)⁸²” da denmektedir⁸³. Ceza koşulunun bu husustaki

⁷⁸ Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (BGE) İsviçre Federal Mahkemesi Kararları BGE II 144; Kocağa *Cezai Şart* (n 62)44.

⁷⁹ Yarg. 13 HD, E.2015/17498, K. 2015/17498 T. 26.05.2016; YHGK E. 2013/1108, K. 2014/768, T.15.10.2014, YHGK E. 2017/15-2821K. 2017/1552 T. 06.12.2017 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 16.02.2022).

⁸⁰ Max Keller and Christian Schöbi. *Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, (3. Auflage (edn) Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1988) 92.; Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, (Shaker Verlag, 1994.) 10. Felix R Ehrat and Markus “Widmer Art. 160-163. Heinrich Honsell” in Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Artikel 1-529 OR*, (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015) 160.

⁸¹ Eduard Bötticher, “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle” 1970, 1 (ZFA, 3, 35

⁸² Schoch (n53) 33; von Tuhr ve Escher (n 23) 277.

⁸³ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, (1999) 2(1-2) GÜHFD, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf, E.T.: 16.02.2022). Bu terimlerin ceza koşulunun kararlaştırılması ya da belirlenmiş olmasıyla ancak alacaklının tazminat talep etme hakkına sahip olması gibi bir anlam çıkardığı için eleştiren görüş için bkz. “alacaklı ceza koşulunun kararlaştırılmasıyla zararını tazmin hakkını elde etmediği var olan tazminata kolaylık sağladığı için bu terimlerin kullanılması yerinde olmamaktadır.” Burcu Yağcıoğlu, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)* (Seçkin Yayıncılık, 2019) 42.

işlevi alacaklının zararını ve zararın miktarını ispat etme külfetinden kurtarmaktır⁸⁴.

TBK 112'ye göre borçlu borcunu hiç ve gereği gibi ifa etmediği durumlarda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmekle mükelleftir. Eğer ispat edemez ise alacaklının doğan zararını karşılamak zorunda kalacaktır. Bu zararın karşılanabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının öncelikle zararın varlığını ve miktarını ispatlaması gerekmektedir. Bu durum her zaman kolay olmayabilmektedir. Bu nedenle ispat külfetinden kurtulmak isteyen alacaklı, ceza koşulu sayesinde hem sözleşmenin ihlali ve borca aykırılık halinde ortaya çıkabilecek olan muhtemel zararı güvence altına alabilir hem de doğabilecek olan zararın miktarını önceden götürü olarak belirleyebilir. Önceden götürü olarak belirlemesi sayesinde alacaklı zararın varlığını ve miktarını ispatlamak zorunda kalmayacaktır⁸⁵. TBK 180/I' e göre de alacaklının zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın borçlunun ceza koşulunu ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla borçlu alacaklının zarar uğramadığı ispat ederek ceza koşulunu ödemekten kaçınmamaktadır⁸⁶.

TBK 180/II ve 182/III maddeleri ceza koşulunun tazminat miktarını belirleme işlevini kısmen de olsa engelleyebilmektedir. Bir diğer ifadeyle ilgili Kanun'un 180'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükme göre alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmesi halinde ancak ceza koşulu miktarını aşan zararı da ayrıca borçludan tazmin edebilmektedir. Bir diğer husus ise yine

⁸⁴ Velidedeoğlu and Özdemir (n17) 334.

⁸⁵ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 35; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 48; Oğuzman and Öz(n 17) 550; Ozanoğlu (n 83) 84; Kapancı *Sözleşme Cezası* (n 39) 655; Hüseyin Hatemi and Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (5. edn, Filiz Kitapevi, 2021) 378; Cansel and Özel (n 18) 715; İnan ve Yücel (n 17) 566; Eren (n18) Gülseven (n 21), 291181; Roma hukuku ele alındığında ceza koşulunun en önemli işlevlerinden birinin borca aykırılık halinde alacaklıyı zararı ispat yükünden kurtarmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz :Kayak (n 2) 238.

⁸⁶ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 48; Gülseven (n 21) 29; Tarafların alacaklıya ispat koşulu yüklemeyi sözleşmeyle kararlaştırmanın ceza koşulunun niteliğini kaybetmesine yol açacağı görüşü için bkz. Bilge (n 17) 85; Aksi yöndeki görüş uyarınca taraflar alacaklının zararını ispat etme şartıyla ceza koşulunu talep edebileceğini kararlaştırabilir fakat bu husus alacaklı için sakıncalı bir durumdur. Birsen (n 18) 361.

TBK 182/III uyarınca borçlunun talep edip etmediğine bakılmaksızın hâkim re'sen aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunu indirebilecektir. Bu hüküm dolayısıyla ceza koşulunun zarar tazminini kolaylaştırma işlevinin kısmen kaybolduğu belirtilmektedir⁸⁷.

5.3 Sözleşmeden Dönmeyi Kolaylaştırma İşlevi

Doktrinde bu işlevi savunanların dayanağı TBK 179/III olmaktadır. İlgili hükme göre, borçlu ceza koşulunu ödeyerek, sözleşmeden dönebilir ve asıl borcun ifa yükümlülüğünden de kurtulabilmektedir⁸⁸. TBK 179/III borçlu lehine olup, borçlu açısından sözleşmeden dönmeyi kolay bir hale getirmektedir⁸⁹. Sözleşmeden dönen borçlu yalnızca ceza koşulu ödemekle mükellef olacaktır. Dolayısıyla ödeyeceği tazminat miktarını da önceden bilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁹⁰ da bir kararında her ne kadar ceza koşulunun asıl işlevinin ifaya zorlama olduğunu belirtse de ceza koşulunun sözleşmeden dönme işlevinin olduğunu da ifade etmiştir.

6.Ceza Koşulunun Unsurları

6.1 Asıl Borcun Mevcut Olması Şartı

Ceza koşulunun amaçları başlığında da belirtildiği gibi ifayı güvence altına almak ceza koşulunun amaçlarından biri olmaktadır. Ceza koşulundan söz edilebilmesi için öncelikle geçerli ve mevcut olan asıl borcun bulunması gerekmektedir⁹¹. Ceza koşulunun bağlı bulunduğu asli borç geçerli değil ise ceza koşulu da geçersiz olmaktadır. Asıl borcun geçersizliği, TBK 19' da

⁸⁷ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 38.

⁸⁸ Akıntürk and Karaman (n 18), 163.

⁸⁹ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62), 37.

⁹⁰ YHGK E. 2014/ 13-1013, K. 2016/ 318, T. 16.03.2016 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 16.03.2022.

⁹¹ Veli Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, (Seçkin Yayıncılık, 2006) (Cezai Şart) 24; Yargıtay Kararları açısından: Yarg. 19. HD, E. 2017/3732, K. 2019/4342, T. 12.09.2019 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: (16.03.2022.).

belirtildiği üzere muvazaadan veya TBK 27’de ifade edildiği üzere Kanun’un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya konusu imkânsız olması sebebiyle meydana gelebileceği gibi TMK 9 ve devamında belirtildiği üzere borçlunun fiil ehliyetine, ayırt etme gücüne sahip olmaması ya da TMK 23/II uyarınca kişilik haklarına aykırılık sebebiyle meydana gelebilir. Geçersiz bir asli borçta ceza koşulu öngörülmüş olsa dahi artık ceza koşulu da asli borç gibi geçersiz hale gelecektir⁹². Asıl borcun geçerli olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda halen mevcut olması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle asıl borç ifa edilmemiş olmalı ifa aşamasında veya ifa edilecek olması gerekmektedir⁹³. Geçmişte ifa edilmiş borçlara ilişkin ceza koşulu kararlaştırılmış ise, burada mevcut olan ceza koşulu Türk Borçlar Kanunu açısından gerçek anlamda bir ceza koşulu olmamaktadır. Çünkü ceza koşulunun önleyicilik amacı bu noktada artık mevcut değildir⁹⁴.

Asıl borcun konusunun ne tür bir borç olacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu’nda bir hüküm bulunmamaktadır. Türk hukuku açısından genel ilke olan sözleşme serbestisi gereğince yukarıda belirtilen TBK’nun 27. maddesindeki kısıtlamalar ve TMK 9 ile 23’te belirtilen sınırlamalar haricinde dışında kalan tüm borç ilişkilerine ceza koşulu kaydının konulması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla hukuken geçerli olduğu takdirde olumlu olumsuz her türlü borç için ceza koşulu kaydı konulabilmektedir. Ceza koşulunun bağlandığı asıl borcun ekonomik bir değer taşıması zorunlu değildir. Asıl borcun konusu yapma, yapmama ya da verme borçlarına ilişkin olarak düzenlenebilir⁹⁵. Örneğin TMK 737’te komşu hakkı başlığında düzenlenen “herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve

⁹² Keller and Schöbi (n 78) 92; von Tuhr and Escher (n 23) 278; Tekil (n 19) 237; Reisoğlu (n 18) 455; İnan and Yücel (n 17) 565; Roma Hukuku açısından bkz. Türkan Rado “*Gaius Institutiones, Borçlar Kısmı*”, (Doğan Kardeş Basımevi, 1953) 17, Kaynak (n 83) 252.

⁹³ Uslu (n 21) 46; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 7.

⁹⁴ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 7; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 83.

⁹⁵ Bilge (n 17) 59; Mustafa Reşit Karahasan “*Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti ve Yargıtay Kararları ile İlgili Mevzuat*” (Tümü Yenilenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, Beta Basım Yayın, 2003) 23; Yağcıoğlu (n 5) 114; Ekinci (n 4) 38.

özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.” ifadesi için de ceza koşulu düzenlenebilmektedir. Bir diğer ifadeyle ceza koşulu kanunların yasaklamadığı her türlü yararı güvence altına almak adına düzenlenebilmektedir.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanlarda Yargıtay⁹⁶ para borçlarında gecikme halinde temerrüt faizi olanağının bulunması sebebiyle ceza koşulunun aşırı faiz oranına sebebiyet vermesi endişesiyle ceza koşulunun kararlaştırılmasını kabul etmemekteydi. Fakat 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 105'inci maddesinde para borçlarında da olmak üzere temerrüt faizini aşan zararın tazmin edilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın geçmiş yıllarda vermiş olduğu kararlar ceza koşulunun kanunların izin verdiği her türlü borca bağlanabilir ifadesiyle uyumamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın⁹⁷ son yıllarda vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında bu görüşünü terk ettiği ve para borçlarında da ceza koşulunu kabul ettiği görülmektedir.

Para borçlarında ceza koşulunun yanında temerrüt faizinin istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş⁹⁸ uyarınca para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılabilir fakat böyle bir durumda ayrıca temerrüt faizi istenemez. Taraflar hem ceza koşulu hem de temerrüt faizi istenebileceği kararlaştırmışlar ve ceza koşulu TBK 120'de belirlenen temerrüt faizi sınırını geçiyorsa hâkim TBK 182/ III gereği indirim yapabilir. Bir diğer görüş⁹⁹ ise tarafların ayrı bir sözleşme ile hüküm altına alması

⁹⁶ Yarg. 4HD, E. 1965/ 9146; K. 1965/ 6973, T. 0712. 1965.; Yarg. 4HD, E. 7284, K. 5387, T. 22.12.1947 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 16.03.2022.

⁹⁷ Yarg. 11 HD, E. 2014/ 14092, L. 2015/3458, T. 12.03.2015; YHGK E. 1989/1114, K. 1989/260, T. 12.04.1989(www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 16.03.2022.

⁹⁸ Oğuzman and Öz (n 17) 533; para borcu için ceza koşulunun kararlaştırılması halinde, kararlaştırılan ceza koşulunun temerrüt faizi yerine geçeceğinin kabul edilebileceğini; eğer temerrüt faizinin kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşarsa, alacaklının ceza koşulu yerine temerrüt faizi istemesine bir engel bulunmadığını ifade etmiştir Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 4) 343.

⁹⁹ Oser and Schönenberger *Kommentar* (n 13) 704.

halinde ancak ceza koşulunun yanında temerrüt faizinin istenebileceğine ilişkindir. Doktrindeki bir diğer görüş¹⁰⁰ ve Yargıtay¹⁰¹ kararlarında hem ceza koşulu hem de temerrüt faizinin kararlaştırılıp, alacaklının ikisini de talep edebileceği savunulmaktadır.

Ceza koşulunun asıl borcun tümüne ilişkin olması şart değildir hatta borcun konusunun bir kısmını oluşturan bir edim hakkında dahi ceza koşulu kaydı konulabilir.

TBK'nin ceza koşuluna ilişkin 179'uncu ve devamı maddelerinde her ne kadar "sözleşme" üzerinde durulmuş olsa da asıl borç yalnızca sözleşmeden kaynaklanmak zorunda değildir. Kural olarak her türlü borç için ceza koşulu kararlaştırılabilir. Doktrindeki hâkim görüş¹⁰² uyarınca haksız fiilden doğan tazminat borcu sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu ve nafaka gibi kanuni borçlar için de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Bir diğer anlatımla Borçlar Hukuku sözleşmeleri dışındaki hukuki işlemlerden doğan borçlar içinde de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Örneğin bir dernek tüzüğünde dernek üyelerinin bazı eylem ve işlemleri hakkında kabul edilen ceza koşulları böyledir.

Ceza koşulunun unsurlarından biri de asıl borcun geçerli olması şartıdır. Ceza koşulunun asıl borca bağlı yani fer'i bir borç olması sebebiyle asıl borcun geçerli olmadığı hallerde ceza koşulunun da geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Asıl borcun geçersiz olmaması hallerine örnek olarak kanunda öngörülen geçerlilik şekline aykırılık, hukuka ya da ahlaka aykırılık, kanunda öngörülen emredici kurallara aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık, ehliyetsizlik, irade bozukluğu

¹⁰⁰ Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, (Beta Yayınevi, 2000)90-91; Kapancı, *Sözleşme Cezası* (n 39) 676-677.

¹⁰¹ Yarg. 15 HD, E. 2016/1879, K. 2017/3474, T. 17.0.2017 (www. kazanci.com) Erişim Tarihi: 16.03.2022.

¹⁰² Tunçomağ Cezai Şart (n42) 11; Eren (n 18) 1206; Oğuzman and Öz (n 17) 530; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 343.

verilebilir. Asıl borcun TBK 26 ve 27 uyarınca kesin hükümsüz sayıldığı hallerde, varsa ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Asıl borcu kendiliğinden baştan itibaren kesin hükümsüz¹⁰³ hale getiren bu sebepler, geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkması için mahkeme kararına veyahut hakem kararına ihtiyaç duymamaktadır. Fakat önemle belirtilmelidir ki, eğer ceza koşulu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bir nitelik teşkil ediyor veya imkânsız ise ceza koşulu hükümsüz bir diğer ifadeyle geçersiz olacak fakat bu durum TBK 182/II uyarınca asıl borcu geçersiz hale getirmeyecektir¹⁰⁴. Örneğin bir suç işlemenin, birini yaralamanın, hırsızlık yapmanın ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı bir sözleşmede ceza koşulu geçersiz olacak fakat TBK 182/II sebebiyle bu geçersizlik asıl borca sirayet etmeyecektir.

Asıl borcun geçersiz kılan bir diğer husus imkânsızlık halidir. Asıl borç başlangıçtan itibaren imkânsız ise asıl borca bağlanan fer'i nitelikteki ceza koşulu da geçersiz olacaktır¹⁰⁵. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun ceza koşulunu düzenleyen hükümlerinde ceza koşulunun geçersizlik sebeplerini sadece ahlaka ve kanuna aykırılık olarak sınırlandırılmış imkânsızlık haline değinilmemiştir. Dolayısıyla eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde asıl borcun başlangıçtan itibaren geçersiz olması durumunda ceza koşulunun akıbeti hakkında bir görüş birliği bulunmamaktaydı. Öğretideki bir görüş¹⁰⁶ asıl borcun imkansızlığı durumunda, imkansızlığın ceza koşuluna sirayet etmeceğini ve geçerli olacağını savunurken tam aksi yönde¹⁰⁷ olan görüşlerde mevcuttu. 6098 sayılı yürürlükte olan Türk Borçlar Kanunu'nun ile bu tartışmalara son verilmiştir. TBK 182/II ile asıl borcun geçersizlik sebepleri sınırlandırılmamış ve ceza koşulunun herhangi bir sebeple geçersiz

¹⁰³ Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, (Vedat Yayınları, 2011) 24.

¹⁰⁴ Oğuzman and Öz (n 17) 534; Eren (n 18) 1206.

¹⁰⁵ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62)95-96.

¹⁰⁶ Hugo Oser and Wilhem Schönerberger, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Madde 41-108 (Tbk 41-108)*, (Çev: Recai Seçkin), (2. Edn Yeni Cezaevi Basımevi, 1950, (Borçlar Hukuku) 708.

¹⁰⁷ Velidedeoğlu and Özdemir (n 17) 339; Bilge (n 17) 68.

olmasının ceza koşulunu da etki edeceğini hüküm altına almıştır. Yargıtay'ın da kararları¹⁰⁸ göz önüne alındığında sözleşmenin başlangıçta objektif imkânsız olması sebebiyle ceza koşulunda geçersiz hale geleceği ve istenemeyeceği belirtilmiştir.

TBK 182/II hükmüne göre taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde asıl borç, sonradan ve borçlunun sorumlu olmadığı bir sebepten dolayı imkânsız hale gelmiş ise borç sona erer dolayısıyla ceza koşulu da istenemez. Başka bir ifadeyle taraflar sözleşmeye bir hüküm ekleyerek borçlunun kusuru olmadan asıl borcun imkânsız hale geldiği durumlarda bile ceza koşulunun ödenmesi için anlaşabilirler. Burada her ne kadar yukarıda açıklanan anlamda bir ceza koşulu olmasa da Kanun'un ceza koşuluna ve ceza koşulunun indirilmesine dair hükümleri uygulanır¹⁰⁹. Önemle vurgulanmalıdır ki, ceza koşulu muaccel hale geldikten sonra asıl borç imkansızlaşır ise tarafların arasında ceza koşulunun talebine dair ayrı bir anlaşma olmasa dahi ceza koşulunun ifası istenebilir¹¹⁰. Bunun sebebi asıl borcun ifasından sonra ceza koşulunun bağımsız bir nitelik kazanmasıdır. Fakat taraflar bu durumun aksini her zaman kararlaştırabilirler.

İrade sakatlığı hallerinde de asıl borcun geçersiz hale gelmesi ceza koşulunu da geçersiz hale getirecektir. Fakat yukarıda Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca belirtilen geçersizlik hallerinde kesin hükümsüzlük söz konusu olurken irade sakatlığının bulunduğu durumlarda iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanmaktadır. Yanılma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma gibi irade sakatlığının mevcut olduğu iptal edilebilir asıl borçlar için ceza koşulu kararlaştırılabilir. Fakat iradesi sakatlanan kişi asıl borcu doğuran işlemi iptal ederse bu iptal, ceza koşuluna da sirayet edecektir. Yanılma, aldatma, korkutma veya kendisinden aşırı derecede yararlanma

¹⁰⁸ Yarg 23. HD, 04/07/2018 T., 2015/9854 E., 2018/3937 K; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 21/02/2017 T., 2016/2729 E., 2017/1330 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 22.02.2022.

¹⁰⁹ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 80.

¹¹⁰ Oser nd Schönerberger (*Kommentar*) (n 13) 708; Bilge (n 17) 116; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 96-97.

hallerinde kişi tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirebilir. Sözleşmenin sona ermesi yani iptal olması sebebiyle asıl borç hem de asıl borca bağlanan ceza koşulu geçersiz hale gelir. İptal beyanını kullanan kişi için Türk Borçlar Kanunu'nda süreler ön görülmüştür. TBK 39 uyarınca irade bozukluğunun giderilmesi bölümünde bu süreler şu şekilde ifade edilmiştir. “*Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile ilgili olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır*”

Benzer bir düzenleme aşırı yararlanma hallerini düzenleyen TBK 28'de de belirtilmiştir. İlgili madde uyarınca gabin (aşırı yararlanma) durumunda iptal beyanının zarar gören taraf tarafından, düşüncesizliğini ve deneyimsizliğini öğrendiği ya da zor durumda kalma halinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içinde açıklanması gerekir. Dolayısıyla kişi, iradesini sakatlayan sebebi öğrendikten sonra bir yıl içinde aşırı yararlanma halinde ise öğrendikten ya da zor durumda kalma halinin sona ermesinden itibaren her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içinde iptal beyanını açıklaması gerekmektedir. Bu süre zarfında sözleşmede askıda kalırken sürenin dolmasıyla birlikte asıl borç ve ceza koşulu baştan itibaren geçerli olur¹¹¹.

İptal beyanında bulunma hakkı var olan kişinin bu süreler içerisinde beyanını açıklamaması halinde sürenin dolacağı tarihe kadar sözleşme askıda kalır, süre dolduktan sonra ise sözleşme ve buna bağlı olarak ceza koşulu ilk yapıldığı andan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. İradesi sakatlanan kişi asıl borcu doğuran işlemin sakatlandığı öğrendikten sonra ve iptal beyanının açıklanma süresi dolmadan ceza koşulunu ödeyeceğini

¹¹¹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 84; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 84.

taahhüt ederse iptal beyanını kullanma hakkından örtülü olarak vazgeçtiği anlamına gelmektedir¹¹².

Genel kural, asıl borcu doğuran sözleşmede ya da hukuki ilişkide ceza koşulunun kararlaştırılması olmakla bu bir zorunluluk değildir. Ceza koşulu sözleşmesi asıl sözleşmeden ayrı olarak da yapılabilmektedir¹¹³. Ayrı bir sözleşme ile ceza koşulunun kararlaştırılması borçlu aleyhine olması sebebiyle asıl sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına uygun olarak düzenlenmelidir¹¹⁴. Nitekim asıl sözleşme şekil şartına uygun olarak yapılmadığı hallerde ve şekle aykırılığın ileri sürülmesi TMK 2 uyarınca hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği hallerde asıl sözleşme geçerli sayılacak dolayısıyla asıl sözleşmenin geçerliliği ceza koşulu sözleşmesini de geçerli hale getirecektir¹¹⁵.

Kaynağını Roma Hukuku'ndan alan eksik borçlar dava ya da icra yoluyla takip edilemezken ifa edilebilmektedirler. Eksik borçlara örnek olarak, kumar, bahis evlenme simsarlığından doğan borçlar ile zamanaşımına uğramış borçlar örnek verilebilmektedir. Doğuştan eksik borç olan kumar ve bahis borçlarına konulan ceza koşulunun hukuki durumu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş¹¹⁶ uyarınca kumar ve bahisten doğan borçlar ve bu borca bağlanan ceza koşulu da eksik borç olmaktadır. Bu durumda borçlunun ceza koşulunu ödemediği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda bunun iadesinin istenemeyeceği savunulmaktadır. Benzer durum TBK'nin evlenme simsarlığını açıklayan 524'üncü maddesi için de geçerlidir. Evlenme simsarlığından doğan bir borca ceza koşulu bağlanırsa ve borçlu bu ceza koşulunu ifa ederse, borcun iadesi için sebepsiz

¹¹² Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 84; Kocaağa *Cezai Şart* (n62) 84;Uslu (n 21) 56.

¹¹³ Uslu (n 21) 52.

¹¹⁴ Cansel and Özel (n 18) 721.

¹¹⁵ Kılıçoğlu (n 62) 804; Pınar Altınok Ormancı, "İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 140 III 200 Kararları Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği"(2016), 11(139) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 121- 142.

¹¹⁶ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 101.

zenginleşme hükümlerine başvurulamamaktadır¹¹⁷. Doktrindeki bir diğer görüş¹¹⁸ ise eksik borçlarda kararlaştırılan ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğu yönündedir. Bu durumun bir sonucu olarak ceza koşulunun ifa edilmesi halinde iadesi sebepsiz zenginleşme kapsamında geri istenilebilecektir.

Zamanaşımına uğramış bir borç da eksik bir borç olmakta ve dava edildiği takdirde borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürebilmektedir. TBK 78/II' de açıklandığı üzere zamanaşımına uğramış bir borç ifa edilirse sebepsiz zenginleşme kapsamında iadesi istenememektedir. Zamanaşımına uğramış borç bir eksik borç olmakla birlikte bu borçlar için de ceza koşulu öngürülmüş olabilir¹¹⁹. TBK 160'ta zamanaşımı def'inden feragat düzenlenmiştir. Bu feragat karşılıklı olarak yapılan bir feragat anlaşmasıyla, tek taraflı olarak iradesini açıkça bildirmesi veya bu anlama gelecek bir işlem yapması ile kullanılabilirdiği gibi, açılmış olan davada zamanaşımı def'i ileri sürmemesi veya geri almasıyla da gerçekleşebilmektedir. TBK 160 uyarınca borçlunun zamanaşımı def'ini sürme sürme hakkından önceden feragati geçersiz kabul edildiği için, zamanaşımına uğramış bir borç için ceza koşulu kararlaştırılmış ise ancak borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı ceza koşulu talep edilebilecektir¹²⁰. Bu hüküm doğrultusunda zamanaşımı def'inde bulunma hakkından sonradan feragat edilmesi durumunda, asıl borç takip ve dava edilebilir hale gelir ve artık eksik borçtan söz etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu borca bağlı ceza koşulu da eksik borç niteliğinde olmayacaktır¹²¹.

¹¹⁷ Bilge (n 17) 72; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 101; Uslu (n 21) 57.

¹¹⁸ Günay *Şerh* (n 16) 130; Ekinci (n 4) 37; Velidedeoğlu and Özdemir (n 17) 334.

¹¹⁹ Keller ve Schöbi, (n 78) 92; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, (2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988) 522; Bilge, (n 17) 72; Eren, (n 18) 92, 94, 1207; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 4) 344; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, (n 48) 983; Kanık, (n 62) 1072; Oğuzman and Öz (n16) 521; Akıntürk ve Karaman, (n 18) 164; Karahasan (n 95)1376.

¹²⁰ Oğuzman ve Öz (n 17) 532.

¹²¹ Bilge (n 17) 72; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 344; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 86-87 Oğuzman and Öz (n 17) 520.

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla verilen taahhütler de ceza koşuluyla güvence altına alınabilmektedir¹²². Türk Borçlar Kanunu 285/III gereğince ahlaki bir ödevin ifası bağışlama sayılmamaktadır. Bu durumda ceza koşulu eksik borç niteliğinde olmamaktadır. Bir başka ifadeyle ahlaki yükümlülükten kaynaklanan borçların ifa edileceğine dair taahhütte bulunulması onları eksik borç niteliğinden çıkarmaktadır. Ceza koşulunun asıl borcun kaderine bağlı olması sebebiyle ceza koşulu da tam borç niteliğine sahip olur¹²³. Dolayısıyla ahlaki bir borcu güvenceye alan ceza koşulunun kabulü gerekmektedir¹²⁴.

6.2 Asıl Borçtan Ayrı Bağımsız Ama Fer'i Nitelikte Bir Ceza Koşulu Ediminin Bulunması

Ceza koşulunun konusu olan edim asıl borçtan ayrı ve bağımsız ama asıl borca bağlı olan fer'i nitelikte olması gerekmektedir. Ceza koşuluna konu olan edimin bağımsızlığı asıl borçtan miktar ve içerik bakımından ayrılması yönünde olabilmektedir. Ceza koşulu asıl borçtan ayrı olarak bağımsız bir ekonomik değer taşımaktadır. Bu duruma örnek verilmesi gerekirse, asıl borcun elbise dikilmesi olduğu bir edimde elbisenin zamanında hazır olmaması halinde yine aynı elbisenin verileceğinin ceza koşulu olarak kararlaştırılması halinde burada geçerli ayrı bir edim olmaması sebebiyle bir ceza koşulunun varlığından söz edilemeyecektir. Aynı örnekte ceza koşulunun elbisenin tesliminde gecikilen her gün için bir miktar para ödeneceği ya da iki elbise teslim edeceğini taahhüt altına alması sebebiyle

¹²² Keller ve Schöbi, (n 78) 92; Bucher (n 119) 522; Bilge, (n 15) 71; Eren, (n 18) 92, 94, 1207; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 4) 344; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, (n 48) . 989; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 12; Birsen (n 14) 360; Kanık, (n 62) 1072; Oğuzman ve Öz (n 16) 521; Akıntürk and Karaman, (n 18) 164; Karahasan (n 95)1376.

¹²³ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, C.2, (2. edn, Fakülteler Matbaası, 1977) 392; Birsen (n 16) 360; Bilge (n 17) 71.

¹²⁴ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 344; Oğuzman and Öz (n 17) 532.

asıl borçtan miktar ve nitelik olarak farklı edim şartı yerine getirildiğinden geçerli bir ceza koşulunun varlığından bahsedilebilmektedir. İki elbise teslim edileceği yönündeki ceza koşulunun her ne kadar asli borçla aynı nitelikte olsa da miktar bakımından ayrı olduğu gerekçesiyle ceza koşulu niteliği taşıdığı kabul edilmektedir¹²⁵.

Bazı borçlara aykırılık durumunda kanun belli halleri hüküm altına hali hazırda almış olabilmektedir. Bu gibi durumlarda kanunda yazan koşulların taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılması, bu yasal sonuçları ceza koşulu niteliği sokmamaktadır¹²⁶. Örneğin borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönebileceğinin ya da gecikme tazminatı alabileceğinin ceza koşulu olarak kararlaştırılması hali hazırda Türk Borçlar Kanunu'nun 125/II son cümlede düzenlendiği için bu husus ceza koşulu niteliğinde olmamaktadır. Bu noktada asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir edim de ayrıca bulunmamaktadır¹²⁷.

Bununla beraber TBK'nin 227'nci maddesinde aylı ifa halinde alacaklının seçimlik hakları düzenlenmiş olup bedelde indirim talep etmesinin ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı haller doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş¹²⁸ indirim talebinin ayrı ve bağımsız bir edim olmadığını savunurken diğer görüş¹²⁹ ise burada ayrı bir edimin var olduğunu belirtmektedir. Nitekim

¹²⁵ Uçar (n 39) 15-16.

¹²⁶ Bilge (n 17) 77; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 88.

¹²⁷ Oser and Schönerberger (*Kommentar*) (n13) 700-701; vonTuhr ve Escher, (n 23) 279; Bilge (n 17), 78-79; Feyzioğlu (n 123), 390; Arsebük, (*Borçlar Hukuku*) (n 48), 989-990; Göktürk *Cezai Şart* (n 39) 398; Kanık (n 62) 1073; Tunçomağ, *Cezai Şart*, (44) 13; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, (n 11) 858; Birsen, (n 16) 361; Uçar, (n 39) 15-16; Karahasan, (n 95) s. 1377.

¹²⁸ von Tuhr and Escher (n 23) 279; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 13; bu noktada ceza koşulunun varlığından söz edilemeyeceği kabul ederek, bu tür cezaların ayrı bir edim niteliği taşımadığının dayanak kabul edilmemesi gerektiği belirten ve bu durumlara ceza koşulu hükümlerinin en azından kıyasen uygulanması gerektiğini ifade eden görüş için ayrıca bkz: Oğuzman and Öz (17) 524.

¹²⁹ Bucher (n 119) 523; Hatemi and Gökyayla (n 85); Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 88.

İsviçre Federal Mahkemesi¹³⁰ de satış bedelinde indirim talep edilmesini ceza koşulu olarak kabul etmiştir.

Kanaatimizce satış sözleşmesinde satıcının ayıplı mal teslim etmesi durumunda alıcının bedel indirimi talep edileceğinin ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı hallerde bedelde indirim talebi halihazırda Türk Borçlar Kanunu'nu 227/II fıkrasında düzenlendiği için ceza koşulu niteliğinde olmaması gerekmektedir.

Doktrindeki bir diğer tartışma ise kısmi ifaların temerrüdü halinde ifa edilen kısmın alacaklıda kalacağına ceza koşulu niteliğinde olup olmadığı konusundadır. Doktrindeki baskın görüşe¹³¹ göre asıl borçtan farklı bir edim kararlaştırılmamış olması sebebiyle ceza koşulu niteliğinin var olmadığı yönündendir.

Türk Borçlar Kanunu kısmi ifanın yanması başlığı altına 181/I “*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla sözleşmeden dönme halinde ifa edilmiş kısmın alacaklıda kalacağı öngörüldüğü sözleşmelerde ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu her ne kadar bu durumda yapılan sözleşmeleri tam olarak ceza koşulu olarak kabul etmese de benzerliği sebebiyle ceza koşulu hükümlerine tabi tutmuştur. Bu durumda özel hüküm gereği ceza koşuluna ait kurallar uygulanacaktır¹³². Aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen “*taksitle satışa ilişkin hükümler saklıdır*” cümlesinden de anlaşılacağı üzere taksitle yapılan satışın halinde TBK 181/I hükmü uygulanmayacaktır.

¹³⁰ BGE135III433, Er.3,4, (www.swisslex.ch,E.T.:18.02.2022); bir hakkın kaybının ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceğini kabul eden görüş için bkz.: Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 1366; Yağcıoğlu (n 5) 126.

¹³¹ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 105, Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 13; Oğuzman and Öz (n 17) 524-535; Bilge (n 15) 80.

¹³² Gülseven (n 21) 36, Hatemi and Gökyayla (n 85) 380; Oğuzman and Öz (n 17) 535.

6.3. Ceza Koşulunun Bir Hukuki İşlem ile Kararlaştırılması

Türk Borçlar Kanunu 179/I maddesinde geçen “... *bir ceza kararlaştırılmışsa*” ifadesi, ceza koşulunun mutlaka bir hukuki işlemle kararlaştırılması gerektiğini göstermektedir. Türk Borçlar Kanunu’nda asli borcun ifasını güçlendirmek için kararlaştırılan ceza koşulunun var olabileceği hukuki işlemler herhangi bir hükümlerle kısıtlanmamıştır. Ayrıca ceza koşulunun kararlaştırılması, kararlaştırdıkları takdirde miktarı, ne zaman muaccel olacağı tarafların serbest iradesine bırakılmıştır¹³³. Fakat 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹³⁴, 5941 sayılı Çek Kanunu¹³⁵ ve Türk Ticaret Kanunu gibi bazı kanunlarda yer alan düzenlemelerde borca aykırı davranışın yaptırımı olarak belli bir bedel ödeneceği düzenlenmiştir¹³⁶. Ceza koşulunun unsuru ve geçerli olmasının şartları göz önüne alındığında kanunda yazan bu haller bir ceza koşulu niteliği taşımamakta, kanun tarafından öngörölmüş bir özel hukuk yaptırımı olarak tanımlanabilmektedir¹³⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun 179’uncu maddesinde her ne kadar “kararlaştırma” ifadesi geçse de ceza koşulu yalnızca sözleşmeler gibi iki ya da çok taraflı hukuki bir işlemle belirlenmek zorunda değildir. Tek taraflı bir hukuki işlemle de ceza koşulu kaydı koyulabilmektedir. Uygulamada en çok sözleşme ile kararlaştırıldığı görölmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi asli borç ediminin kararlaştırıldığı sözleşmeye ceza koşulu kaydı koyulabileceği gibi ayrı olarak bir ceza koşulu sözleşmesi yapmak da mümkün olmaktadır. Ceza koşulu kaydı konulması veya ceza koşulu sözleşmesi yapılmasında sözleşme yapma ehliyetine ilişkin hakkında genel

¹³³ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 105.

¹³⁴ Devlet İhale Kanunu, Kanun Numarası 2886, Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG:10.09.1983/ 18161

¹³⁵ Çek Kanunu, Kanun numarası: 5941; Kabul Tarihi 14.12.2009, RG; 20.12.2009/27438.

¹³⁶ Örnek olarak: Devlet İhale Kanunu’nun 54. 55. ve 57. maddelerindeki “teminat” ifadesi, Çek Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan “çek bedeli” ifadesi ve Türk Ticaret Kanunu’nun 1129’un maddesinin ikinci fıkrası “özleşmenin bitiminde gemiyi iadede geciktiği takdirde kiracı, geciktiği sürenin ilk onbeş günü için kira bedeli üzerinden ve sonraki günler için kira bedelinin iki katı üzerinden hesaplanacak bir tazminatı ödemekle yükümlüdür” ifadesi verilebilir.

¹³⁷ B. Yağcıoğlu (n 83); 154.

hükümler uygulanacaktır. Bu genel hükümler uyarınca ceza koşulunun hukuk alanında bir varlık elde edebilmesi için ceza koşulu kaydı veya sözleşmesi, sözleşme yapma ehliyetine sahip kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları neticesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ceza koşulu şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan biri olmaması sebebiyle yetkili temsilci vasıtasıyla da yapılabilmektedir¹³⁸. Ceza koşulunun yer almasında açık özel bir yetki belgesi de talep edilebilir¹³⁹. Ceza koşulunda temsile ilişkin sözü edilen açıklamalar hem alacaklı hem de borçlu için geçerli olmaktadır. Ceza koşulunun konulması alacaklı açısından bir avantaj olsa da yalnızca borçlunun temsilci kullanabilmesi şartlara tabi olmamaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla hem alacaklı hem de borçlunun ayrı ayrı veya aynı anda temsilci kullandıkları durumlarda temsil yetkisinin açıkça verilmiş olması gerekmektedir¹⁴¹.

Ceza koşulu, sıklıkla genel işlem koşulları içeren tip sözleşmelerde¹⁴² yer almaktadır. Tip sözleşmeler, sözleşmeyi hazırlayan ve karşı taraf göre hâkim durumda olan tarafın, henüz karşı taraf daha belli değilken tarafları bağlayacak koşulları ve sözleşme içeriğini önceden ve tek başına hazırladığı ve karşı tarafın kabulüne sunduğu sözleşmedir. Ceza koşulunun bir tip sözleşmede yer alması halinde TBK madde 20 ile 25 arasında hükümler uygulanacaktır. Örneğin TBK madde 21 uyarınca sözleşmeyi düzenleyene göre baskın konumda olmayan karşı tarafın menfaatine aykırı olarak düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında

¹³⁸ Schoch (n 55) 23; Bentele (n 80) 36; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 105.

¹³⁹ Bentele (n 80) 36; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 42) 59; Cevdet İlhan Günay *Cezai Şart* (Turhan Kitapevi, 2002) (Cezai Şart) 91. “*Ceza koşulunun yer alması yetki verenin iradesine uygun olduğu yetki sözleşmesiyle bu durumun uyduğu hallerde ayrıca özel bir yetkilendirme aranmayabilir*” B. Yağcıoğlu (n 83) 156.

¹⁴⁰ Bentele (n 80) 36.

¹⁴¹ Ekinci (n 4) 55; Tunçomağ *Cezai Şart* (n42); 59; Günay *Cezai Şart* (n 139) 92.

¹⁴² Genel İşlem Koşullarına ilişkin düzenlemeler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin, Borç İlişkinin Kaynakları adlı birinci bölümünün Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri adı altındaki birinci ayırımında, 20.-25. maddeleri arasında yer almaktadır. 20. maddenin 1. fıkrasında uyarınca genel işlem koşulları “...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri.” olarak tanımlanmıştır.

açıkça bilgi vermemesi veya karşı tarafa yeterli öğrenme imkânı sağlamaması halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Şayet böyle bir hükme ceza koşulu kaydı konulmuş ise de bu ceza koşuluna da yazılmamış sayılma yaptırımını uygulanacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, yazılmamış sayılma yaptırımını yalnızca ilgili hükmü ve o hüküm için kararlaştırılmış ceza koşulunu kapsayacak, tüm sözleşmeyi etkilemeyecektir.

Ceza koşulunun yer aldığı çok taraflı hukuki işlemlere örnek olarak şirket sözleşmeleri ve dernek tüzükleri sayılabilir. Öncelikle TTK'nin 481 /II hükmü gereğince yönetim kurulu, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, pay sahiplerinden pay bedellerini ilan yoluyla isteyebilecek ve pay bedelleri ödenmediği takdirde şirket esas sözleşmesiyle ceza koşulu getirebileceğini ifade etmiştir. Benzer bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 577'nci maddesinin birinci fıkrasındaki b ve f bentlerinde limited şirketler içinde öngörülmüştür. Dernek tüzüklerinde ceza koşulu niteliğinde para cezaları öngörülmesi mümkündür. Bu para cezalarında doktrinde¹⁴³ “*dernek cezaları*” da denilmektedir. Dernek tüzükleri sözleşmelerde olduğu gibi iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile hazırlanmamaktadır. Dolayısıyla bu noktada dernek cezalarının ceza koşulu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca dernek tüzüklerinin hukuki niteliği “objektif hukuk kuralı getiren bir hukuki işlem” veya “kendine özgü hukuki işlemdir” dolayısıyla dernek cezaları ceza koşulu niteliği taşımamaktadır¹⁴⁴. Bu görüşe sahip olmalarının yanında dernek cezalarına ceza koşulu hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sakınca olmadığı¹⁴⁵ ya da dernek cezalarının aşırı olması halinde ceza koşulunun indirime ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadırlar¹⁴⁶. Doktrindeki

¹⁴³ Schoch (n 55) 92; Eren (n 18) 1206; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 60.

¹⁴⁴ Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar*, (5. EDN, İstanbul Üniversitesi Yayınlar, 1982) 279; Kurt Stöber ve Dirk-Ulrich Otto, *Handbuch zum Vereinsrechts*, (11. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016), 969.

¹⁴⁵ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 60; Herdem Belen, “Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması”, (2001) 1(1) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, 499,514.

¹⁴⁶ Larenz, Karl ve Manfred Wolf. *Des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil*, (9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H. Beck, 2004.)203.

bir diğerk görüş ise dernek cezalarının ceza koşulu niteliğine sahip olduğudur¹⁴⁷. Bu görüşün gerekçesi olarak, dernek sözleşmesinin üye tarafından imzalanarak sözleşmenin bir tarafını oluşturduğunu diğerk tarafın ise dernekte olan diğerk üyeler ve tüzel kişi olduğunu ve dolayısıyla dernek tüzüğünün sözleşme kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişler. Bunun sonucunda da dernek cezaları ceza koşulu niteliğine sahip olması gerektiğini vurgulamışlardır.¹⁴⁸.

Tek taraflı hukuki işlemler ceza koşulunun kararlaştırılabildiği bir başka hukuki işlem türüdür¹⁴⁹. Önemle belirtilmelidir ki ceza koşulunun var olduğu tek taraflı bir hukuki işlemin borç doğurucu bir işlem olması gerekmektedir. Sözleşme kurulurken borç altına girecek olan kişinin serbest ve özgür iradesinin varlığının zorunlu olması sebebiyle tek taraflı bir hukuki işlemle kişi ancak kendisini ceza koşulu borcu altına sokabilir. Üçüncü bir kişiye ceza koşulu borcu ödeme yükümlülüğü getiremez. Türk Borçlar Kanunu'nun 9'uncu maddesinde açıklanan ilan yoluyla ödül verme vaadinde bulunan bir kişi bu vaadine bir ceza koşulu kaydı koyabilir. Böyle bir durumda ödül verme taahhüdü sunan kişi yalnızca kendini tek taraflı hukuki işlemiyle borç ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır¹⁵⁰.

Vasiyetnameler de tek taraflı hukuki işlem olmakla birlikte ölüme bağlı tasarruflar için özel hükümlerin bulunması sebebiyle ceza koşulu vasiyetnamelere konulamamaktadır¹⁵¹. Miras bırakan hayatta iken terekesinin tamamı ve belli bir oranı üzerine bir kişiyi mirasçı atayarak külli halef sıfatıyla hak sahibi kılabilir ya da belirli mal vasiyeti düzenleyerek üçüncü kişi lehine mülkiyet veya intifa hakkı kazandırabilir. Türk Medeni

¹⁴⁷Tunçomağ *Cezai Şart* (n 41) 55; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n3) 48.

¹⁴⁸ Bilge (n 17) 49; Günay *Cezai Şart* (n 139.) 143

¹⁴⁹ Bucher (n 119) 522; Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 11) 865; Eren (n 18) 1206; Akıntürk and Karaman (n 18) 163; Feyzioğlu (n 123) 390.

¹⁵⁰ Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 11) 865; Bilge (n15) 45-47; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3)108,

¹⁵¹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 61; Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 14)865. Aksi için bkz. Ceza koşulunun vasiyetnameyle belirlenebileceği görüşü Arsebük (*Borçlar Hukuku*) (n 48) 980.

Kanunu'nun 516'ncı maddesi uyarınca atanmış mirasçı lehine doğan hak bir mülkiyet hakkıdır. Bu sebeple burada bir ceza koşulunun kararlaştırılması mümkün olmamaktadır. Daha önce belirtildiği üzere Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesi borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının haklarını düzenlemektedir. Fakat mirasçı atanmasıyla, atanmış mirasçı lehine bir alacak hakkı değil bir mülkiyet hakkının varlığı söz konusu olmaktadır¹⁵². Belirli mal vasiyetinde ise vasiyet eden, vasiyet hükmünün yerine getirmemesi halinde bir yaptırım belirlediyse bu durumda bu yaptırım borçlar hukuku anlamında bir ceza koşulu olmadığı yine miras hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵³.

6.3.1. Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işlemin şekli

Ceza koşulunun düzenlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca kanunun aksini öngörmediği hallerde sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Daha önce de belirtildiği üzere taraflar ceza koşulunu asıl borcu doğuran hukuki işleme ceza koşulu kaydının koyulması suretiyle veya asıl borcu doğuran işlemde ayrı olarak bir sözleşmeyle kararlaştırabilmektedirler. Ceza koşulunun, ayrı bir sözleşme olarak kararlaştırılması halinde sözleşmelere ait geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Bir diğer ifade ile ceza koşulunun varlığı asıl borcun hukuken geçerli şekilde kurulmasına bağlı olduğu için asıl borç için kanunen öngörülmüş bir şekil şartı var ise ceza koşulunun ayrı bir sözleşmeyle belirlenmesi halinde sözleşmenin de asıl borcun kararlaştırıldığı şekilde yapılması gerekmektedir¹⁵⁴.

¹⁵² Uslu (n 21) 63; Bilge (n 17) 47.

¹⁵³ Belirli mal vasiyeti ile ceza koşulunun kararlaştırabileceği ancak hâkimin ceza koşulu miktarında indirim yetkisinin olmadığı görüşü için Ludwig Eneccerus; Teodor Kipp Heinrich Lehmann and Martin WolffLehrbuch des bürgerlichen Rechts II Recht des Schuldverhältnisse (Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1932) 143.

¹⁵⁴ Von Tuhr ve Escher (n 23) 764; Bernhard Berger *Allgemeines Schuldrecht* (Stampli Verlag, 2008)1782; Reisoğlu (n 18) 455; Nomer (n 17) 434; İnan and Yücel (n 17) 565.

Örnek vermek gerekir ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 237/I maddesinde taşınmaz satış sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ilgili sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla taşınmaz satış sözleşmesine bağlı olarak kararlaştırılan bir ceza koşulu sözleşmesinin de geçerli olabilmesi için şekil şartına uyması gerekmektedir. Fakat ceza koşulu sözleşmesinin, asıl borcun kararlaştırıldığı sözleşmedeki şekil şartına uymadığı hallerde asıl borç sözleşmesi geçersiz hale gelmeyecek yalnızca ceza koşulu sözleşmesi hükümsüz kalacaktır. Bununla birlikte belirtilmelidir ki kanunda bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş ise bu sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur (TBK 13/I). Dolayısıyla asıl sözleşme kurulduktan sonra taraflar bu sözleşmeye bir ceza koşulu kaydı eklemek isterlerse ceza koşu kaydının geçerli olabilmesi için asıl sözleşmenin şekil şartına uygun şekilde düzenlenmesine gerekmektedir¹⁵⁵. Ceza koşulu kaydı şekil şartına uygun düzenlenmediği durumlarda ceza koşulu hukuken oluşmadığı gibi tarafların ceza koşulundan vazgeçtikleri kabul edilecektir¹⁵⁶. Asıl sözleşme için kanunen hiçbir şekil şartı öngörülme bile taraflar ceza koşulu için bir şekil şartı kararlaştırabilirler¹⁵⁷. Türk Borçlar Kanunu 17/I gereğince iradi şekil şartına uygun yapılmayan bir ceza koşulu sözleşmesi tarafları bağlamayacak ve geçersiz olacaktır¹⁵⁸.

6.3.2 Ceza koşulunun geçerlilik şartları

“Asıl Borcun Geçerli Olması” başlığında belirtildiği üzere hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu'nun 27/I gereğince *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* Bununla birlikte ayırt etme gücüne

¹⁵⁵ Bentele (n 80) 57-58; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 124.

¹⁵⁶ Bentele (n 80) 58; Berger (n 154) 1782; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 125.

¹⁵⁷ Bentele (n 80) 58-59.

¹⁵⁸ Bentele (n 80) 59; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 126.

sahip olmayanlar tarafından yapılan sözleşmeler muvazaalı sözleşmeler kanuni şekil şartının uygulanmadığı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Ceza koşulu belirtilen geçerlilik şartlarına aykırı olarak düzenlenmiş ise yalnızca ceza koşulu kaydı geçersiz hale gelecek asıl sözleşmeye sirayet etmeyecektir. TBK madde 27/II uyarınca ceza koşulu kaydı olmaksızın asıl sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılır ise sözleşme bütünüyle kesin hükümsüz olacaktır.

Ceza koşulu sözleşmesi irade sakatlığı yani hata, hile tehdit neticesinde yapılmış veya aşırı yararlanmanın mevcut olduğu bir hal söz konusu ise ceza koşulu sözleşmesi kesin hükümsüz değil iptal edilebilir niteliktedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 39'uncu maddesindeki süreler gözetilerek süresinde iradesi sakatlanan kişinin iptal beyanında bulunmasıyla şartıyla ceza koşulu sözleşmesi veya kaydı iptal edilmiş olacaktır. Bu iptal edilme hali asıl borcu doğuran sözleşmeyi etkilemeyecektir.

Kanuni birtakım düzenlemelerde, bazı sözleşmeler için ceza koşulu kararlaştırmanın geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu madde 519/ IV hükmü kefalet sözleşmesinde kefilin, ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaları kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmuştur. Benzer bir düzenleme aynı Kanunun 346 maddesinde kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlığı altında mevcuttur. İlgili hüküm uyarınca “... kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceği veya sonraki kira bedelinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.” Aynı şekilde TBK'nin 420'nci maddesine göre bir hizmet sözleşmesinde yalnızca işçi aleyhine koyulan ceza koşulu geçersiz olmaktadır. Önemle vurgulanmalıdır ki doktrindeki görüş uyarınca ceza koşulu kaydı işçinin eğitimi karşılığında kararlaştırılmış ise kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkaniyete aykırı olacaktır¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Karagöz (n 91) 227-229; Fehmi Gündüz Hizmet Akitlerinde Cezai Şart, (2014) 88(3), İstanbul Barosu Dergisi 134,143.

Yukarıda açıklanan sözleşmelere ceza koşulu kararlaştırılması halinde kira sözleşmesi, kefalet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi geçersiz hale gelmeyecek yalnızca kararlaştırılan ceza koşulu kaydı kesin hükümsüz olacaktır.

6.3.3 Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işleminin tarafları

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı hukuki işlemin borçlusu ve alacaklısı kural olarak ceza koşulunun kararlaştırıldığı asıl borcun borçlusu ve alacaklısıyla aynı olmakla birlikte taraflar isterlerse sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişileri ceza koşulunun muhatabı olarak kararlaştırabilirler¹⁶⁰. Ceza koşulu alacaklısının üçüncü bir kişi olup olamayacağına dair Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Açık hüküm bulunmasa dahi bu husus hukukumuzda ayrıca İsviçre Hukuku'nda da kabul edilmektedir¹⁶¹.

Üçüncü kişinin ceza koşulu alacaklısı olduğu hallerde ceza koşulu talep hakkının üçüncü kişide olup olmadığı Türk Borçlar Kanunu'nun üçüncü kişi yararına sözleşmeler hükümlerince değerlendirilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 129'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi lehine bir edim yükümlülüğü koymuş ise edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilmektedir. Bu durumda ceza koşulunu talep hakkı kendi adına sözleşme yapan kişide yani asıl edimin konu edildiği sözleşmenin alacaklısındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “[ü]çüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler” ifadesi yer almaktadır. Bu

¹⁶⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 62.

¹⁶¹ Oser and Schöenberger (*Kommentar*) (n 13) 701; von Tuhr and Escher (n 23) 280; Bentele (n 80)37; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 62.

durumda ceza koşulunu ödenmesini üçüncü kişi ve onun halefleri de talep edebilecektir.

Ceza koşulunun borçlusu asıl sözleşmedeki borcun borçlusuyla aynı kişi olmadığı hallerde ceza koşulunun amacına ulaşmadığı dolayısıyla ceza koşulunun varlığından söz etmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir¹⁶². Asıl borcun borçlusu ile ceza koşulu borçlusunun farklı kişiler olduğu hallerde bu durumun şarta bağlı borç olduğunu savunan görüşün¹⁶³ yanında Türk Borçlar Kanunu'nun 128'inci maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme hali olduğunu savunan görüş¹⁶⁴ de mevcuttur.

7. Ceza Koşulunun Özellikleri

7.1 Ceza Koşulu'nun Fer'iliği

Daha önce de belirtildiği üzere ceza koşulunun geçerli olabilmesi asıl borcun geçerli olmasına bağlıdır. Bu da ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının bir sonucudur. Dolayısıyla ve asli borcun ifa edilmesini garanti altına almak amacıyla kararlaştırılması sebebiyle asli borcun devamlı olarak mevcut olması gerekmektedir. Ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının hukuki dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 182/II maddesinde de ifade edildiği gibi asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda ceza koşulunun da ifasının talep edilemeyecek olmasıdır. Bir başka anlatımla ceza koşulunun mevcut olması ve sonlanması, asıl borcun mevcut olmasına ve sonlanmasına bağlı olmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶²Bentele (n 80) 130-131; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 63; Bilge (n 17) 75; Kocaağa, *Ceza Koşulu* (n 3), 131.

¹⁶³ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 63; Günay *Cezai Şart* (n 139) 96.

¹⁶⁴ Kocaağa, *Ceza Koşulu* (n 3), 130- 131.

¹⁶⁵ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 162; Bilge (n 17) 74.

Son olarak asıl borç ilişkisini oluşturan hukuki işlemin şekil şartına tabi olması ve bu şekil şartının geçerlilik şartı olduğu hallerde ceza koşulunda geçerli olabilmesi bu şekil şartına uygun yapılmasına bağlı olmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁶⁶ ceza koşulunun, asıl borca bağlı fer'i olup ancak aynı zamanda ayrı ve bağımsız bir edim niteliği taşıdığını karar bağlamıştır. Asıl borcu içeren sözleşme tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla kurulamamışsa, bu sözleşmede yer alan asıl borcu güvence altına alan ceza koşulu kaydı da geçersiz olacaktır¹⁶⁷. Ceza koşulundan doğan borcun ifa yeri ile asıl borcun ifa aynıdır¹⁶⁸. Asıl borca karşı ileri sürülen def'iler ve itirazlar da ceza koşuluna karşı da ileri sürülebilir olması yine ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının sonucudur. Asıl borç ile ceza koşulu borcu arasında "asli borç- fer'i borç" ilişkisi bulunmaktadır. Eğer bu ilişki yoksa burada ceza koşulunun varlığı söz konusu olmamakta "seçimlik borç" ilişkisinin varlığı söz konusu olmaktadır¹⁶⁹. Bu asli borç fer'i borç ilişkisi ceza koşulunun muaccel olmasıyla birlikte sona erer. Asıl borcun hiç ya da eksik ifası sonucunda muaccel olan koşulu bağımsız bir borç niteliği kazanmaktadır¹⁷⁰.

Alacağın temlikinin söz konusu olduğu hallerde henüz muaccel olmamış olan ceza koşulu kural olarak asıl borçla beraber ceza koşulu alacağının da temlik edilmesidir¹⁷¹. Nitekim Yargıtay'a göre alacağın temlikinde, asıl borç ceza koşulu sözleşmesi veya kaydı ile güvence altına alınmış ve ceza koşulu muaccel hale gelmiş ise alacaklı ceza koşulunu talep edebilecektir¹⁷². Fakat

¹⁶⁶ YHGK. E.2015/22-330 K.2017/132 K, T.25/01/2017 (www.kazanci.com) Erişim tarihi 22.02.2022).

¹⁶⁷ Eren (n 18) 1183; Bilge (n 17) 49.

¹⁶⁸; Hermann Becker İsviçre Medeni Kanun'u Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V (Ankara Yarı Açık Ceza Evi Matbaası, 1973), Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 16; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 147; Uçar (n 39) 15; Bilge (17) 74; Feyzioğlu (n 123) 389.

¹⁶⁹ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku* (n 11) s. 503; Akıntürk ve Karaman (n 18) s. 165; Günay *Cezai Şart* (n 139) Cansel ve Özel (n 18) 719; Gülseven (n 21) 37

¹⁷⁰ Oser ve Schönerberger (*Kommentar*) (n 13) 950-951; Eren (n 18) 2283; İnan ve Yücel (n 17) 565; Kılıçoğlu (n 60) 759; Bilge (n 17) 74.

¹⁷¹ Bilge (n 17) 74; Eren, (n 18) 1240.

¹⁷² Yargıtay 14.HD, E. 2007/2499, K. 2007/6455 T.29.05.2007. (www.kazanci.com) Erişim tarihi 22.02.2022)

ceza koşulunun muaccel olmadan önce, tek başına alacağın temlik yoluyla devredilip devredilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır¹⁷³. Doktrindeki bir görüş¹⁷⁴ uyarınca muaccel hale gelmeyen ceza koşulunun, asıl alacaktan bağımsız olarak temlik olunması mümkün kabul etmiştir.

Ceza koşulunun fer'i özelliğe sahip olmasının bir diğer sonucu da asıl borcun zamanaşımına uğrayıp sona erdiği hallerde TBK madde 152 uyarınca göre ceza koşulu borcu da zamanaşımına uğramış olacaktır¹⁷⁵. Fakat zamanaşımına uğradığının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi durumunda ceza koşulu borcu da talep edilebilir hale gelecektir.

7.2 Ceza Koşulunun Güvence Altına Alınabilmesi

Asıl borcu güvence altına alan ceza koşulu borcunun da teminata bağlanması mümkündür. TMK 954'e göre "[b]aşkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslimine bağlı rehin hükümleri uygulanır." Bu hükümde alacağın niteliğine ilişkin bir sınırlandırma getirilmemiş olması sebebiyle ceza koşulu alacağının da taşınır rehni ile teminat altına alınması mümkündür¹⁷⁶. Aynı şekilde taşınmaz rehni ile de ceza koşulu alacağı teminat altına alınabilir¹⁷⁷. Önemle belirtilmelidir ki asıl borcun taşınmaz rehni ile teminat altına alındığı hallerde TMK'nin 851/I fıkrasında belirtilen üst sınır ipoteği var olduğu durumlarda ceza koşulu ile alacak, ipotek akıt tablosundaki teminat miktarını

¹⁷³ Bilge (n 17) s. 75; bkz., Ekinci (n 2) 251; ayrıca bkz., Günay (n 17). 98-99.

¹⁷⁴ Tunçomağ, *Cezai Şart* (n 44) s. 89-90; Kocaağa *Cezai Şart* (n 60), s. 136-137; Becker, (n 168) 222; Bilge (n 17), s. 75; Ekinci (n 4), s. 252.

¹⁷⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 1073.

¹⁷⁶ Schoch (n 55) 118- 119; H. Ferit Saymen and K. Halid Elbir, *Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar*, (Hak Kitapevi, 1954) (*Ayni Haklar*) 712-713; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 77; İlgili Yargıtay kararı için bkz.: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2017/4007, K.2019/468 T.24/01/2019. (www.kazanci.com) , (E.T.: 28.02.2022) Taşınır rehнинin ileride doğacak ve şarta bağlı alacaklar için kurulamayacağına dair görüş için bkz. Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 275.

¹⁷⁷ Schoch (n 55) 117, Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 77.

geçmiyorsa ceza koşulu da asıl borçla birlikte teminat altına alınmış olur¹⁷⁸. Ana para ipoteğinde ise taraflar arasında ayrıca bir anlaşma yapılması ve söz konusu anlaşmanın tapuya kaydedilmiş olması şartıyla ancak ceza koşulu asıl borçla birlikte teminat altına alınabilir¹⁷⁹. Asıl borcun taşınır rehni ile teminat altına alındığı hallerde ceza koşulunun da bu kapsama girip girmediği ceza koşulunun amacına göre değerlendirilecektir. Öyle ki ceza koşulu alacak hakkında bir güvence, teminat işlevi görüyor ise taşınır rehininin ceza koşulu içinde geçerli olduğu fakat ifa baskısı amacı taşıdığı hallerde taşınır rehininin ceza koşulunu kapsamadığı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız olarak kefaletle güvence alınması 818 sayılı mülga Borçlar Kanun’da açıkça hükme alındığı halde 6098 sayılı TBK’de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 6098 sayılı TBK’nin 589’uncu maddesinin son fıkrası gereğince asıl borcun kefaletle güvence altına alınması durumunda asıl borç için kararlaştırılan ceza koşulunun kefinden talep edilmesi mümkün olmayacak ve bu kuralın aksine yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Belirtilen hüküm asıl borcun kefaletle güvence altına alınmasına ilişkin olup ceza koşulunun bağımsız olarak kefalet altına alınmasına ilişkin olmamaktadır. Dolayısıyla ceza koşulunun asıl borçtan ayrı olarak kefaletle güvence altına alınmasının kabulü gerekir¹⁸¹.

7.3 Her Türlü Edimin Ceza Olarak Kararlaştırılabilmesi

Ceza koşulu TBK madde 27’de sayılan hukuka, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak ve imkânsız olmamak kaydıyla aynı

¹⁷⁸ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 71.

¹⁷⁹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 71; Ekinci (n 4) 145.

¹⁸⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 71, 72.

¹⁸¹ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3)167-168; Aydın Zevkliler and K. Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (21. edn, Vedat Kitapçılık, 2021) 733. Aksi yönde: “*Türk Borçlar Kanunu 589/IV fıkrasındaki hükmün ceza koşulunun ayrıca kefaletle güvence altına alındığı hallerde de uygulanması gerektiği*” bkz: B Yağcıoğlu (n 83) 52.

Kanunun 182'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, taraflar, cezanın niteliğini ve TBK 182/3'te belirtilen hâkimin indirim yetkisindeki sınırlamalar tabi olarak miktarını serbestçe belirleyebilmektedirler.

Uygulamada ceza koşulu daha çok bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karşılaştırılsa da bir şey verme, bir şey yapma veya yapmama edimi içinde ceza koşulu olarak karşılaştırılabilir¹⁸². Taraflar para dışında başka bir edim belirledikleri durumlarda o edimin ekonomik değere sahip olması gerekir¹⁸³. Çünkü ekonomik değere sahip olmayan edimlerin borçluyu ifaya zorlamasının mümkün olmadığı bu nedenle de ceza koşulunun amacının azaldığı savunulmaktadır¹⁸⁴.

Ceza koşulunun bir miktar para ödenmesi olarak karşılaştırıldığı durumlarda taraflar, sözleşme yapılırken ceza koşulu olarak karşılaştırılan bedeli tayin etme yetkisini üçüncü kişiye bırakabilirler¹⁸⁵. Ceza koşulu sabit bir miktar olarak belirlenebilir ya da zamana göre artan şekilde karşılaştırılabilir.

Daha önce de belirtildiği gibi ceza koşulu olarak karşılaştırılan edimin kanunda hali hazırda yazdığı ya da sözleşmeye koyulan ceza koşulunun indirilmesi hali haricinde hâkim tarafından karşılaştırıldığı durumlarda, ceza koşulunun varlığından söz edilemeyecektir¹⁸⁶.

¹⁸² Oğuzman and Öz (n 17) 522; Kılıçoğlu (n 62)756; Cansel and Özel (n 18) 718.

¹⁸³ Eren (n 18) 1182; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 107; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 65.

¹⁸⁴ Eren, (n 18)1182; Akıntürk and Ateş Karaman, (n 18) 164; İnan and Yücel, (n 17) 564 -565; Kocaağa, *Cezai Şart* (n 62) 106-107; Tunçomağ, *Cezai Şart* (n 44) 14; aksi görüş, *alacaklının hiçbir zararı olmasa bile ceza koşulunun ödeneceğine hükmü, para değeri olmayan menfaatlerin ceza koşuluna bağlanabileceğini gösterdiğin görüşü için belirtmiştir.* Becker, (n 168) 227.

¹⁸⁵ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 65-66; Günay *Cezai Şart* (n 139)18; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 109-110:

¹⁸⁶ Oser veSchönenberger (*Kommentar*) (n 13) 950; Ekinci (n 4) 44; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 113.

8. Ceza Koşulunun Türleri

TBK'nin 179'un maddesinde açıkça sıralanmamış olmakla birlikte hükmün yorumlanması ile doktrinde, seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu olmak üzere üçlü bir ayırım yapılmıştır¹⁸⁷.

8.1 Seçimlik Ceza Koşulu

TBK madde 179/I fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*” Ceza koşulunun kararlaştırıldığı ve borçlunun borcunu ifa etmediği durumlarda taraflar aksini kararlaştırmamışsa kural olarak seçimlik ceza koşulundan söz etmek mümkün olacaktır. Bir diğer ifadeyle borçlunun borca aykırı davranışında alacaklı ya ifa edilmeyen kısmın ifa edilmesini ya da ceza koşulunu talep edecektir. Hem ceza koşulunun hem de aynen ifanın talep edilmesi alacaklı açısından bir sebepsiz zenginleşme doğuracağı için birçok hukuk sistemi, aynen ifa ve ceza koşulunun birlikte talep edilemeyeceğini kabul etmiştir¹⁸⁸. Dolayısıyla seçimlik ceza koşulu asıl borcun ifasından vazgeçilerek talep edilen ceza koşuludur. Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borç muaccel olacak ve alacaklı tek taraflı bir irade beyanı ile seçim hakkını kullanabilecektir. Alacaklının bu seçim yetkisi yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir¹⁸⁹. Önemle belirtmelidir ki, sözleşmeye ceza koşulu kaydının konulmuş olması veya ayrı bir ceza koşulu sözleşmesinin yapılmış olması alacaklının seçimlik

¹⁸⁷ Karahasan (n 95)1386.

¹⁸⁸ Von Tuhr and Escher (n 23) 767; Bilge (n 17)98; Kamil Haluk Gökçeoğlu, *Cezai Şart ve İctihatlar* (Kazancı Yayınevi, 2007) 30; Günay, (n 17). 78; Cansel and Özel, (n 18) 722; Karahasan (n 95) 1397; Gülseven, (n 18) 40; B. Yağcıoğlu, (n 83) 64; Karagöz (n 90), 42; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 144) 133.

¹⁸⁹ Günay *Cezai Şart* (n 139). 78; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, (n 11). 875; Karahasan, (n 95)1397; Yarg. 15. H.D E. 2018/2963. K. 2018/4699, T. 27/11/2018., “...bahsi geçen düzenlemelerde yer alan ceza türü, öğretide ifa yerine seçimlik ceza koşulu olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini düşünen taraf sözleşmenin ifası ya da bu cezanın tahsilini isteyebilecektir. Alacaklı, seçimlik hakkını kullandığında bununla bağlıdır...” (www.kazanci.com), (E.T.: 28.02.2022).

hakkından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Alacaklı yenilik doğuran seçimlik hakkının kullanımı bir defaya mahsustur ve bu hakkı kullanan alacaklı talep ettiği seçiminden dönemez. Her ne kadar alacaklı aynen ifayı talep ettiyse de eğer asıl borç objektif olarak imkânsız hale gelirse imkânsızlık nedeniyle uğradığı zararı TBK madde 112 uyarınca isteyebilir. Bu zarar müspet zarar olmakla birlikte ceza koşulu miktarıyla sınırlı olmayacaktır¹⁹⁰.

Borcun ifa edilmediği ve alacaklının seçim hakkını ceza koşulundan yana kullandığı hallerde asıl borç sona erer. Asıl borcun kısmen ifa edilmiş olması alacaklının seçim hakkını ceza koşulu lehine kullanmasında engel teşkil etmemektedir. Fakat böyle bir durumda asıl borç sona ereceği için ifa edilmiş kısım sebepsiz kalacaktır. Doktrindeki bir görüş¹⁹¹ uyarınca daha önce ifa edilen kısım sebepsiz zenginleşme teşkil etmesi sebebiyle ceza koşulundan mahsup edilmelidir. Bir diğer görüş¹⁹² ise ifa edilen kısmın borçluya iade edilmesi gerektiği yönündedir.

Daha önce de belirtildiği üzere alacaklının seçim hakkı yenilik doğurucu bir haktır ve bu hakkın kullanımı Türk Borçlar Kanunu'yla her herhangi bir süreye bağlanmamıştır. Makul bir süre zarfında bu hak alacaklı tarafından kullanılmalıdır. Kullanılmadığı durumlarda borçlu alacaklıyı seçimlik hakkını kullanmaya davet edebilir. Borçlu tarafından verilen önelin dolmasıyla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 110'uncu maddesi gereğince borçlu sözleşmeden dönebilir. Seçim hakkı kural olarak alacaklıya ait olmakla beraber taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilirler¹⁹³. Böyle bir durumda seçim hakkının kendisinde olduğunu iddia eden borçlu bu durumu ispat etmekle yükümlü olacaktır¹⁹⁴. Alacaklı aynen ifa yerine ceza koşulunu

¹⁹⁰ Cansel and Özel (n 18) 724; Uslu (n 21) 66; objektif imkânsızlık halinde aynen ifa talebinde bulunan alacaklının bundan dönerek ceza koşulunu talep edebileceğine dair görüş için bkz Bilge (n 17) 100.

¹⁹¹ Hatemi ve Gökyayla (n 85) 381; B. Yağcıoğlu (n 83) 66.

¹⁹² Eren (n18) 1209; Günay *Cezai Şart* (n 139) 149; Bilge (n 17) 102.

¹⁹³ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 108.

¹⁹⁴ B. Yağcıoğlu (n 83) 67.

ancak borçlunun borca aykırı davranması ya da borçlunun borcunu ifa ettiği borçlu tarafından ispatlanamadığı hallerde isteyebilmektedir.

Her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının aynen ifa yerine ceza koşulunu isteyebilmesi için borçlunun temerrüdü halinde alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen TBK'nin 125'inci maddesinde belirtildiği ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminin isteme hakkını kullanması gerekir. Alacaklının sözleşmeden dönmeyerek aynen ifayı ve gecikme tazminatı talep etmesi veya sözleşmeden dönmesi durumunda ceza koşulunu talep edemeyecektir¹⁹⁵.

Alacaklı borçlunun borca aykırı davranması halinde aynen ifayı talep ederse geciken ifa sebebiyle uğradığı zararları talep etmesi mümkündür. Bununla beraber ceza koşulunun ifasını talep ederse ceza koşulunu aşan miktarda zararın borçludan talep edilmesi de mümkün olmaktadır.

İfa yerine ceza koşulunun talep edildiği durumlarda tarafların alacaklının seçim talebinde bulunmasını belli zamanda ve belli şartlarda kullanılmasını kararlaştırabilmektedirler¹⁹⁶.

Seçimlik ceza koşulunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 179/I hükmündeki "*aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça*" ifadesi gereğince bu hüküm emredici nitelikte bir hukuk kuralı değildir. Dolayısıyla tarafların hem asıl borcun hem de ceza koşulunun birlikte istenebileceği kararlaştırmaları da mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumda seçimlik ceza koşulu değil ifaya eklenen ceza koşu söz konusu olacaktır.

¹⁹⁵ Oğuzman and Öz (n 17) 539. Yargıtay kararları açısından Yarg. 15 HD, E: 2016/355, K.M2017/2002, T. 10.05.2017 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi (22.02.2022.)

¹⁹⁶ Oğuzman and Öz (n 17) 539.

8.2 İfaya Eklenen Ceza Koşulu

İfaya eklenen ceza koşulunu ifade etmek için Türk Borçlar Kanun’da bir terimin olmamasıyla birlikte doktrinde söz konusu söz konusu ceza koşulu için “İfaya eklenen ceza koşulu¹⁹⁷”, “toplu ya da ekli ceza¹⁹⁸”, “kümülatif ceza koşulu¹⁹⁹”, “ifayla birlikte istenebilen ceza koşulu²⁰⁰” “ifayla birlikte istebilecek sözleşme cezası²⁰¹” kavramları kullanılmaktadır.

İfaya eklenen ceza koşulu Türk Borçlar Kanunu’nun 179/II maddesinde “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir” ifadesiyle kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. İlgili hükmün birinci fıkrasında yukarıda belirtildiği gibi seçimlik ceza koşulu düzenlenmişken ikinci fıkrasında borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla borca aykırılık halinde alacaklı hem asli borcu hem de kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilecektir. Böyle bir durumda ceza koşulunun ifaya zorlama amacı daha belirgin olmaktadır.

Kanun koyucu zaman ve yer bakımından borca aykırılık hallerinde kararlaştırılan ceza koşulunun ifaye eklenen ceza koşulu olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Fakat Türk Borçlar Kanunu 179/II fıkrasının bir emredici hukuk kuralı olmaması ve sözleşme serbestisi gereği taraflar kanunda yazan ihlal halleri dışında da ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırabilirler. Aynı şekilde zaman ve yer bakımından borca aykırılık halleri içinde ifaya eklenen ceza koşulu değil seçimlik ceza kararlaştırmaları

¹⁹⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 45; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 150; Eren (n 18) 1209; Kılıçoğlu *Borçlar Hukuku* (n 62) 806; Ekinci (n 4) 176; Karagöz (n 91) 43.

¹⁹⁸ Bilge (n 17) 104.

¹⁹⁹ Kabaklıoğlu Aslanyürek (n 61) 51.

²⁰⁰ Cansel and Özel (n 18) 724.

²⁰¹ Oğuzman and Öz (n 17) 539.

da mümkündür. Bu durumda ispat yükü seçimlik cezanın kararlaştırıldığını iddia eden taraf ait olacaktır. Hatta her iki ceza koşulunun bir arada kararlaştırılması bile mümkündür²⁰².

TBK 179/II fıkrasında belirtilen zaman ve yer ifadelerinden tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları zaman ve yer olarak kabul edilmelidir. Taraflarca herhangi bir belirlemenin olmadığı ve kanuni olarak belirlenmiş yerde (TBK 89) ve zamanda (TBK 90-91) ifa edilmeyen sözleşmelerde ifaya eklenen ceza koşulunun varlığı söz konusu olmamaktadır. Fakat taraflar yer ve zaman bakımından kanunda yer alan düzenlemeyi ceza koşulu kaydı olarak kararlaştırmışlar ise bu durumda ceza koşulu ile aynen ifa birlikte istenilmesi mümkündür²⁰³.

Yer ve zaman açısından borca aykırılık hallerinde kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğu kural olmakla birlikte iki ihtimal dışındaki bir durumda ceza koşulunun niteliğinde tereddüte düşülürse seçimlik ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir²⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179/II fıkrası gereği ifaya eklenen ceza koşulunu alacaklının talep edebilmesi için, alacaklının hakkından açıkça feragat etmemiş olması ve ifayı çekincesiz olarak kabul etmemiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan yerde ya da zamanda ifa edilmeyen alacaklı tarafından kabulü ile ifaya eklenen ceza koşulundan zimmen feragat edilmiş sayılacağı kabul edilir ve alacaklı daha sonra ceza koşulunu talep edemeyecektir²⁰⁵. Ancak ifanın kabulü sırasında çekince alacaklı tarafında açıkça ileri sürülürse ifaya eklenen ceza koşulunun talep

²⁰² Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 151; Uslu (n 21) 72.

²⁰³ Bilge (n 17) 104, Ekinci (n 4) 179.

²⁰⁴ Keller ve Schöbi (n 78) 94; Eren (n 18) 1209; Hatemi and Gökyayla (n 85) 356, B. Yağcıoğlu (n 83) 63.

²⁰⁵ von Tuhr, ve Escher (n 23) 768; Kocaağa, *Ceza Koşulu* (n 144) 143; Uslu, (n 21) 142; Karahasan (n 95) 1399; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, (n 47) 348; Uçar (n 39)17

edilebilmesi mümkündür²⁰⁶.Yargıtay'da²⁰⁷ aynı şekilde çekincesiz olarak ifanın kabul edilmesiyle ceza koşulunu talep hakkından feragat etmiş sayılacağını belirtmiştir.

Para borçlarının söz konusu olduğu hallerde hem seçimlik ceza koşulunun hem de ifaya eklenen ceza koşulunun karşılaştırılması mümkündür. İfaya eklenen ceza koşulunun asli borç ediminin para ödenmesi olduğu bir sözleşmede karşılaştırılması durumunda alacaklı hem ifayı hem ceza koşulunu ve hem de temerrüt faizini talep edebilir²⁰⁸. Diğer bir anlatımla borçlunun borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 120'nci maddesi uyarınca temerrüt faizini ödeyecektir. Kanuni borçlar için ayrı bir anlaşma yapılmasına gerek olmaması dolayısıyla alacaklı aynen ifanın yanı sıra temerrüt faizini ve ifaya eklenen ceza koşulu talep edebilecektir²⁰⁹.

Borçlunun temerrüdü halinde ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için TBK 125'te belirtilen seçimlik haklarından ifayı talep etmiş olması gerekmektedir. Çünkü alacaklı sözleşmeden dönerse asıl borç geçmişe etkili olarak son bulur. Asıl borca bağlı ceza koşulu da baştan itibaren hükümsüz hale gelir dolayısıyla talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Fakat taraflar sözleşmeden dönülmesi durumunda bile ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirler²¹⁰.

²⁰⁶ Halil Yılmaz *Borçların İfasında İhrazî Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi*, (Güncellenmiş 3. edn, Seçkin Yayıncılık 2015)352; Uslu (n 21) 75.

²⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/19-670, K. 2013/171, T.16/01/2013. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 22.02.2022.

²⁰⁸ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 113. Detaylı bilgi için ayrıca bkz: "2.5.1 Asıl Borcun Mevcut Olması Şartı" s.22.

²⁰⁹ Detaylı bilgi için ayrıca bkz "6.1 Asıl Borcun Mevcut Olması" s. 23, dipnot: 98,99,100,101.

²¹⁰ Hatemi and Gökyayla (n 85) 382; Uslu (n 21) 75.

8.3 İfayı Engelleyen İfa Yerine Ceza Koşulu

Daha önce bahsedilen seçimlik ceza koşu ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklı olarak ifayı engelleyen ceza koşulundan borçlu ifa yerine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönmektedir. Başka bir deyişle borçlu ya sözleşmede kararlaştırılan ifayı gerçekleştirecek ya ceza koşulunu ödeyecektir. Bu sebeple ceza koşulunu ödemek artık ifanın yerini alacaktır. İfayı engelleyen ceza koşulu Türk Borçla Kanunu'nun 179/III maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*”

Daha önce ceza koşulunun amaçları başlığında belirtildiği üzere ceza koşulu borçluda ifa baskısı kurarak borcuna uygun hareket etmesini sağlama amacı güderken ifayı engelleyen ceza koşulunda borçlunun borca aykırı davranış sergilemesi şart olmamakta ve sözleşmede kararlaştırılan edim yerine ceza koşulu ödeyerek aynen ifa yapmaktan kaçınması mümkün olmaktadır²¹¹. Bu hususta borçlunun asıl gayesi sözleşmeden dönmektir. Seçimlik ceza koşulunda ana kural seçim hakkının alacaklıda olmasıyken burada seçim hakkı borçluya tanınmıştır. Aynen ifa ya da ceza koşulu ödeme seçimini yapacak olan borçlunun kendisidir. Dolayısıyla doktrinde dönme cezası olarak ifade edilen TBK 179/III düzenlemesi, ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında ceza koşulunun bir türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu olarak düzenlemiş ise de ceza koşulunun esas amaçlarından olan alacaklının edimini güvence altına almak, borçluda ifa baskısı yaratmak hususlarına hizmet etmemesi borçlunun ifa yerine ceza koşunu ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tanınması sebebiyle ceza koşuluyla bağdaşmadığını savunan görüş de bulunmaktadır²¹². TBK 179/III fıkrasının son cümlesinde ifade edildiği gibi

²¹¹ Rona Serozan *Sözleşmeden Dönme* (2. edn Vedat Kitapçılık, 2007) 221; Nomer (n 17) 362; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 353; Becker (n 168) 35; (İfayı engelleyen ceza koşulu bu sebeple cayma parasına benzetilmektedir. Eren (n 18) 1329; Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 14) 864.

²¹² Tercier Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 429.

sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun bu hakka sahip olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Borçlu ispat için bir sözleşmenin varlığına ya da herhangi bir başka delile dayanabilir. Borçlu ile alacaklı arasında akdedilen bir sözleşme ile bu hak borçluya tanınmış ise borcu borcuna aykırı davranmasa dahi ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönebilir²¹³.

İfayı engelleyen ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulundan, en önemli farkı diğer iki ceza koşulunun alacaklı yararına olması fakat ifayı engelleyen ceza koşulunun borçlu yararına olmasıdır. Aynı zamanda seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulunda ispat edildiği takdirde ceza koşulunu aşan zarar var ise borçludan talep edilmesi olanaklı iken ifayı engelleyen ceza koşulunda aşkın zararın borçludan talep edilmesi mümkün değildir²¹⁴. Bu durumun tek istisnası Türk Borçlar Kanununun 446/II hükmünde belirtilmiştir. İlgili fıkra hükmü uyarınca “*rekabet yasağına 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.*” İlgili fıkra hükmü uyarınca işçinin rekabet yasağına ilişkin olarak ceza koşulu konulmuş ise işçi ceza koşulu bedelini ödeyerek rekabet yasağından kurtulabilmektedir²¹⁵.

İfayı engelleyen ceza koşuluna dönme cezası denilebilse²¹⁶ de dönme cezası; tarafların anlaşarak her birine ya da yalnızca belli bir tarafa bir belli miktarda bir para cezasının ödenmesi şartı ile sözleşmeden dönme sürekli borç ilişkisi olan bir sözleşmede ifasına başlanılmış ise sözleşmeyi feshetme hakkı tanımalarına denmektedir²¹⁷.

²¹³ Tutar *Dönme Cezası* (n 47) 63.

²¹⁴ Velidedeoğlu and Özdemir, (n 16) 336; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 359; Feyzioğlu, (n 121) 401; Sözleşmeden dönülmesi nedeniyle tarafların malvarlığında bir artış ya da azalış meydana gelmiş ise bu bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak talep edilebilir. Kocaağa, *Ceza Koşulu* (n 3) 148.

²¹⁵ Eren (n 18) 1210.

²¹⁶ Dönme cezasının aslında bir tür ceza koşulu olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. Uslu (n 21) 76.

²¹⁷ Oğuzman and Öz (n 17) 542.

Asıl borç ediminin yapıldığı sözleşmenin taraflarından biri kanunun olanak tanıdığı doğan dönme hakkını kullanarak ifadan kaçınırsa dönme cezasını ödemek zorunda olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse TBK madde 125'te belirtilen durumlardan dolayı sözleşmeden dönme hakkı olan taraf, ceza koşulu kararlaştırılmış olsa dahi ceza koşulunu ödemek zorunda kalmadan sözleşmeden dönebilir.

İfayı engelleyen ceza koşulunun çok fazla yüksek olduğu hallerde hâkimin TBK 182/III uyarınca indirim yapıp yapamayacağına dair doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Dönme cezasını bir tür ceza koşulu olarak kabul eden görüş²¹⁸ uyarınca TBK 179/III hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay²¹⁹ uygulamaları ve diğer bir görüş²²⁰ göz önüne alındığında borçlunun kendi iradesiyle kanuni bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönmesi halinde hâkimin TBK 182/III uyarınca indirim yapma yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.

Bir sürekli borç ilişkisinin varlığı halinde taraflar belli bir miktar para ödeyip borç ilişkisini sonlandırdıkları takdirde sözleşme ileriye dönük olarak feshedilmiş olacak ve Türk Borçlar Kanunu'nu 179/III uyarınca ödenecek ceza “fesih cezası” olacaktır. Bir başka anlatımla taraflar aksini kararlaştırmadığı hallerde²²¹ borçlu sebep göstermeksizin sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödeyerek ileriye yönelik olan yükümlülüklerinden kurtulacak fakat fesih anına kadar yapılan ifalar geçerli olacaktır. Hatta fesih anına kadar olan borç henüz ifa edilmemiş ise fesih cezası ödenmiş olsa dahi alacaklı ifa edilmemiş borcu isteyebilecek ve dava açabilecektir.

²¹⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 353; Feyzioğlu, (n 121) 401; Tutar *Dönme Cezası* (n 47) 103.

²¹⁹ Yarg. 23 HD, E. 2013/4854; K. 2013/7245; T. 20.11.2013; Yarg. 23 HD E. 2015/7661, K. 2015/6219, T. 02.10.2015. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 22.02.2022.

²²⁰ Oğuzman ve Öz (n 17) 543; Eren (n 18) 1212; Velidedeoğlu and Özdemir, (n 16) 336; Uslu (n 21) 77; Yağcıoğlu (n 83) 80.

²²¹ Oğuzman and Öz (n 17) 544.

9. Ceza Koşulunun Uygulama Alanları

TMK açısından ceza koşulunun irade serbestisine dayanması ve sağlar arası işlemlerle kararlaştırılmasından dolayı ceza koşuluna çok fazla rastlanmamaktadır. Ancak TMK madde 119/II’de belirtilen “*nişanlılık evlenmeye zorlanmak için dava hakkı vermez evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya cezai şart dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla bu hususta kanun koyucu taraflar arasında yapılan ve evlenmeden kaçınma durumunda ödeneceği kararlaştırılan ceza koşulunu eksik borç olarak kabul etmiştir²²². Aynı şekilde evlenmekten kaçınan kişiye evlenmeye zorlanma davası açılmamakta ayrıca hem ceza koşulu hem de evlenmenin sağlanması için dava hakkı tanınmamaktadır²²³. Tüzel kişiler açısından dernek tüzüklerinde üyelerinin üyelikten doğan yükümlülüklerini ifa etmedikleri hallerde dernek cezaları koyabilmektedirler Dernek cezaları da nitelik olarak ceza koşulu sayılmaktadır²²⁴.

Türk ve İsviçre Hukuku bakımından kabul edilen görüş²²⁵ uyarınca ceza koşulu sağlararası bir işlemde kararlaştırılabileceği için miras hukuku açısından ceza koşulu uygulanma alanı bulamayacaktır. Ancak kanunun eşya hukuku hükümlerinde düzenlenen yükümlülüklerden doğan borçlarda ceza koşulunun uygulanması mümkündür. Örneğin kat mülkiyeti ile ilgili olmak

²²² İnan and Yücel (n 17) 568; Saymen and Elbir (*Borçlar Hukuku*) (n 26) 838; Akıntürk and Ateş Karaman (n18)167.

²²³ Etem Saba Özmen, “*Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği)*”, (1995) (4) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 520-528, Eren (n 18)1183, Mustafa Dural, Turgut Ögüz and Alper Gümüş, “*Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*” (17.edn, Filiz Kitapevi, 2022) 30.

²²⁴ Schoch (n 55) 92. Becker, (n 168) 160; Keller and Schöbi (n 78) 91; von Tuhr and Escher (n 23) 278; Tunçomağ *Cezai Şart* (n44) 55; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 48. Detaylı bilgi için ayrıca bkz: “2.5.3 ceza koşulunun hukuki bir işlemle kararlaştırılması” 34.

²²⁵ Becker, (n 168) 160; Eren (n 18) 1206; İnan and Yücel (n 17) 565, Bilge (n 17) 44, Hatemi and Gökyayla (n 85) 355.

üzere düzenlenen bir yönetim planında, yapılan masraflarda kendine düşen payı ödeme borcunu zamanında yerine getirmeyen malike karşı ceza koşulu kararlaştırılabilmektedir.²²⁶

Borçlar Hukuku ceza koşulunun en çok uygulandığı alanlardan biri olmaktadır. Borçlar hukukunda ceza koşulu özellikle taşınır satışı sözleşmelerinde, taşınmaz satışı sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde (genellikle inşaat sözleşmelerinde), atipik sözleşmelerde özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerde ve kira sözleşmelerinde kararlaştırılmaktadır.

Eser sözleşmelerinde alacaklı konumunda olan iş sahibi borçlunun borcunu borca aykırı ifa etmesi, eksik ifa etmesi ya da zamanında ifa edememesi durumları için eser sözleşmelerinde ceza koşulunu kararlaştırılabilmektedir. Önemle belirtilmelidir ki inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulu ceza koşulu türlerinden olan ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olmaktadır.²²⁷

Taşınmaz satışı sözleşmelerinde ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde ceza koşulu koymak mümkündür. Ancak ceza koşulu sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması kanundan doğan bir zorunluluktur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 334/II fıkrası uyarınca, kira sözleşmesi sona ermesi durumunda kiracı yalnızca sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zarardan sorumlu olacak olup, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmiş ise bu anlaşma geçerli olmayacaktır. Aynı şekilde TBK madde 346'da da "*kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*" ifadesinde de belirtildiği üzere kiracının durumu ağırlaştırıcı ceza koşulunun konulması kanunen geçersiz sayılmıştır. Benzer bir

²²⁶ Belen (n 145) 522; B. Yağcıoğlu (n 83) 69.

²²⁷ Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" (2017) YBHD, -(2),170.

düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 589'uncu maddesinde de yer almakta olup kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına dair anlaşmalar kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Yalnızca işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olacağı TBK 420 uyarınca hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla tüm maddeler göz önüne alındığında kanun koyucunun zayıf tarafı korumayı amaçladığını söylemek mümkündür²²⁸.

İş Hukukunda da ceza koşuluna sıklıkla yer verilmektedir. İş hukukunda ceza koşulu işçi ile işveren arasında imzalan bireysel iş sözleşmesinde ceza koşulu konulabileceği gibi toplu sözleşmelerde²²⁹ normatif hükümler arasında ceza koşuluna yer verilebilir. Ayrıca iş yeri iç yönetmelikleri²³⁰ ile ceza koşulu konulabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmeleri arasında yer işçi ile işveren arasında hizmet sözleşmesine ilişkin aynı Kanun'un 420/I hükmüne göre yalnızca işçi aleyhine konulan ceza koşulları geçersiz olmaktadır. Bir başka ifadeyle işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçerli olması karşılıklı yani işveren aleyhine de bir ceza koşulunun bulunması şartına ve her ikisi aleyhine konulan ceza şartının işçi açısından daha ağır olmaması şartına bağlıdır. Bu iki şartında somut olayda birlikte bulunması gerekmekte olup aksi halde işçi aleyhine konulan ceza koşulu işverenin yükümlülüğünü aştığı kısım kadar geçersiz sayılacaktır²³¹.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun²³² 24 ve devamı maddelerinde işçinin haklı nedenle feshinin şartları hüküm altına alınmıştır. İşçinin haklı nedenle fesih hakkını kullandığı hallerde, iş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulu ile bu hakkın kısıtlanması mümkün değildir. Ancak işçiye verilen eğitim karşılığında bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise bu ceza koşulu yalnızca işçi aleyhine olsa dahi geçersiz sayılmayacağına dair doktrinde görüşler

²²⁸ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 80.

²²⁹ Becker, (n 168) 160; von Tuhr and Escher (n 23) 278; Tunçomağ *Cezai Şart* (n44) 60.

²³⁰ Günay *Cezai Şart* (n 139) 94; B. Yağcıoğlu (n 83) 70.

²³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/22-624 K. 2014/1077 T.24/12/2014 (www. kazanci.com) (Erişim Tarihi 26.05.2022).

²³² İş Kanunu, Kanun Numarası: 4867, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG: 10.06.2003/25134.

mevcuttur²³³. Ayrıca Yargıtay'ın ²³⁴ uyarınca işçinin haksız feshinde sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun varlığı sebebiyle geçersizlik yaptırımını uygulamadığı işverenin menfaati, işçinin emekleri yapılan masraf ve işçiden beklenen menfaat çerçevesinde hakkaniyete uygun olarak ceza koşulunda indirim yoluna gidileceğine dair kararları mevcuttur.

TBK 446 gereği rekabet yasağına aykırı davranış işçi işverenin uğramış olduğu müspet zararı tazmin edecektir. Böyle bir durumda işveren zararını ispatla mükellef olacaktır. Rekabet yasağınının söz konusu olduğu hallerde işverence bu durumun ispatı çok kolay olmamaktadır. Bu sebeple işveren rekabet sözleşmesini ceza koşulu ile teminat altına almak istemektedir. TBK 446/II fıkrasına göre rekabet yasağı sözleşmesinde ceza koşulu kararlaştırılmış ise ve sözleşmede aksi bir hüküm bulunmadıkça işçi, kararlaştırılan ceza koşulu miktarını ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilecektir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu ²³⁵ kararı göz önüne alındığında ceza koşulunun belirli süreli iş sözleşmelerinin yanında asgari süresi belirtilmiş belirsiz süreli iş sözleşmelerinde koyulabileceği belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ticari nitelikteki sözleşmelerde, daha şirket sözleşmelerinde, ticari işletmenin devri sözleşmelerinde ceza koşuluna yer verilmektedir. TTK 481/II uyarınca anonim şirketlerde pay sahiplerinin ikincil yükümlülükleriyle ilgili esas sözleşmede ceza koşulu ödemekle yükümlü tutulabileceği belirtilmiştir. TTK 577'de belirtildiği üzere limited şirketlerinde ana sözleşmesinde ceza koşulu bulunabilmektedir. Bununla

²³³ Karagöz (n 91) 73; Polat Soyer, "Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu", (2000) 5(3), İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 363; Hande Bahar Aykaç, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart", (2016),13(50) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 699, 725 ; Yağcıoğlu (n 83) 71.

²³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/9-2885 K.2017/2033 T. 20/12/2017 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 26.05.2022).

²³⁵ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, E. 2017/10, K.2019/1, T.08.03.2019 (www.lexpera.com) Erişim Tarihi: 26.05.2022.

beraber aynı kanunun 482/III fıkrasına göre esas sözleşmeyle pay sahipleri, temerrüt hâlinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilecekleri belirtilmiştir. Ancak TTK 776/1 b bendinde bononun kayıtsız şartsız belirli bir ödeme vaadi içermek zorunda sebebiyle ceza koşulu uygulama alanı bulamayacaktır. Aynı durum TTK 671 uyarınca poliçe ve TTK 780 uyarınca çekler için de geçerli olmaktadır.

*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un*²³⁶ 5/II maddesine göre tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlara karşın hükümsüzlük yaptırımını uygulanacaktır.

*4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun*²³⁷ 20' maddesinde idarenin sözleşmeyi feshetmesi hali düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca idarenin ihtarına rağmen yüklenicinin edimin gerçekleştirmediği hallerde gecikme cezasının söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda gecikme cezası yer almaması sebebiyle aynı kanunun 36'ncı maddesinde belirtildiği gibi 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır.

Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİTAŞ) da kullanım anlaşması imzaladığı müşterilerinin sisteme zarar vermesi halinde ceza koşulu uygulamaktadır²³⁸.

²³⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG: 28.11.2013/28835.

²³⁷ 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Kanun Numarası: 4735, Kabul Tarihi: 05.01.2002, RG: 22.01.2002/24648.

²³⁸ Beşir Fatih Doğan, “Teiaş’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, (2013) 4(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,61.

10. Ceza Koşulunun Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

10.1 Bağlanma Parası

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu zamanında “pey akçesi” olarak tanımlanan bağlanma parası 6098 sayılı yürürlükte olan TBK 177’de bağlanma parası başlığı altında ifade edilmiştir. İlgili hüküm gereği bağlanma parası “*Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür*” olarak ifade edilmiştir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 156/II fıkrasında pey akçesinin esas alacaktan düşülemeyeceği ifade edilmişken 6098 sayılı TBK’de kanun koyucu bağlanma parasının esas alacaktan düşeceğini ifade etmiş ve adi bir karine olarak kabul etmiştir. Bağlanma parası tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması sonucunda sözleşmenin yapıldığına ve bir tarafın diğerine vermiş olduğu bir miktar parayı tanımlamaktadır²³⁹. Bağlanma parasının amacı sözleşmenin yapıldığına dair bir kanıt oluşturmak ve esas alacağın ifasını kolaylaştırmaktır²⁴⁰. Bu noktada bağlanma parası ile ceza koşulu arasında benzerlik olduğu söylenilebilir. Çünkü hem ceza koşulu hem de bağlanma parası esas borcun ifasını kolaylaştırmak için borçlunun alacaklıya verdiği bir güvence olmaktadır²⁴¹. Ayrıca ceza koşulu da bağlanma parası da herhangi bir hukuku işlemle kararlaştırılabilir. TBK’de herhangi bir sınırlama bu konuda öngörülmemiştir. Her iki durumda da ifası gereken asıl borcun mevcudiyeti gerektiği için ikisi de fer’i niteliktedir²⁴².

²³⁹ Eren (n 18) 1215; Uslu (n 21) 95.

²⁴⁰ Bucher (n 119) 516-517; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 33; Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 14) 901; Hatemi and Gökyayla (n 85) 361; Uslu (n 21) 82.

²⁴¹ Uslu (n 21) 82.

²⁴² Yarg. 3 HD; 2017/1137, K. 2018/1163, T. 15.11.2018. www.kazancı.com (Erişim Tarihi: 26.05.2022)

Her ne kadar bu iki kurum arasında benzerlikler bulunsa da birçok farklılık da mevcuttur. Sözleşme yapılırken alacaklıya peşin olarak verilen paranın bağlanma parası olduğu bir karine teşkil etmektedir²⁴³. Dolayısıyla bağlanma parası sözleşme kurulurken borçlu tarafından alacaklıya peşin olarak verilirken ceza koşulunda borçlu, borca aykırılık halinde ceza koşulunu ödeyeceğini taahhüt altına alır. Ceza koşulunun ifa edilebilmesi için bir borca aykırılık meydana gelmiş olması gerekirken bağlanma parası açısından böyle bir durum söz konusu değildir²⁴⁴. Bağlanma parası için Türk Borçlar Kanunu'nda para ifadesi yer alması dolayısıyla sadece para olabileceği görüşü benimsendiğinde ceza koşulunu yalnızca para olma mecburiyeti bulunmamaktadır²⁴⁵.

10.2 Cayma Parası

Cayma parası 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda "zamanı rucü" olarak tanımlar iken 6098 sayılı TBK'nin 178'inci maddesine göre *Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir*" ifadeleriyle hüküm altına alınmıştır. Bir başka anlatımla sözleşmenin tarafı olan ve cayma parasını sözleşmenin karşı tarafına veren kişi sözleşmeden döndüğü takdirde vermiş olduğu cayma bedelini sözleşmenin karşı tarafından talep edemez. Aynı şekilde cayma parasını karşı taraftan alan, sözleşmenin diğer tarafı, zamanında almış olduğu cayma bedeli parasının iki katını karşı tarafa ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir. Bağlanma parasında belirtildiği gibi sözleşme yapılırken verilen paranın hukuki niteliğinin bir bağlanma parası olduğu bir adi karinedir. Dolayısıyla ispat külfeti bu paranın bir cayma parası olduğunu iddia eden taraftadır²⁴⁶.

²⁴³ İnan and Yücel (n 17) 561-56.

²⁴⁴ Cansel and Özel (n 18) 714.

²⁴⁵ Uslu (n 21) 83.

²⁴⁶ Oğuzman and Öz (n 17) 552; Uslu (n 21) 91.

Cayma parası sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırması sebebiyle ifayı engelleyen ceza koşulu ile arasında benzerlik bulunmaktadır. İfayı engelleyen ceza koşulunda aynen ifayı ya da sözleşmedeki ceza koşulunu ödemeyi tercih etme hakkı borçluda olması sebebiyle cayma parasında da borçlunun seçim yapma hakkı olduğu söylenebilir²⁴⁷. Tek taraflı ve yenilik doğurucu nitelikte olan dönme beyanı karşı tarafa varmasıyla beraber hukuki sonuç doğurur. Ayrıca her iki durumda da tarafın sözleşmeden dönülebilmesi için borca aykırı bir davranışının bulunması zorunlu değildir. Bir tarafın sözleşmeden dönmesi haklı bir nedene dayanıyorsa cayma parası ya da ceza koşulu ödemeksizin sözleşmeden dönebilmesi mümkündür. Ceza koşulunun amaçları ve özellikleri göz önüne alındığında cayma parasının ceza koşulu gibi mevcut olabilmesi için asıl borcun geçerli bir hukuki işlemle mevcut olmasına bağlı olması ve fer'i nitelikte olması yönünden benzediği söylenilebilir²⁴⁸.

Fakat ceza koşulu ile cayma parası hukuki nitelik yönünden oldukça farklıdır. Öncelikle cayma parası sözleşmenin kurulması esnasında bir tarafın karşı tarafa ödediği ve parayı ödeyen tarafın sözleşmeden dönmesi halinde ödediği parayı bırakması ya da parayı alan tarafın sözleşmeden dönmesi halinde aldığı paranın iki katını sözleşmenin karşı tarafa ödemeyi kabul ettiği bir durum iken ceza koşulunda bir taahhüt olmakla beraber ifayı engelleyen ceza koşulu özelinde ancak sözleşmeden dönüldüğü takdirde kararlaştırılan tutar ödenmektedir. Dolayısıyla cayma parası ceza koşulundan farklı olarak bir tasarruf işlemidir. Bununla beraber cayma parası genellikle asıl borçtan daha az bir miktar olurken ceza koşulunda olası zararı aşan bir miktar dahi kararlaştırılabilir. Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunda borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak ifaya zorlama amacı güdülürken cayma parasında her iki tarafa da dönme imkânı sunulması sebebiyle

²⁴⁷ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 199; Bilge (n 17) 52.

²⁴⁸ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 198.

sözleşmeyi ayakta tutma amacı ceza koşuluna nazaran daha zayıf olmaktadır. Ayrıca seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun borcuna uygun davranmaması yeterli olmakta sözleşmeden dönülmesi zorunlu değil iken cayma parası ancak sözleşmeden dönüldüğü takdirde karşı tarafta kalmaktadır²⁴⁹.

Cayma parası hükmü uyarınca her iki tarafa da serbestçe sözleşmeden dönme hakkı tanınması sebebiyle, bir tarafın sözleşmeden dönmesi sebebiyle karşı taraf zarara uğramış ise ayrıca bu zararının tazmini istenememektedir²⁵⁰. Oysaki ceza koşulunda alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmesi şartıyla ceza koşulunu aşan zararın tazmini mümkündür²⁵¹.

Borçlunun sözleşmeden dönmediği ve daha öncesi ödemiş olduğu cayma parasının akıbeti hakkın açık bir hüküm bulunmamasıyla beraber bu konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş²⁵² uyarınca TBK 177/II fıkrasındaki bağlanma parasının asıl alacaktan mahsup edilmesi hükmü cayma parası için kıyasen uygulama alanı bulmayacaktır. Zira bağlanma parası hakkındaki hüküm bir istisna niteliğinde olup dar yorumlanması gerekmektedir. Tarafların bu durumun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Aksinin kararlaştırılmadığı hallerde sözleşmeden dönmeyen ve cayma parası veren taraf sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak karşı taraftan talep edebilir. Diğer bir görüşe²⁵³ göre asıl edim bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ise yani cayma parası ile asıl edimin cinsi aynı ise sözleşmeden dönülmediği takdirde asıl edimden mahsup edilir. Aksi halde asıl borç ifa edilince cayma parası alan taraf cayma parasını bedelini geri vermek zorunda kalır. Bir diğer görüş²⁵⁴ ise sözleşmeden dönülmediği takdirde bağlanma

²⁴⁹ Gülseven (n 21) 48.

²⁵⁰ Abdulkerim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. edn, Pelikan Kitapevi, 2021) (Genel Hükümler) 383.

²⁵¹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 33.

²⁵² Eren (n 18) 1217.

²⁵³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 359

²⁵⁴ Oğuzman and Öz (n 17) 553; Nomer (n 17) 360.

parasına ait TBK 177/II hükmü kıyasen uygulanacak ve cayma parası asıl edimden düşülecektir.

10.3 Kefalet Sözleşmesi

TBK 581’de tanımı yapılan kefalet sözleşmesi “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde ifade edilmiştir. Kefalet sözleşmesi asıl borcun alacaklısı ve asıl borcun borçlusu olmayan üçüncü bir kişi niteliğindeki kefil ile yapılır. Kefil alacaklıya karşı asıl sözleşmenin borçlusunun borca aykırı davranması halinde kefalet sözleşmesindeki kararlaştırılan miktar ile şahsi olarak sorumlu olacaktır²⁵⁵. Kefilin borç altına girmesinde asıl borçlunun rızasının olmasına ya da haberi olmasına gerek yoktur²⁵⁶.

Kefalet sözleşmesi asıl borcu garanti altına alma ve alacaklının alacağına kavuşmasını sağlama amacı ve fer’i nitelikte olması yönünden ceza koşuluna benzemektedir²⁵⁷. Ancak kefalet sözleşmesi ile ceza koşulu unsurları yönünden karşılaştırıldığında oldukça farklı iki durum olduğu ortaya çıkmaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefil asıl borç ilişkisinin bir tarafı değilken ceza koşulunda asıl borcun borçlusu ve ceza koşulunun borçlusu aynı kişidir²⁵⁸. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu edim bir miktar paranın ödenmesi olmakta fakat ceza koşulunda kararlaştırılan borçlunun edimi para dışında da olabilmektedir²⁵⁹. TBK 583/ II göre “*Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır*”. Kefil

²⁵⁵ Ekinci (n 4) 153.

²⁵⁶ Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu* (1. Bası, Adalet Yayınevi, 2014) 14.; Yağcıoğlu (n 83) 103.

²⁵⁷ Ekinci (n 4) 154.

²⁵⁸ Bilge (n 15) 67; Ekinci (n 4) 154.

²⁵⁹ Tunçomağ Cezai Şart (n 44) 7.

sorumlu olduğu azami miktarı kefalet sözleşmesinde el yazısı ile belirtmezse geçerli bir kefalet sözleşmesi söz konusu olmamaktır. Nitekim ceza koşulu miktarının borçlunun el yazısıyla belirtilmiş olması şartı aranmaksızın belirli olabileceği gibi, belirlenebilir veya belirsiz de olabilmektedir²⁶⁰. Kefalet sözleşmesinin yazılı yapılması TBK 583/I uyarınca bir geçerlilik şartı ve asıl sözleşmeden ayrı yapılan hukuki bir işlem iken ceza koşulu herhangi bir şekle tabi olmayan hukuki bir işlem olmakla beraber ve ayrıca bir sözleşme ile kararlaştırılması şart olmamakta tarafların asıl sözleşmeye ceza koşulu kaydı koyarak ceza koşulunu kararlaştırmalı mümkün olmaktadır.

10.4 Temerrüt Faizi

Faiz; para alacaklısının talep etmeye haiz olduğu bir paraya ilişkin olmak üzere yoksun kaldığı süre için bir hukuki işlem veya kanundan doğan bir karşılık, tazminattır²⁶¹. Faiz; temerrüt faizi, kanuni faiz ve akdi faiz olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Temerrüt faizi Türk Borçlar Kanun'unun 120'nci maddesinde düzenlenmiştir. Temerrüt faizi; para borcunun söz konusu olduğu hallerde kanunen temerrüt şartlarının oluşması halinde alacaklının zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın borçlunun kusuru olmasa dahi ödenmek zorunda olunan faiz türüdür²⁶². Alacaklıda herhangi bir zarar meydana gelmese dahi temerrüt faizi talep edileceği için doktrindeki bir görüş²⁶³ uyarınca temerrüt faizi zarar şartına bağlı olmayan bir götürü

²⁶⁰ Von Tuhr and Escher (n 23) 769-772; Günay Cezai Şart (n 139) 67; Tunçomağ Cezai Şart (n 44) 65.

²⁶¹ Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, (Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.) 124; Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.) (*Para Borçları*) 43.

²⁶² İkinci (n 4) 185; Barlas (n 261) 133-137; Helvacı (*Para Borçları*) (n 261) 102; Kürşad Yağcı, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", (2013), 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421- 422;

²⁶³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 930; Eren (n 18) 1124; Kabaklıoğlu Arslanyürek (n 61) 42; Temerrüt faizinin tazminat olup olmadığı değerlendirilirken zararın bir ölçüt olmadığını çünkü temerrüt faizinde zararın varlığının kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kanun koyucu tarafından zararın varlığı mevcut kabul edilmiştir. Barlas (n 261) 136; Tazminat olarak kabul edilemeyeceği yönünde aksi görüş Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (Schulthess&CO.AG, 1964) 370.

tazminat olmakta, diğerk bir görüř²⁶⁴ ise kanunun belirlediği bir ceza koşulu niteliğini taşıdığını savunmaktadır. Zarar şartının aranmaması yönünden ceza koşulu ile temerrüt faizi benzemektedir²⁶⁵. Aynı zamanda faiz asıl alacağı genişleten yan edim olmakla birlikte fer'i niteliğe sahiptir bu yönüyle de ceza koşuluna uymaktadır. Önemle belirtilmelidir ki faiz alacağı hukuken doğmakla birlikte artık fer'i niteliğe sahip olmayacaktır. Asıl alacaktan bağımsız bir şekilde dava yoluyla takip edilmesi mümkün hale gelecektir.

Her ne kadar yukarıda benzerlikleri ifade edilmiş olsa da aslında ceza koşulu ile temerrüt faizi oldukça farklı iki kurumdur. Temerrüt faizi kanundan doğan bir haktır, oysaki ceza koşulu tarafların anlaşmasıyla bir hukuki işlemin sonucunda meydana gelir²⁶⁶. Aynı zamanda temerrüt faizi yalnızca para borçlarında söz konusu olmaktadır. Edimin ekonomik değeri para ile ifade edildiği hallerde dahi temerrüt faizi istenememektedir. Ceza koşulunu ise taraflar her türlü borca ilişkin olarak kararlařtırabilirler²⁶⁷.

Temerrüt faizinin talep edilebilir olması için borçlunun temerrüde düşmesi bir diğer ifadeyle söz konusu para borcunun zamanında ifa edilmemesi gerekirken ceza koşulu asıl borcun tam ve gereği gibi ifa edilmemesi veya belirlenen zamanda ve yerde ifa edilmemesi sebepleriyle talep edilebilir hale gelir.

Temerrüt faizinin doğması için borçlunun temerrüde düşmesinde kusur şartı aranmamaktadır. Bu sebeple para borçları açısından bir nevi kusursuz sorumluluk hali olmaktadır²⁶⁸. Her ne kadar ceza koşulunun talep edilmesinde ceza koşulunu aşmayan miktar bakımından alacaklı, yalnızca borçlunun borca aykırı davrandığını ispatlayacak, borçlunun kusurunu ispatlamasına

²⁶⁴ Esat. Arsebük, "Cezai şart Mefhumu Etrafında Tahliller", (1936) (16) Adliye Ceridesi, 987-988. (Cezai şart); Yağcıoğlu (n 83) 102; Aksi yönde Helvacı (*Para Borçları*) (n 261) 90.

²⁶⁵ Ekinci (n 4) 186.

²⁶⁶ Karahasan (n 95) 486; Ekinci (n 4) 189; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 190.

²⁶⁷ Kocaağa *Cezai şart* (n 62) 56.

²⁶⁸ Kocaağa *Cezai şart* (n 62) 57.

gerek olmasa da ceza koşulu muaccel olabilmesi için borçlunun kusuru kural olarak gerekmektedir.²⁶⁹. Ancak, TBK 180/II açık hüküm gereğince ceza koşulunu aşan zararının tazmini için alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması gerekmektedir²⁷⁰. Belirtildiği üzere ceza koşulunu aşan miktarın talep edilmesinde alacaklı açısından bir ispat külfeti varken TBK 122 uyarınca temerrüt faizinde, alacaklının temerrüt faizini aşan miktarda zararı olması halinde borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi şartıyla aşan miktara ilişkin borcundan kurtulabilecektir²⁷¹. Dolayısıyla temerrüt faizini ve ceza koşulunu aşan miktar açısından ispat külfeti farklılık göstermektedir.

Ceza koşulu ile temerrüt faizi arasında bir diğer fark ise bu iki kurumun amacı hususundadır. Temerrüt faizinin amacı bir para borcunun geç ifasından dolayı alacaklının uğrayacağı zararın götürü olarak kararlaştırılmasıdır. Ceza koşulunu, borçluyu ifaya zorlama ve asıl borcu teminat altına alma amacına hizmet eder.

Temerrüt faizi kural olarak borçlunun temerrüde düştüğü günden borcun ifa edildiği tarihe kadar devam eder.

10.5 Götürü Tazminat

Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat açıkça bir hükümle ifade edilmemiş olmakla birlikte götürü tazminat sözleşmesi, sözleşmenin taraflarına tek taraflı bir borç yükleyen ve borca aykırılık meydana geldiğinde doğabilecek olan olası zararın tarafın götürü olarak önceden kararlaştırılmasına imkân tanıyan kendine özgü hukuki bir kurumdur ²⁷².

²⁶⁹ Ceza koşulu miktarını aşmayan miktar için borçlunun kusurlu olduğunun karine olduğu Tunçomağ, *Cezai Şart*, (n 44) 105; Oğuzman and Öz, (n 17) 1618.

²⁷⁰ Ekinci (n4) 189; Aksoy (n 43) 1002; Kabaklıoğlu Arslanyürek (n 61) 41.

²⁷¹ Kabaklıoğlu Arslanyürek (n 61) 41.

²⁷² Şafak Parlak Börü “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış” (2017), (129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 195-198. Kapancı “*Sözleşme Cezası*” (n 39) 655; Tuba, *Birinci Uzun Götürü Tazminat*, (Yetkin Yayınları, 2015) 98.

Ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında açıklamalar yapılırken değinildiği üzere doktrinde bir görüş ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir götürü tazminat olduğu yönündedir²⁷³.

Götürü tazminatın ve ceza koşulunun birbirine benzeyen yönleri arasında her ikisinin de fer'i nitelikte oluşu ve alacaklı açısından zararın tazmini kolaylaştırmaları sayılmaktadır. Bununla beraber hem ceza koşulu hem de götürü tazminat asıl borç sözleşmesinin yapıldığı sırada ya da sonrasında zarar meydana gelmeden önce kararlaştırılabilir.

Ancak ceza koşulunda asıl amaç borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak onu ifaya zorlama ve borçlunun borcuna uygun davranmasını garanti altına almak İken götürü tazminatın amacı ispat kolaylığı aynı zamanda zararın tazminidir²⁷⁴. Götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının ispat etmesi zorunlu olmasa da mutlaka bir alacaklıda zarar meydana gelmiş olmalıdır. Buna karşın, ceza koşulunun talep edilebilmesi borçlunun borca aykırı davranışı yeterli olup ayrıca zararın meydana gelmiş olması şart olmamaktadır²⁷⁵. Dolayısıyla götürü tazminatının kararlaştırıldığı bir sözleşmede borçlu, götürü tazminatı ödemekten kaçınmak için mutlaka zararın meydana gelmediğini ispatla mükelleftir²⁷⁶. Bununla beraber götürü tazminatı bir tazminat çeşidi olması sebebiyle götürü olarak belirlenen bedel alacaklının zararından fazla olamamaktadır. Bir diğer ifadeyle alacaklının uğramış olduğu zarar götürü tazminatının bedelinden daha düşük ise, borçlu bu durumu ispatlayarak meydana gelen zarar kadar ödeme yapabilmektedir. Çünkü tazminat bir zenginleşme amacı olarak kullanılamaz ve alacaklının

²⁷³ Günay *Cezai Şart* (n 139) 37; Tunçomağ “*Cezai Şart*” (n 44) 27-29; Ekinci (n 4) 52; Aksi yönde Kocağa *Ceza Koşulu* (n 3) 49; Kapancı “*Sözleşme Cezası*” (n 39) 675-680; Parlak Börü (n 272) 219; Karagöz (n 91) 61. Detaylı bilgi için bkz: “3.4 Ceza Koşulunun Götürü Tazminat Niteliği Taşındığı Görüşü” s. 13.

²⁷⁴ Karagöz (n 91) 62; B. Yağcıoğlu (n 83) 93; Parlak Börü (n 272) 221.

²⁷⁵ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 48; Kocağa *Ceza Koşulu* (n 3) 180; Kabaklıoğlu Arslanyürek (n 61) 130; Uslu (n21) 83.

²⁷⁶ Kılıçoğlu (*Borçlar Hukuku*) (n 62) 798; Kadir Berk Kapancı, *Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (Filiz Kitabevi, 2013) (Götürü Tazminat), 661.

haksız zenginleşmesini sağlayamaz²⁷⁷. Ancak bu durum emredici bir hukuk kuralı niteliğinde değildir. Bu sebeple taraflar götürü tazminat miktarının değişmeyeceğini, zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğu hallerde dahi götürü tazminat miktarının ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ayrıca bir kararlaştırma yok ise götürü tazminat da tazminatı aşan miktarın borçludan istenilmesi mümkün değildir. Ceza koşulunda ise TBK 180/II hükmü uyarınca alacaklının borçlunun kusuru ispat etmesi şartıyla ceza koşulu aşan miktarı talep edebilir²⁷⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179/II fıkrasında ifade edildiği gibi ifaya eklenen ceza koşulunda borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde sonradan yapılan ifayı için alacaklı, ise çekincesiz olarak kabul ederse ceza koşulu talep hakkını kaybederken götürü tazminatta alacaklı ifayı çekincesiz kabul etse de götürü tazminat talep hakkını kaybetmez²⁷⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III fıkrası uyarınca hâkimin aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunun indirilmesinde takdir yetkisi bulunurken, götürü tazminat açısından bu mümkün olmamaktadır²⁸⁰.

Hem ceza koşulu hem de götürü tazminat açısından uygulanacak hükümler farklı olması sebebiyle sözleşmede belirtilen kaydın ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu belirlemek oldukça önemlidir. Yalnızca sözleşmede kullanılan terimlere bakmak tek başına ayırt edici bir nokta olmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların gerçek amaçları bir ölçüt olmaktadır²⁸¹. Bir başka ifadeyle sözleşmeye koyulan kayıt, zararın karşılanması, zarar bedelini belirleme amacı taşıyorsa götürü tazminat; esas borcun ifa edilmesine yönelik borçlu üzerinde bir baskı

²⁷⁷ Tekelioğlu, (n 226) 176; B. Yağcıoğlu (n 83) 95.

²⁷⁸ Parlak Börü (n 272) 222; B. Yağcıoğlu (n 83) 96.

²⁷⁹ Hatemi and Gökyayla (n 85) 354; Tekelioğlu (n 226) 180, Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 201-202.

²⁸⁰ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 09/06/2014 T., 2013/5655 E., K. 2014/4452 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi 14.04.2022)

²⁸¹ Becker (n 168) 160; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 186; Tekelioğlu (n 226) 180.

yaratması amacıyla konulmuş ise ceza koşulunun varlığını kabul etmek gerekir. Ayrıca sözleşmede kararlaştırılan edimin değeri muhtemel olarak gerçekleşecek zarardan çok daha yüksek ise buradaki amacın borçlu üzerinde bir ifa baskı yaratmak olduğu düşüncesiyle ceza koşulu olduğu²⁸² eğer sözleşmedeki kayıt ile zarar arasında yüksek bir fark yok ise götürü tazminat olduğu söylenebilir²⁸³.

Doktrinde bu husus tartışmalı olup ceza koşulu ya da götürü tazminat noktasında tereddüte düşüldüğü hallerde bir görüş²⁸⁴ uyarınca her iki tarafın yararı göz önüne alındığında götürü tazminat olması gerektirir. Bir diğer görüş²⁸⁵ ceza koşulunun Türk Borçlar Kanunun'da düzenlenmiş olması kanun koyucunun da iradesinin ceza koşulu olduğunu gösterir dolayısıyla ceza koşulu olarak kabul edilmelidir nitekim İsviçre doktrinindeki görüşte bu yöndendir. İsviçre doktrinindeki bir görüş²⁸⁶ uyarınca sözleşmedeki kaydın ceza koşulu mu götürü tazminat mı olduğu belirlenemediği hallerde ceza koşulu olduğunu kabul etmek gerekir.

²⁸² Kapancı *Götürü Tazminat* (n 275) 679; Parlak *Börü* (n 272) 224.

²⁸³ Tekelioğlu (n 226) 181.

²⁸⁴ Kılıçoğlu *Borçlar Hukuku* (n 62) 803; Kapancı *Götürü Tazminat* (n 275) 679; Parlak *Börü* (n 272) 224; Birinci Uzun (n 271) 163-164.

²⁸⁵ B. Yağcıoğlu (n 81) 97; Uslu (n 21) 86; Birinci Uzun (n 265) 163.

²⁸⁶ Theres Oertli *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe* (Luzern, 2004) 292.

II.BÖLÜM

CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI, CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

11. Ceza Koşulunun Muaccel Olması ve Muacelliyet Şartları

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için öncelikle asıl borcun muaccel olması²⁸⁷ ve borçlu tarafından asıl edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekir. Borçlunun temerrüde düşmesi şart değildir. Ayrıca, alacaklıda herhangi bir zararın meydana gelmiş olması da gerekmemektedir.

TBK’de ceza koşulunun muaccliyeti hakkında ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza koşulunun muaccel hale gelebilmesi için yalnızca asıl borcun muaccel olması tek başına yeterli olmayıp ayrıca asıl borcun ihlal edilmiş olması gerekir. Bir diğer ifadeyle ceza koşulunun ifası sözleşme hükümlerinin ihlali geciktirici şartına bağlı olmaktadır²⁸⁸. Asıl borç ihlal edilene kadar ceza koşulu askıda olacaktır²⁸⁹. Asıl borcun muaccliyet zamanı bir kanun hükmünden, tarafların anlaşmasından, ihbardan ya da hukuki ilişkinin yorumundan ve kapsamından tespit edilebilir²⁹⁰.

Asıl borç ihlalinin, borcun zamanında ifa edilmemiş olması durumu ise taraflar asıl borç için herhangi bir vade öngörmedikleri hallerde TBK 90’a göre “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur asıl borç*

²⁸⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 455.

²⁸⁸ Eren (n 18) 1183; Kılıçoğlu (n 62) 784; Nomer (n 17) 26.

²⁸⁹ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 217.

²⁹⁰ Ozanoğlu (n 83) 73.

doğumuyla birlikte muacceliyet kazanacaktır.” Dolayısıyla asıl borcun doğdu tarihinde borçlu borcunu ihlal etmemiş ise ceza koşulu da muaccel olacaktır. Buna karşın taraflar belirli, olağan ve kesin vade türlerinden birini belirleyebilirler. Tarafların kararlaştırdıkları vadenin gelmesiyle asıl borç muaccel hale gelir, muaccel olan asıl borç ifa edilmezse ceza koşulu muaccel olacaktır²⁹¹.

11.1 Asıl Borcun Yerine Getirilmemiş Olması

Yukarıda belirtildiği üzere asıl borcun tek başına muaccel hale gelmesi ceza koşulunun muaccel olması için yeterli olmayıp ayrıca ceza koşulunun bağlandığı borcun da yerine getirilmemiş yani ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Bu ihlal, asıl borcun borçlu tarafından hiç ifa edilmemesi durumu olabileceği gibi gereği gibi ifa edilmemesi de olabilmektedir²⁹². Bu nedenle tarafların ceza koşulunu belirlerken genel olarak “sözleşme ihlali” gibi kesin olmayan muğlak ifadeler yerine ihlali somut olarak belirtmeleri oldukça önemlidir²⁹³.

Asıl borç imkânsız hale gelmeden başka bir ifadeyle borcun ifası edilmesi mümkün iken borçlu borcunu ifa etmezse artık ifa zamanı geçmiştir fakat ifa etme imkânı mevcuttur. İfa zamanının geçmiş olması borçluyu temerrüde düşürür. Borçlu borcunu gereği gibi ifa etmediği hallerde de ceza koşuluna katlanmak zorunda kalır. Gereği gibi ifa etmemekten anlaşılması gereken, ifa edilen borcun tarafların kararlaştırdığı yer ve zamanda olmaması veya nitelik yönünden kötü ifa edilmiş olması durumudur²⁹⁴.

²⁹¹Saymen and Elbir (*Borçlar Hukuku*) (n26) 840; Feyzioğlu (n 123) 399; Kocağa *Ceza Koşulu* (n 3) 217.

²⁹²B. Yağcıoğlu (n 83) 173.

²⁹³Harm Peter Westermann, “Erman BGB, Kommentar” in Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer Harm Peter Westermann (eds)(15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017) 339.

²⁹⁴Eren (n 18) 1068; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 972.

Asıl borcun ihlal edilmiş olabilmesi için tarafların asıl sözleşmede somut olarak kararlaştırdıkları edimin hiç yapılmaması, gereği gibi ya da belirlenen yer zamanda yapılmamış olması gerekmektedir. Örneğin yalnızca istenilen tarihte bir malın teslim edilmemesi ihtimaline karşı bir ceza koşulu kararlaştırılmış ve belirlenen tarihte mal teslim edilmez ise ceza koşulu muaccel olur. Çünkü borç gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır. Bununla beraber belirlenen tarihte ama belirlenen yer dışında başka bir yerde borç ifa edilirse burada ceza koşulu muaccel olmayacaktır. Zira ceza koşulu ilgili olayda sadece belirlenen zamanda ifa edilmemesine karşı koyulmuştur. Yargıtay²⁹⁵ kararlarında da sözleşmede belirtilen ve ceza koşulunun kararlaştırıldığı edimin ihlal edilmediği hallerde borçlu lehine yorum yapılması gerektiği dolayısıyla ceza koşulunun talep edilemeyeceğini belirtmiştir.

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için borca aykırı hareketin kaç defa yapılması gerektiğini taraflar belirleyebilmektedir. Tek bir hareketi ihlal niteliğinde sayabilecekleri gibi hareketin tekrarlanması gerektiğini de kararlaştırabilirler. Ayrıca taraflar her borca aykırılık hali için tek tek ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırdıkları gibi birden fazla borca aykırılık halinde dahi tek bir ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırabilirler.

Sözleşmede kararlaştırılan somut edimin ihlal edileceği muhtemel ya da önceden belli olsa bile ceza koşulunu muaccel hale getirmez²⁹⁶. Alacaklı ceza koşulunu talep edilebilmek için sözleşmede kararlaştırılan tarihi beklemek zorundadır²⁹⁷. Örneğin bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı 25 Ekim'de teslim edeceğini belirtilmiş eğer etmez ise geciken her gün için yüklenicinin 1000 TL ödemeyi taahhüt ederek ceza kaydı koyulduğunda 24 Ekim'de inşaatın hala başlamadığı bilirse dahi ceza koşulu 24 ekimde

²⁹⁵ YHGK E.1958/3; K: 1959/1; T.07.01.1959 (www.kazanci.com) (erişim tarihi: 18.04.2022).

²⁹⁶ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 98; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 226.

²⁹⁷ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 216.

muaccel olmaz. Zaman açısından sınırlandırılmış rekabet etmeme borcu açısından bu husus oldukça önemlidir. Rekabet etme yasağı bulunan borçlunun sürenin bitimine az bir zaman kala rakip şirkete iş başvurusu yaparsa ceza koşulu muaccel hale gelmez. Çünkü işçinin işe alındığı tarih ceza koşulunu muaccel yaparken yalnızca başvuru işlemi ceza koşulunu muaccel hale getirmez.

Asıl sözleşmenin borçlusunun tek bir kişi olduğu durumlarda sadece onun tarafından somut ihlalin meydana gelmesiyle ceza koşulu muaccel olur. Fakat borçlu tarafın birden fazla kişi olduğu durumlarda somut ihlalin kim tarafın gerçekleştiği bazı durumlarda önem taşımaktadır. Eğer asıl borcun konusu bölünebilir nitelikte ise aksi kararlaştırılmadığı takdirde sadece borcu ihlal eden borçlu asıl borçtaki payı oranında ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacaktır²⁹⁸. Diğer bir ifadeyle ceza koşulu yalnızca somut ihlali gerçekleştiren borçlu için muaccel olacaktır. Diğer borçluların ceza koşulunu ifa etme yükümlülükleri doğmayacaktır.

Asıl borcun konusu yapmama borcu gibi bölünemez nitelikte olduğu hallerde ihlal yalnızca bir borçlu tarafından gerçekleşse dahi ceza koşulu tüm borçlular açısından muaccel hale gelecektir²⁹⁹. Kanun koyucu bölünmez nitelikte olan birçok borcu müteselsil borca benzetmiştir³⁰⁰. Dolayısıyla diğer borçluların bizzat somut ihlalde kusurları olmamasına rağmen alacaklı her bir borçludan ceza koşulunun tamamının ifasını talep edebilecektir³⁰¹. Örneğin rekabet etmeme sözleşmesi bir yapmama borcu olup bölünemez niteliktedir. Bir borçlunun rekabet etmeme sözleşmesine aykırı davranışı sonucunda kararlaştırılan ceza koşulu tüm borçlular için muaccel hale gelecektir. Önemle belirtilmelidir ki bir yapmama borcunun varlığı halinde sözleşmede

²⁹⁸ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 98-99; Kocağa *Ceza Koşulu* (n 3) 227.

²⁹⁹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 99; Karahasan (n 95) 1396; Akıntürk and Ateş Karaman (n18)167.

³⁰⁰ B. Yağcıoğlu (n 83) 176.

³⁰¹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 99, Tunçomağ *Borçlar Hukuku* (n 13) 868; Akıntürk and Ateş Karaman (n18)167.

kararlaştırılan yapmama borcu, borçlunun davranışıyla gerçekteşmemiş ise ceza koşulu muaccel olmayacaktır. Örneğin bir taşınırın borçluya verilmesi ve kimseye satılmayacağı aksi halde bir miktar paranın ödeneceği kararlaştırılan bir yapmama borcunda, ilgili taşınırın kanunen cebri icra yoluyla bir başkasına satılırsa ceza koşulu muaccel hale gelmez³⁰².

Müteselsil borçlulukta ceza koşulunun borçluların tümü tarafın üstlenildiği hallerde yalnızca bir borçlu borcunu ihlal etse dahi ceza koşulu tüm borçlular için muaccel hale gelir ve tüm borçlulardan ceza koşulu talep edilebilecektir. Ancak müteselsil borçlulardan yalnızca biri ceza koşulunu üstlendiği durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 165'inci maddesinde belirtildiği gibi “[k]anun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz”. Dolayısıyla yalnızca tek bir borçlunun ceza koşulunu üstlendiği durumlarda ceza koşulu yalnızca o borçlu için muaccel olup diğer borçlulardan talep edilemeyecektir³⁰³.

11.2 Borçlunun Kusurunun Aranıp Aranmayacağı

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için somut borcun ihlalinde borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş³⁰⁴ uyarınca ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun borca aykırı davranmasında kusur şartı aranmaz çünkü alacaklı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borçlunun kusuru olmasa da ceza koşulunu talep edebilir. Bu görüşe göre ceza koşulunda borçlunun kusurlu olması şartı ceza koşulunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Ancak borç borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşırsa asıl edim sona ereceği için ceza koşulunun da

³⁰² Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 100.

³⁰³ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 99; Becker (n 168) 146; İnan and Yücel (n 17) 568; Cansel and Özel (n 18) 729.

³⁰⁴ Eren (n 18) 1187; Ekinci (n 4) 282; Cansel and Özel (n 18) 1084.

sona ereceği kabul edilmelidir³⁰⁵. Doktrindeki bir başka görüşe³⁰⁶ göre kusurun varlığını kural olarak aranmakla birlikte asıl edim bir yapmama borcuysa, ceza koşulunun muaccel olabilmesi için asıl edimin ihlal edilmesi yeterlidir ayrıca bir kusur şartı aranmamalıdır. Buna karşılık bir diğer görüş³⁰⁷ uyarınca nasıl ki tazminat talebinde borçlunun kusuru aranıyorsa aynı şekilde ceza koşulunun da talep edilebilmesi için borçlu borca aykırı davranışını kusur sebebiyle gerçekleştirmiş olmalıdır. Borçlunun kusurunu alacaklı ispatlamak zorunda değildir³⁰⁸. Herhangi bir kusurunun olmadığı borçlu ispat etmelidir. Aksi halde ceza koşulunu ödemekle mükellef olacaktır³⁰⁹. Kanaatimizce ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun somut ihlali kusuru ile gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Aksi halde ceza koşulunun ifa baskısı yaratma amacıyla bağdaşmayacaktır. Borçlunun kusurlu olduğunun ispatı alacaklı üzerinde olmayıp, borçlu somut ihlalde hiçbir kusuru olmadığını ispat edemez ceza koşulunu ödemek zorunda kalacaktır.

TBK 182/II uyarınca “*asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” İlgili maddeye göre asıl borç borçlunun kusuru olmaksızın örnek mükellef sebep veya beklenmedik hal sonucu imkansızlaşır asıl borç ve onun fer’isi olan ceza koşulu da talep edilemez³¹⁰. Önemle belirtilmelidir ki bu bir emredici hukuk kuralı değildir. Hükmün metninde de belirtildiği gibi aksi taraflarca her zaman kararlaştırılabilir³¹¹. TBK 182/II’nin yalnızca imkânsızlık hallerinde değil, borçlunun sorumlu tutulamayacağı her borca aykırılıkta ceza koşulunun

³⁰⁵ Eren (n 18) 1187; Göktürk (n 39) 403.

³⁰⁶ Westermann (n 276) 339; Bilge (n 17) 91; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 236.

³⁰⁷ Ozanoğlu (n 83) 104; Kılıçoğlu (n 62) 791; Oğuzman ve Öz (n 17) 544; İnan and Yücel (n 17) 568; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 464; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 433; Hatemi and Gökyayla (n 85) 383.

³⁰⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 464.

³⁰⁹ Hatemi and Gökyayla (n 85) 383.

³¹⁰ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 231; Akıntürk and Ateş Karaman (n 18) 167.

³¹¹ Eren (n 18) 1187.

muaccel olmadığını dolayısıyla talep edilememesi gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır³¹².

Borçlunun borca aykırı davranışında ağır veya hafif kusurunun bulunmasında kural olarak herhangi bir fark yoktur. Asıl borcun ihlal edilmesinde kusur derecesinin bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle borçlunun bilerek isteyerek asıl borcu ihlal etmesiyle özen eksikliği sonucunda borcun ihlal edilmesinde bir fark olmamakta her iki durumda da ceza koşulu muaccel hale gelmektedir. Fakat asıl borç olağanüstü hâl, mücbir sebep veya alacaklının bir kusuru sonucunda ihlal edilmişse ceza koşulu muaccel olmayacaktır.

Kusurun ispat yükü bakımından ise alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda değildir çünkü borçlunun kusuru karine olarak kabul edilmektedir³¹³. Dolayısıyla borçlunun borcun ifa edilememesinde hiçbir kusuru olmadığını kanıtlaması gerekmektedir. Aksi takdirde ceza koşulunu ödemek durumunda kalacaktır. Bu durumun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Diğer bir anlatımla taraflar isterse borçlunun kusurlu olduğu ispat külfetini alacaklıya bırakabilirler³¹⁴. Ancak bu durum yalnızca kusur için geçerli olabilir, zira zarar için böyle bir düzenleme yapılması halinde ceza koşulunun niteliğiyle uygun olmayacaktır³¹⁵.

Asıl borç, alacaklının kusuru ile ihlal edildiğinde iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı söz konusu olduğu hallerde alacaklı yapması gerekenleri yapmadığı takdirde TBK 106'ya göre alacaklı temmerüde düşer. Asıl borç sona ermesinde de ceza koşulu muaccel hale gelmez³¹⁶.

³¹² Kılıçoğlu (n 62) 792; Oğuzman and Öz (n 17) 544.

³¹³ Oğuzman and Öz (n 17) 533; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 360; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 105.

³¹⁴ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 227.

³¹⁵ Bilge (n 17) 109.

³¹⁶ Bilge (n 17) 92; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 227.

12. Ceza Koşulunun Muaccel Olduğunun İspatı

Yukarıda belirtildiği gibi ceza koşulunun muacceliyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda uyumsuzluk bulunması halinde muaccel olduğuna dair ispat külfetinin kimde olduğuna ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun aksine Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Kanun'unun 345'inci paragrafı olumlu ve olumsuz edimlerin ispatı açısından bir ayırım yapmıştır. İlgili kanuna göre olumlu edimlerde asıl borcun ifa edildiği borçlu ispatla mükellef, olumsuz edimlerde ise borca aykırı davranıldığını ispat edecek olan taraf alacaktır.

Herhangi bir kanuni düzenleme olmaması sebebiyle Türk hukuku bakımından bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüş³¹⁷ uyarınca asıl borcun gerçekleştirilmediği ve bu nedenle de ceza koşulunun muaccel hale geldiğini ispat yükünün alacaklıda olması gerekirken, diğer görüş³¹⁸ ise borçlunun, borcunu tam veya gereği gibi ifa ettiğini bu sebeple ceza koşulunun muacceliyet kazanmadığını ispatlaması gerektiği yönündedir.

Kanaatimizce ceza koşulu alacaklısının muacceliyet için gerekli şartların oluştuğunu ispat etmesi gerekmektedir. Buna karşılık borçlu muacceliyet için gerekli şartların oluşmadığı iddia ediyorsa bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olmalıdır³¹⁹.

13. Muacceliyeti Ağırlaştırır veya Hafifleten Anlaşmalar

Ceza koşulu türlerinden olan seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulu açısından muacceliyet şartları herhangi bir farklılık

³¹⁷ Bilge (n 17) 93; B. Yağcıoğlu (n 83) 183.

³¹⁸ Von Tuhr and Escher (n 23) 281; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, (n 48) 985; Ehrat and Widmer (n 80) 160.

³¹⁹ Von Tuhr and Escher (n 23) 281; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, (n 48) 985; Bentele (n 80) 77-78; Bilge (n 17) 94.

göstermemektedir³²⁰. Dolayısıyla her ikisi açısından da ceza koşulunun muacceliyet şartlarının tarafların anlaşması sonucunda ağırlaşması veya hafiflemesi mümkün olacaktır. Örneğin borçlunun beklenmedik halden dahi sorumlu olacağına kararlaştırılması durumunda borçlu aleyhine muacceliyet şartlarının ağırlaştırılması mümkündür. Ceza koşulunun muacceliyet şartlarının borçlu lehine hafifletilmesi de mümkündür. Örneğin asıl borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde borçludan ceza koşulu talep edilmeden önce alacaklının ihtar şartını yerine getirmesi gerektiği, ihtar da belirtilen süre içinde borçlu asıl borcu ifa ederse ceza koşulunun hiç muaccel olmayacağı kararlaştırılabilir³²¹.

Önemle vurgulanmalıdır ki muacceliyet şartları kararlaştırılırken ceza koşulunun amacına ve niteliğine aykırı hareket edilmemelidir. Örneğin daha önce de belirtildiği gibi zararın meydana gelmesini muacceliyetin bir şartı olarak kararlaştırmak veya tazminatın azami miktarının belirlenmesi gibi hallerde ceza koşulundan söz etmek mümkün olmayacak, götürü tazminatın varlığı söz konusu olmaktadır.

14. Ceza Koşulunun Muaccel Olması İçin Zararın ve Temerrüdün Gerçekleşmesinin Şart Olmaması

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için alacaklının zarara uğraması ya da temerrüdün gerçekleşmesi bir gereklilik değildir. TBK 180/I uyarınca *“alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir”* ifadesinde açıkça anlaşılacağı üzere ceza koşulunun muaccel olabilmesi için alacaklıda herhangi bir zararın gerçekleşmesi şart değildir. Öyle ki hiç zarar meydana gelmese ya da zarar meydana gelmiş olmakla birlikte ceza koşulu miktarının altında olsa dahi ceza koşulu muaccel

³²⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 96.

³²¹ B. Yağcıoğlu (n 83) 184; Yarg. 23. HD E. 2014/3920; K. 2015/1151, T. 24.02.2015 (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20.04.2022.

olacaktır. Her ne kadar sorumluluk hukuku açısından zararlar tazminat arasında bir illiyet bağı bulunması gerekirse de “*zarar yoksa tazminata da yer yoktur*”³²² ilkesinin istisnası ceza koşulu olmaktadır. Doktrinde TBK 180/I hükmünün emredici nitelikte değil tamamlayıcı nitelikte olduğunu dolayısıyla tarafların anlaşması halinde zararın muacceliyet şartı olabileceği de savunulmaktadır³²³.

Ceza koşulunun muaccel olması alacaklının ihtar çekmesine ve borçlunun temerrüde düşmesine bağlı olmamaktadır. Hatta ceza koşulu borçlunun temerrüdü hükümleri arasında düzenlenmemiş, bu sonuçlardan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Doktrindeki bir görüşe³²⁴ göre ceza koşulunun muaccel olabilmesi için asıl borcun muaccel olması tek başına yeterli olmamakta borçlunun temerrüde düşmesi gerekmektedir. Nitekim ceza koşulunun kararlaştırılmasındaki amaç borçlunun temerrüdü sonucunda alacaklının kullanacağı seçimlik haklarla yetinmek değildir³²⁵.

15. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini

Ceza koşulunun alacaklı tarafından borçludan talep edilebilmesi için alacaklının, zararı ispatlaması gerekmemektedir. Başka bir ifadeyle alacaklı borçlunun borca aykırı davranması sonucunda bir zararının meydana geldiğini ispatla mükellef değildir. TBK 180/I’de geçen “*alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” ifade tazminat hukukunun istisnası niteliğindedir³²⁶. Çünkü tazminat hukuku çerçevesinde tazminat talep edilebilmesi için bir zarar meydana gelmiş

³²² B. Yağcıoğlu (n 83) 185.

³²³ Ehrat ve Widmer (n 80) 161; 180/I tamamlayıcı nitelikte kabul etmekle beraber bu hususun çok dikkatli yapılması gerektiğine aksi halde götürü tazminatına dönüşebileceği görüşü için bkz: B. Yağcıoğlu (n 83) 185.

³²⁴ Bucher (n 119) 526; Huguenin (n 11); 1217; Berki (n 22) 191; Kanık (n 62)1074; Ehrat and Widmer (n 80)160.

³²⁵ Bilge (n 17) 89; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 95.

³²⁶ Uslu (n 21) 158.

olmalı, illiyet bağı ve bu zararın da ispatı gerekmektedir. Ancak TBK 180/II’de meydana gelen zararın ceza koşulundan daha yüksek olduğu haller için ayrıca bir düzenleme bulunmaktadır.

15.1 Genel Olarak Ceza Koşulunu Aşan Zararın İşlevi ve Uygulama Alanı

Çalışmamızın birinci bölümünde ceza koşulunun amaçları açıklanırken ceza koşulunun genellikle ağır basan amaçları asıl borcun ifasını güvence altına almak ve borçlu üzerinde manevi bir baskı yaratmak olsa da asıl borcun ihlali neticesinde alacaklının dolaylı olarak zararının tazmin edilmesi işlevini de bu noktada görmekteyiz. Örneğin borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının uğradığı zarar yüz bin türk lirası ise ve asıl borç için ceza koşulu kaydı konulmuş, konulan ceza koşulunu bedelinin de 100.000 türk lirası olduğu hallerde alacaklının dolaylı olarak zararını tazmin ettiğini söylebiliriz. Nitekim ceza koşulunun muaccel olabilmesi için zararın meydana gelmiş olması bir koşul olmamaktadır. Her ne kadar yukarıda verilen örnekte alacaklının zararı kadar bir ceza koşulu önceden kararlaştırılmış ise uygulamada her zaman muhtemel zararı karşılayacak bir ceza koşulu belirlemek kolay olmamaktadır.

Dolayısıyla Alman Medeni Kanunu’nun aksine TBK 180/II’de alacaklının menfaati gözetilerek ceza koşulunu aşan zararın tazmini ayrıca düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, alacaklının uğramış olduğu zarar ceza koşulunu aşıyorsa alacaklı borçlunun kusuru ispat etmek şartıyla aşan miktarı da borçludan talep edebilir³²⁷. TBK 180/II’de belirtildiği üzere alacaklının lehine bir düzenleme olmakla beraber TBK 182/III hükmü gereğince de hâkim aşırı ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda res’en indirim uygulayabilmektedir. Bu iki hüküm beraber değerlendirildiğinde kanun koyucunun taraflar arasında bir denge sağlama amacı güttüğü

³²⁷ Alman Medeni Kanunu’nun aksine İsviçre Borçlar Kanunu’nda da ceza koşulunu aşan zararın tazmini 161/III fıkrasında düzenlenmiştir.

söylenmektedir. TBK 180/II alacaklı lehine olmakla beraber aynı zamanda da borçlu lehinedir. Çünkü TBK 112'deki genel kural uyarınca borcun ifa edilmemesi halinde borçlu kusursuz olduğunu ispat etmek zorundayken ceza koşulunu aşan zararın tazmininde alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlamak zorundadır³²⁸. Ayrıca alacaklının zararı tazmin talebi kanun koyucu tarafında ceza koşulunu aşan miktar ile sınırlandırılmıştır.

Ceza koşulunu aşan miktarın hesaplanma tarihi ceza koşulunun ifa edildiği tarihtir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı hallerde ve zararın ceza koşulunu aşmadığı başka bir anlatımla ceza koşulunun zararı karşıladığı hallerde ceza koşulunun yanında ayrıca zarar talep edilemez. Tarafların zararın ceza koşulunu aşmadığı hallerde dahi hem ceza koşulunun hem de zararın talep edilir hale geleceğini sözleşmede açıkça ifade etmek³²⁹ suretiyle kararlaştırabilirler.

Ceza koşulunu aşan zararın tazmininin hem seçimlik ceza koşulunda hem de ifaya eklenen ceza koşulunda uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışma konusudur. Doktrindeki bir görüş³³⁰ uyarınca ifaya eklenen ceza koşulunda aşkın zararın tazmin edilemeyecektir. İlgili görüşe göre ceza koşulu borcun “hiç ve gereği gibi” edilmediği hallerde istenebilir, ancak ifaya eklenen ceza koşulu taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde “ifanın kararlaştırılan yer ve zamanda yapılmamış” olması durumunda söz konusu olabilmekte dolayısıyla ifaya eklenen ceza koşulu daha dar bir kapsama sahip olmaktadır. Bu nedenle TBK'nin ceza koşulu hükümleri göz önüne alındığında asıl amaç ifa yerine ceza koşulu olup, ifaya eklenen ceza koşulu değildir. İfaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulunun aşıldığı bir zararla karşılaşmak çok muhtemel değildir. Ancak TBK uyarınca aşan zararın

³²⁸ Reisoğlu (n 18) 458; B. Yağcıoğlu (n 83) 212.

³²⁹ Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri (10. edn, Beta Yayıncılık, 2017) 361.

³³⁰ Kapancı *Sözleşme Cezası* (n 39) 565-567.

tazmini açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Bir diğer ifadeyle ceza koşulunu aşan zararının tazmininin sadece seçimlik ceza koşulunda ya da sadece ifaya eklenen ceza koşulunda uygulanabileceği dair ayrıca bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce ve doktrindeki diğer görüş³³¹ uyarınca ceza koşulunu aşan zararın tazminine ilişkin ilgili hüküm her iki ceza koşulu türünde de uygulanabilir olmaktadır.

Ceza koşulunun para veya para dışında bir edim olarak kararlaştırılması ceza koşulunu aşan zararın tazmini açısından bir fark yaratmamaktadır³³². Alman Medeni Kanunu'nda bu durum hakkında açık bir düzenleme bulunup, Alman Medeni Kanunu'nun 342'nci paragrafı uyarınca ceza koşulunun para dışında bir edim olarak kararlaştırılması halinde alacaklının tazminat talebinde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Alman doktrinindeki bir görüşe³³³ göre bu hüküm bir tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Dolayısıyla taraflar anlaşarak bu durumun aksini kararlaştırabilir. Ceza koşulunun para dışında bir edim olduğu hallerde taraflar anlaşması halinde ceza koşulunu aşan miktar için alacaklının talep hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla ceza koşulunun konusunun para olduğu durumlarda da alacaklı ceza koşulunu aşan zararı da isteyebilmektedir. Ayrıca ceza koşulunun konusunun para olmadığı hallerde de mutlaka ekonomik bir değer sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle ceza koşulunun konusunun para olmadığı durumlarda da alacaklı ceza koşulunu aşan miktarı da talep edebilecektir.

Belirtildiği üzere ceza koşulunu aşan miktarın tazmini seçimlik ceza koşulunda ve ifaya eklenen ceza koşulunda mümkün olmakla beraber, ifayı engelleyen ceza koşulunda kural olarak ceza koşulunu aşan miktarın talep edilememektedir. Zira borçlu ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden

³³¹ Schoch (n 55) 56-57; Berki, (n 22) 295; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 121; Eren (n 18) 1212; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 359 Hatemi and Gökyayla (n 85) 358; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 310.

³³² Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 122; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 312.

³³³ 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., 1994.) 7-9.

dönmektedir³³⁴. İfayı engelleyen ceza koşulunda borçlu kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek asıl borcun ifasından kaçınabilmektedir. Borçludan ceza koşulundan daha yüksek bir tazminat talep edilmesi ifayı engelleyen ceza koşulunu amacından saptırmaktırmadır³³⁵. Ancak tarafların bu durumun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Taraflar anlaşmaları halinde ifayı engelleyen ceza koşulunda da borcun ifa edilmemesinden dolayı alacaklının zararının ceza koşulundan yüksek olduğu haller için ceza koşulunu aşan miktarın tazmin edileceğini kararlaştırabilirler³³⁶.

İfaya eklenen ceza koşulundan alacaklının ceza koşulunda feragat etmesi halinde ceza koşulunu aşan miktardaki zararının talep edilip edilemeyeceği hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe³³⁷ göre TBK 179/II hükmü yalnızca alacaklının ceza koşulunu talep etmediği anlamına gelmektedir. Bu nedenle alacaklının ceza koşulu miktarını aşan zararının tazmininden de feragat ettiği anlamı anlaşılmamalıdır. Diğer bir görüş³³⁸ ise ceza koşulunu aşan miktarın tazminine ilişkin TBK 180/II hükmü ceza koşulunun varlığında anlam ifade etmektedir. Kanaatimizce alacaklı ceza koşulundan feragat ederse ceza koşulunun varlığından söz etmek mümkün olmayacağı için ceza koşulunu aşan zararın tazmininde TBK 180/II hükmü dikkate alınmamalıdır. Fakat alacaklı Kanunu'ndaki genel hükümler uyarınca tüm zararını talep edebilir.

15.2 Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini İçin Gerekli Şartlar

Öncelikle alacaklının aşan zararını borçludan talep edebilmesi için ceza koşulunu aşan bir zararın varlığı, meydana gelen bu zarar ile borçlunun borcunu ihlal etmesi arasında illiyet bağı ve borçlunun kusuru gerekmektedir.

³³⁴ Uçar (n 39)80; Eren (n 18) 1212.

³³⁵ Uslu (n 21) 161.

³³⁶ Karagöz (n 91) 50.

³³⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 126.

³³⁸ B. Yağcıoğlu (n 83) 213.

TBK 180/II'de belirtildiği üzere alacaklı ceza koşulu ile karşılayamadığı zararın tamamını değil yalnızca ceza koşulu olarak kararlaştırılan miktarı aşan kısmı talep edebilir. Bir diğer ifadeyle kararlaştırılan ceza koşulu miktarı alacaklının uğradığı zarardan daha az olması kaydıyla ceza koşulunu aşan miktar hesap edilirken kararlaştırılan ceza miktarı zarardan düşülür. Örneğin alacaklı, borçlunun borcunu hiç ifa etmemesi sebebiyle 80.000 TL zarara uğradığı bir durumda asıl borca bağlanan 50.000 TL değerinde bir ceza koşulu konulmuş ise alacaklı 50.000 TL değerindeki ceza koşulunu ve uğramış olduğu zarar ile borçlunun kusurunu ispat etmek şartıyla ve 30.000 TL değerindeki aşan zararı talep edebilir. İlgili hükmün emredici hukuk kuralı olmaması sebebiyle taraflar taraflar ceza koşulunun zarardan düşülemeyeceğini de kararlaştırabilirler. Bu durumda alacaklı hem ceza koşulunu hem de tazminatının tamamını talep edebilecektir. Ayrıca tam aksi yönde ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilemeyeceğini de kararlaştırabilirler³³⁹.

Her ne kadar ceza koşulunu aşan zarar ile temerrüt faizini aşan zarar arasında benzerlik olsa da temerrüt faizini aşan zararın aksine ceza koşulunu aşan zararın istenebilmesi için alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması gerekir. Oysaki temerrüt faizini aşan zarardan kaçınmak isteyen borçlu kusurlu olmadığını ispat etmekle mükellef olacaktır.

Alacaklının uğramış olduğu zarar hesaplanırken alacaklının kendine düşen edimi de hesaba katılmalıdır³⁴⁰. Seçimlik ceza koşulunun kararlaştırıldığı hallerde alacaklı henüz kendi edimini yerine getirmediyse ceza koşulunu aşan zarar hesaplanırken alacaklının ediminin değeri göz önüne alınacaktır. Alacaklı edimini yerine getirdiği durumlarda ise ediminin değerini bir olumlu zarar kalemi olarak ceza koşulunu aşan zararın hesabında dikkate alınacaktır.

³³⁹ Bilge (n 17) 112; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 126.

³⁴⁰ Hatemi and Gökyayla (n 85) 384.

Çünkü “fark teorisi” uyarınca karşı edimin değeri zarar hesaplanırken zarar kalemlerinden düşülmesi gerekmektedir³⁴¹. İfaya eklenen ceza koşulunda ise ceza koşulunu aşan zararın hesaplanmasında alacaklının ediminin değeri zarar hesaplamasında göz önüne alınmayacaktır. Çünkü, ifaya eklenen ceza koşulunda alacaklının ceza koşulunu istemesi için, ifayı istemesi ve buna bağlı olarak kendi edimini de yapmış olması gerekir. Fark teorisi açısından bir örnek vermek gerekirse, bir satış sözleşmesinde satıcının borcu satılanın zilyetliğini alıcıya devretmek iken alıcının borcu da satış bedelini ödemektir. Bir malın belli bir günde kendisine satışı için ceza koşulu kararlaştırılmış ise ve satıcı borcunu gereği gibi ifa etmezse ceza koşulu muaccel olur eğer alıcı da bu sebeple zararı uğramış ve bu zarar da ceza koşulu miktarını aşıyor ise, ceza koşulunun yanında zararın tazmini hesaplariken satış bedelini ödeme borcunun düştüğü de göz önüne alınmalıdır.

Borçlu borcunu kısmen ifa etse de burada tam ifa olmaması sebebiyle kısmen ifa hallerinde bu sebeple meydana gelen ve ceza koşulunu aşan zarar talep edilebilir. Fakat zamanında kısmi ifayla kabul edilenler borçluya geri verilmelidir. Bu durum sonradan olan kısmi imkânsızlık halinde de geçerlidir. Meydana gelen zararın ceza koşulundan fazla olup olmadığı tespit edilirken, alacaklının üzerine düşen edim de dikkate alınmalıdır. Zararın artmasında alacaklının sebep olduğu durumlar varsa hesaba katılmalıdır.

Ceza koşulunu aşan zararın talep edilebilmesi için ceza koşulunu muaccel hale getiren somut ihlal ile ceza koşulunu aşan zarar arasında mutlaka uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir³⁴². Doktrindeki bir görüş³⁴³ uyarınca ceza koşulunu aşan zararın tazminine ilişkin olan TBK 180/II hükmünün

³⁴¹ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 33.

³⁴² Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 124; Uçar, (n 39) 82.

³⁴³ Becker, (n 168) 160; von Tuhr and Escher (n 23) 283; Berger (n 154) 1797; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 123; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 209. Aksi yöndeki görüş için ayrıca bkz: B. Yağcıoğlu (n 83) 216: Ceza koşulunun kararlaştırıldığı somut ihlal sebebiyle bir zarar meydana gelirse ceza koşulunu aşan miktar için TBK 180/II hükmü uygulanmalı, kararlaştırılmayan ihlaller için alacaklının kanundan doğan diğer haklarına bir sınırlama getirilmemelidir.

tarafarca sözleşmede kararlaştırılmayan bir sebepten doğan zararların da ilgili hükme göre tazmin edilebileceğidir. Çünkü ilgili hüküm alacaklıya bütün zararlarını tazmin imkânı sunmaktadır.

TBK 180/II'de belirtildiği üzere ceza koşulunu aşan zararın alacaklı tarafından talep edilmesi için borçlu borca aykırı davranışında kusuru olması gerekmektedir. Ancak burada TBK 112 aksine borçlu kusursuz olduğunu değil alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispatlayacaktır. Dolayısıyla kusurda ispat yükü alacaklı üzerindedir³⁴⁴. Örnek vermek gerekirse borçlunun borcunu ifa edeceği tarih tarafarca belirlenmiş ve borçlunun borcunu gününde ifa etmemesi halinde 25.000 TL ödeyeceği tarafarca ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı bir durumda borçlunun borcunu gününde ödememesi sebebiyle alacaklı 30.000 TL bir zarara uğrar ise alacaklının ceza koşulunu aşan miktar olan 5.000 TL'yi talep edebilmesi için borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir. Oysa daha önce de belirtildiği gibi alacaklının ceza koşulunu talep ederken, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmiyordu. Doktrindeki bir görüş³⁴⁵ kira tazminatının talep edilebilmesi için alacaklının kira tazminatının varlığını ve miktarını ispat etmesi yeterli iken, ceza koşulunu aşan zararın tazmini için ilaveten borçlunun kusur şartının ispatlanmasını eleştirmektedir.

Kanunen düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinde alacaklının borçlunun kusurunu ayrıca ispatlamasına gerek yoktur³⁴⁶. TBK 66'da düzenlenen özen sorumluluğunun bir çeşidi olan adam çalıştıranın sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. TBK 66 uyarınca “*adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.*” Dolayısıyla böyle bir durumda alacaklının zararına borçlunun

³⁴⁴ Kılıçoğlu (n 62) 812.

³⁴⁵ Oğuz Usta, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, (Adalet Yayınevi, 2017) 166.

³⁴⁶ Karagöz (n 91) 49.

çalışanı sebep olmuş ise alacaklı borçlu ile yanında çalışanın kusurunu ispat etmek zorunda olmayacaktır³⁴⁷.

Ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesi ile ilgili TBK 180/II'nin emredici hukuk kuralı olmaması sebebiyle taraflar sadece ağır kusurun alacaklı alacaklı tarafından ispat edilmesi halinde ceza koşulunu aşan miktarın ödeneceği hususunda anlaşabilirler.

TTK'de aksi bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde TBK'de yer alan ceza koşulu hükümleri ticari işlemlerde kararlaştırılan ceza koşulu hakkında da uygulanacaktır. Dolayısıyla TBK 180/II hükmü de ticari işlemlerde uygulama alanına bulacaktır.

15.3 Alacaklının Zararı ve Kusuru İspat Külfeti

Daha önce belirtildiği gibi ceza koşulunun talep edilebilir olması için alacaklı da bir zararın meydana gelmiş olması şart değil iken ceza koşulunu aşan miktarın talep edilebilmesi için alacaklı da mutlaka bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu hususun sorumluluk hukuku açısından TBK 50'ye göre “*zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*” tazminatın talep edilmesiyle benzetilmektedir.

TBK 180/II'deki düzenlenmeye göre ceza koşulunu aşan zararın tazmininde borçlunun kusurlu olması zararın tazmini açısından bir gereklilik olup borçlunun kusurlu olduğuna dair ispat külfeti alacaklı üzerindedir. Sözleşmesel sorumlulukta ise ispat külfeti yer değiştirmektedir. Sözleşmesel sorumlulukta, TBK 112 uyarınca borcun hiç ve gereği ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı borçlu kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat etmediği sürece zararı tazmin edecek ispat külfeti borçlu üzerinde

³⁴⁷ Oğuzman and Öz (n 17) 535; Eren (n 18) 1211, Aksi yönde borçlunun kusursuz sorumluluk hallerinde dahi kusurunun ispatlanamsı gerektiğine dair görüş için Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 123.

olacaktır. Doktrinde³⁴⁸ bu durumun yani ispat külfetinin ceza koşulunda TBK 112'den ayrılmasının ceza koşulunun amacıyla ters düştüğü gerekçesiyle eleştirip, TBK 112' e bağlı kalınması gerektiği savunulmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere TBK 180/II hükmünün bir emredici hukuk kuralı olmaması sebebiyle taraflar ispat yüküne kimin katlanacağı hususunda farklı bir düzenleme kararlaştırabilirler. Hatta tarafların, alacaklının ispat yükünü tamamen ortadan kaldırıp borçlunun kusuru bulunmasa dahi ceza koşulunu aşan miktarın talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür³⁴⁹.

16. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi

TBK uyarınca var olan çoğu hükmün düzenleyici olduğu görülmekte olup emredici hükümlerin sözleşmedeki zayıf tarafı koruma amacı taşıdığı söylenebilmektedir³⁵⁰. Dolayısıyla sözleşme serbestisi gereği taraflar serbest iradeleri ile kurdukları sözleşmeye uymakla yükümlü olmaktadır. Tarafların iradeleriyle kurulan sözleşmenin sonradan sadece bir tarafın isteği ile ortadan kalması veya değiştirilmesi mümkün olmamaktadır. Fakat bu durum için kabul edilen ah de vefa ilkesinin de sınırlaması mevcuttur. Bu sınırlamalara örnek olarak sonradan meydana gelen kusursuz sorumsuzluk ya da hukuka aykırılık durumu örnek verilebilmektedir. Aynı şekilde hâkimin aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunun indirilmesi yönündeki takdir yetkisi de ah de vefa ilkesinin bir diğer sınırınıdır. TBK 182/I gereği her ne kadar taraflar ceza miktarı belirlemede serbest iseler de bu serbestlik doğrultusunda sınırsız haklara sahip olmamaktadırlar. Bu durumunun TBK madde 260 uyarınca taksitle satım sözleşmeleri için getirilen ve alıcının temerrüde düşmesi halinde satıcının belli şartlar altında sözleşmeden dönme

³⁴⁸ Bucher (n 119) 531; von Tuhr and Escher (n 23) 283-284; Oser and Schönerberger (*Kommentar*) (n 13),705; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44); 124-125; Feyzioğlu (n 123) 401; İnan and Yücel (n 17) 570; Aksi yödeki görüş için bkz: İspat yükünün hafifletilmesi gerektiği görüşü için ayrıca bkz.: Schoch (n 55) 705; Becker, (n 168) 161; Bilge (n 17) 111; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3)667.

³⁴⁹ Becker, (n 168) 5; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 125.

³⁵⁰ Zevkliler and Gökyayla (n 181) 7.

hakkını kullanabilmesi gibi kanundan doğan istisnaları olmakla birlikte aynı zamanda tarafların iradelerine ve sözleşme serbestisi ilkesine dayanan ceza koşulu da TBK 26 ve 27’de düzenlenen sınırlamalara tabi olmaktadır. Ayrıca TBK 182/III’de belirtildiği gibi hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme yetkisi bulunduğundan taraflar bu sınırlamaya da bağlı olmaktadır.

Ah de vefa ilkesine göre, tarafların özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları sözleşmeye bağlı kalmaları gerekmektedir. Ancak taraflardan biri için çekilmez hale gelen bir sözleşmeye bağlı kalmasını beklemek hakkaniyetle bağdaşmayacağı için dürüstlük kuralı çerçevesinde uyarlanması mümkün olmaktadır³⁵¹. Tarafların özgür iradeleri doğrultusunda kararlaştırılan ceza koşulu miktarı, borçlunun kişilik hakkını, ticari faaliyetini olumsuz etkilediği veya ceza koşulu miktarına borçlunun katlanmasını beklemek hakkaniyetle uyuşmadığı ve ceza koşulunu miktarının çok yüksek olduğu durumlarda TBK 182/III’de belirtildiği üzere hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nu döneminde hâkimin indirim yetkisini kullanılması için borçlunun bu yönde talebinin aranıp aranmayacağı tartışmalı³⁵² olmakla birlikte yürürlükte olan TBK ile bu tartışmalara son verilmiştir. TBK 182/III’te açıkça belirtildiği gibi hâkimin kendiliğinden indirim yapabileceği düzenlenmiştir.

Önemle belirtmelidir ki hâkimin ceza koşulunu indirme yetkisi ceza koşulunu bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır³⁵³. Aynı şekilde ceza koşulu olarak belirlenen edim haricinde de başka bir edimin hâkim tarafından belirlenmesi, var olan edimin değiştirilmesi mümkün değildir. Bu duruma örnek olarak ceza koşulunun bir miktar para ödenmesi olarak kararlaştırıldığı

³⁵¹ Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 215.

³⁵² Hâkimin takdir yetkisini kullanmasında borçlunun talebinin aranmayacağı görüşü için bkz: Uçar (n 39) 101; Uslu (n 21) 183. Aksi yönde Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)135; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 217.

³⁵³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 473; Eren (n 18) 1190; Berki (n 22) 343; Saymen and Elbir *Borçlar Hukuku* (n 26) 844; Günay *Cezai Şart* (n 139) 201; Ekinci (n 4) 367.

hallerde hâkim bu miktarı aşırı görerek para yerine bir malın verilmesi olarak ceza koşulunu değiştirememektedir³⁵⁴.

TBK 27 uyarınca kesin hükümsüzlük hali sebebiyle ceza koşulunun geçersiz olduğu ve irade sakatlığı sebebiyle ceza koşulunun iptal edildiği haller dışında aşırı ceza koşulunun tamamen kaldırılması mümkün olmamaktadır. Doktrindeki bir görüş³⁵⁵ uyarınca, eğer kanun koyucu ceza koşulunun yalnızca indirilmesinin değil, tamamen kaldırılabilmesini mümkün kılmak isteseydi TBK 52’de “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” belirtildiği gibi hâkimin ceza koşulunu tamamen kaldırabilmesini ayrıca düzenleneceğini vurgulamıştır.

Hâkim, yalnızca çok aşırı ve hakkaniyete aykırı gördüğü ceza miktarını makul bir sınıra indirirken, ceza koşulunun borçluyu borcu ihlâlden kaçınma ve borçluyu ifaya zorlama amacı da göz ardı edilmemelidir³⁵⁶. Ceza koşulunu makul bir seviyeye indirmedeki amaç ceza koşulu alacaklısının haklı olan menfaatlerini karşılamak ve aynı zamanda, borçluyu hakkaniyete uygun olarak ceza koşuluna katlanma yükümlülüğü sunmaktır. Hâkime tanınan ceza koşulunu indirme yetkisi tek yönlüdür. Bir başka anlatımla hâkim aşırı olan ceza koşulunu indirme yetkisine sahipken ceza koşulunu arttıramaz. Hâkimin takdir yetkisi yalnızca indirim yapılıp yapılamayacağına ilişkin olup borç ilişkisinde değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır³⁵⁷.

³⁵⁴ Ancak bir hizmetin görülmesi veya bir şeyin verilmesinin ceza koşulu olarak kararlaştırıldığı hallerde cezanın indirilmesi gerektiğinde bu edimin bölünemez nitelikte olması sebebiyle hâkim bir miktar para ödenmesine karar verebileceği görüşü için ayrıca bkz. Oğuzman and Öz (n 17) 537.

³⁵⁵ Bilge (n 17) 124; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 125.

³⁵⁶ Oğuzman and Öz (n 17) 535; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 475; Hatemi and Gökyayla (n 85) 353; Ozanoğlu (n 83) 54; Günay *Cezai Şart* (n 139) 201.

³⁵⁷ Hatemi and Gökyayla (n 85) 384.

16.1 Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı ve Uygulama Alanı

Alacaklı zarara uğramasa dahi ceza koşulunun ödenecek olması veya ceza koşulunun varsa meydana gelen zarardan yüksek olması ceza koşulunu geçersiz hale getirmemektedir. Tarafların menfaat durumları göz önüne alındığında ceza koşulunun orantısız ve çok yüksek olması, borçlunun sömürülmesine sebep olması ya da ciddi bir mal varlığı değişimine yol açması gibi durumlarda ceza koşulu hakkaniyete aykırı olabilmektedir. Dolayısıyla mal varlıkları arasında bir denge sağlamak maksadıyla hâkime ceza koşulunu indirme yetkisi verilmiştir³⁵⁸.

Ceza koşulu miktarının yüksek olmasının ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağı hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüş³⁵⁹ uyarınca borçluyu ekonomik olarak kötü zedeleyecek şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bu görüş göre ahlaka aykırı ceza koşulunun tamamen ya da sınırı aştığı ölçüde geçersiz olacağı belirtilmiştir³⁶⁰. Bu sebeple TBK 182/III uyarınca indirimin mümkün olmadığı durumlarda ceza koşulunun geçersiz sayılması gerektiğini vurgulamıştır³⁶¹. Bir başka görüş³⁶² uyarınca TBK 182/III emredici bir hukuk kuralı olmakla birlikte aşırı derecede yüksek kararlaştırılan ceza koşulunun her zaman 182/III aykırı olacağı dolayısıyla kanuna aykırı olacağı belirtilmiş dolayısıyla taraflarca belirlenen ceza koşulu yalnızca makul miktarda olması şartıyla geçerli olacaktır. Ancak bu sonuç ceza koşulunun amacıyla bağdaşmamakta ve alacaklıyı korumasız bırakmaktadır. Doktrindeki bir diğer görüş³⁶³ ise ceza koşulunun yalnızca çok yüksek ve aşırı olması sebebiyle ahlâka aykırı olarak nitelendirilmesinin tutarlı olmadığı yönündendir.

³⁵⁸ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 216.

³⁵⁹ Becker, (n 168) 163; von Tuhr ve Escher (n 23) 284; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 357.

³⁶⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 67.

³⁶¹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 84; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 326.

³⁶² Bentele (n 80) 54.

³⁶³ Eren (n 18) 1189.

16.2 Ceza Koşulunun. İndirilmesinin Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun indirilmesi bir başka ifade ile hâkimin takdir yetkisini kullanmasının hukuki niteliği açısından doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler *butlan*, *sebepsiz zenginleşme*, *işlemin iptali*, *ortalama yaptırım*, *yenilik doğuran hak* olarak sıralanabilmektedir.

Butlan görüşü³⁶⁴ uyarınca ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği geçersizlik türlerinden biri olan mutlak butlan yani kesin hükümsüzlüktür. Bu görüşe göre aşırı olarak kararlaştırılan ceza koşulunun ahlâka aykırı sayılmasa bile, kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için, TBK 27/II uyarınca kısmi hükümsüzlük çerçevesinde ceza koşulunun aşırı olan kısmını batıl bir diğer ifade ile hükümsüz kabul etmiştir

Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliğinin iptal edilebilirlik olduğu görüşüne³⁶⁵ göre taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı yüksek miktar olması halinde bu aşırı kısmın iptali mümkün olabilmektedir. Başlangıçta geçerli olan ceza koşulu borçlunun iptal hakkını kullanmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelecektir. Ayrıca borçlunun talebi doğrultusunda ceza koşulunun indirilmesi sözleşmenin kısmen iptali olarak nitelendirilmektedir.

Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği sebepsiz zenginleşme olduğu görüşü³⁶⁶ uyarınca, sözleşmenin alacaklısı ceza koşulunun aşırı olan kısmına yapılacak indirim miktarınca sebepsiz zenginleşmiş sayılacaktır. Dolayısıyla borçlu ceza koşulunda indirim talep etmekle birlikte, sebepsiz zenginleşmenin tespiti ve bu zenginleşmeye yol açan miktarın iadesini

³⁶⁴ Bentele (n 80) 124; Aksi yönde Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 138; Uçar (n 39) 101-102.

³⁶⁵ Uçar (n 39) 101-102, B. Yağcıoğlu (n 83) 227.

³⁶⁶ Hans Reichel, "Rechtskraft und gerechtfertigte Bereicherung, *Festschrift für Adolf Wach*" (III. Band 1913) 35.

istemektedir. Bu görüşün aksini savunanlar uyarınca³⁶⁷ ceza koşulunun aşırı miktarının indirilmesi hukuki sebebin eksikliği ya da sakatlığından kaynaklanmadığı, söz konusu borcun aşırılığında kaynaklandığı belirtilmiştir.

Ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliğinin ortalama yaptırım olduğu görüşüne³⁶⁸ göre ceza koşulunun indirilmesi tek başına ne butlan ne de iptal yaptırımı olmaması sebebiyle butlan ile iptal yaptırımı arasında ortalama bir yaptırımın kabulü gerekir. Bu görüşün kabulünde indirim isteme hakkının sadece borçluya verilmesi fakat aynı zamanda hâkimin de bunu re'sen dikkate alabileceği; ceza koşulunun tamamının indirimle ortadan kaldırılamayacağını, borçlunun ödemesi halinde hâkimin kendiliğinden indirim uygulayamayacağı ve indirim isteme hakkının zamanaşımına uğramayacağı düşünceleri etkili olmuştur.

Yenilik doğuran hak görüşü uyarınca³⁶⁹ hâkimin ceza koşulunu indirebilmesi için borçlunun bu hususu talep etmesi gerekmektedir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 161/III maddesinde belirtildiği üzere "*hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir.*" Dolayısıyla ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği mülga Borçlar Kanunu döneminde yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmekteydi. Bir başka ifade ile borçlunun indirim talebinin varlığı ve hâkimin de indirim kararı vermesi ile yenilik doğuran hüküm meydana gelmiş hâkim de sözleşmeye yenilik doğuran bir şekilde müdahale etmiş olmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki yenilik doğuran haklar tek taraflı ve kural olarak, şekle tabi olmayan bir irade beyanı ile karşı tarafa yöneltilerek kullanıldıkları halde; ceza koşulunun indirilmesi hususunda indirme hakkı bir dava veya def'i şeklinde olması gerekmektedir.

³⁶⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 139; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 329.

³⁶⁸ B. Yağcıoğlu (n 83) 227.

³⁶⁹ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 218-221. 818 sayılı mülga borçlar kanunu döneminde de hakim re'sen ceza koşulunu indirebileceği görüşü için bkz.: Bentele (n 80) 126-127; von Tuhr ve Escher (n 23) 285; Bilge (n 17) 119; Feyzioğlu (n 123) 403; Saymen and Elbir *Borçlar Hukuku* (n 26) 844; Eren (n 18) 1214; Karahasan (n 95) 1403.

Ayrıca aşırı ceza koşulunun indirilmesi için borçlunun irade beyanı tek başına yeterli olmayıp ayrıca hâkimin indirim kararı da gereklidir³⁷⁰.

Doktrindeki bir diğer görüş³⁷¹ ise ceza koşulunun indirilmesinin değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük niteliği taşıdığı yönündedir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlükte kanun koyucu bazı hallerde sözleşmenin geçersiz kısmı yerine geçecek olan kısmın hâkim tarafından belirlenebileceğini belirtmiştir. TBK 182/III bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu görüş uyarınca TBK 182/III'te belirtildiği üzere hâkime indirim yetkisi verilmiş olup ceza koşulunu tamamen kaldırma yetkisi verilmemiştir. Bu sebeple ceza koşulu hâkim tarafından indirilse dahi geçerliliği korumaktadır.

17. Ceza Koşulunun İndirilmesi İçin Gerekli Şartlar

17.1 Geçerli Bir Ceza Koşulunun Mevcudiyeti

Ceza koşulunun indirilmesinin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce daha önce bahsedildiği üzere bütün unsurlarıyla birlikte bir ceza koşulunun mevcudiyeti gerekmektedir. Ceza koşulunun bizzat kendinden kaynaklanan sebepler doğrultusunda geçersiz olabileceği gibi ceza koşulunun fer'i nitelikte olması sebebiyle asıl borcun geçerli olmadığı hallerde ceza koşulu da geçerli sayılmayacaktır. Hangi hukuki işlemle gerçekleşmiş olursa olsun eğer koşullar mevcut ise ve geçerli bir ceza koşulu söz konusu ise ceza koşulunun indirilmesi mümkün olabilmektedir. Ceza koşulunun bir sözleşmede, şirket sözleşmesinde ya da dernek tüzüğünde kararlaştırılmış olması ceza koşulunun indirilmesi yönünden bir farklılık teşkil etmemektedir³⁷². Toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılan ceza koşulunda hâkimin indirim yetkisinin olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe³⁷³ göre toplu iş

³⁷⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 139-140.

³⁷¹ Gülseven (n 21) 65-66.

³⁷² Tunçomağ *Cezai Şart* (n44) 142.

³⁷³ Erdem Özdemir "İş Hukukunda Cezai Şart "(2005) 9 (3-4) AÜEHFD, 403, 406,409.

sözleşmesindeki ceza koşuluna ilişkin hükümler normatif hükümlerdir. Dolayısıyla hâkimin ceza koşulunu indirmesi anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine bir müdahale olmakta bu sebeple ceza koşulunun hâkim tarafından toplu iş sözleşmelerinde indirilmesi mümkün olmamaktadır. Bir diğer görüş³⁷⁴ uyarınca toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olduğu hallerde hâkimin indirim yetkisini kullanması mümkündür.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için konusunun para olması şart değildir. Para dışında bir edim olarak kararlaştırılan ceza koşulunda indirime tabi olabilmektedir³⁷⁵.

Bazı hallerde bir ceza koşulu mevcut olmasa dahi kanun koyucu tarafından ceza koşuluna ve özellikle ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hallerden ilki TBK 181/I'de belirtildiği gibi “[c]eza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.” Bir diğer anlatımla ifadan bağımsız olarak sözleşmenin hüküm doğurmaması halinde yapılan ödemelerin alacaklıda kalacağına dair anlaşmalarda da ceza koşulu hükümlerine tabi kılınmış olup aşırı olması halinde indirim uygulanabilecektir³⁷⁶. Önemle vurgulanmalıdır ki aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*taksitle satışa ilişkin hükümler saklıdır*” ifadesiyle uygulama alanı daraltılmıştır. TBK 260/I'de taksitle yapılan satışın sona ermesi halinde tarafların iade yükümlülüğü düzenlenmiştir. İlgili emredici hükme göre taksitle satışta dönme halinde taraflar aldıklarını birbirlerine geri vereceklerdir. Dolayısıyla kısmi ifanın yanması söz konusu olmamaktadır. Bu sebeple ceza koşuluna ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır.

³⁷⁴ Theo Guhl and 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, 2000).

³⁷⁵ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 142; Eren (n18) 1212; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 332.

³⁷⁶ Uslu (n 21) 190.

Ceza koşulu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ikinci durum ise TBK 121/I’de hüküm altına alınan “*faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür*” ifadesidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere birinci fıkra aykırı olarak yapılan anlaşmalar ceza koşulu hükümlerine tabi olacaktır. Örneğin taraflar dava açıldığı tarihten itibaren temerrüt faizinin işleyeceğini kararlaştırmayıp temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizinin işleneceğini kararlaştırdıkları durumda ceza koşulu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümde şartların varlığı halinde söz konusu olabilecektir.

İfayı engelleyen ceza koşulu olarak ikinci bölümde anlatılan dönme cezası açısından doktrindeki görüş³⁷⁷ ceza koşuluna ilişkin indirim hükümlerinin uygulanmayacağı yönündedir. Çünkü sözleşmeden sebep belirtmeksizin dönen ve bu nedenle kararlaştırılan ceza koşulunu ödemek isteyen borçluya ceza koşulunda indirim uygulamanın anlamlı olmadığı savunulmaktadır. Sözleşmeden dönme beyanında bulunan bizzat borçlu olduğu için beyanda bulunmayıp ceza koşulu ödeme borcuna altına girmemeyi de seçebilirdi³⁷⁸. Cayma parasında da ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmamaktadır. Cayma parası ceza koşulundan farklı bir kurum olmakla beraber dönme cezası için açıklanan gerekçeler cayma parası için de geçerli olmaktadır. Ayrıca borçlunun, gerçekleşmesi kendi iradesine bağlı olmayan bir durum için ceza koşulu vaadinde bulunması halinde örneğin kumar borcunda, bu durumda da ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olmamaktadır³⁷⁹.

³⁷⁷ Oğuzman and Öz (n 17) 532; Eren (n18) 1212.

³⁷⁸ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 223-224.

³⁷⁹ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 143.

17.2 Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Aşırı miktarda kararlaştırılan ceza koşulunun indirilebilmesi için borçlunun ceza koşulunu ödeme borcunun doğmuş olması, ceza koşulunun muaccel hale gelmesi gerekmektedir. Bi diğer ifade ile borçlunun asıl borcu ihlal etmesi ve alacaklının asıl borcu güvence altına alan ceza koşulunu isteme hakkının doğması gerekmektedir. Ceza koşulu muaccel olmadan önce borçlu ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürerek tespit davası bile açmamaktadır³⁸⁰. Ayrıca muaccel olmayan ceza koşulu bağımsız bir edim niteliği taşıması sebebiyle ceza koşulunun indirilmesi de söz konusu olmamaktadır³⁸¹.

17.3 Ceza Koşulunun Henüz İfa Edilmemiş Olması

Ceza koşulunun ifa edilmesinden sonra indirim talebinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Alman Medeni Kanunu'nun 343'üncü paragrafında bu hususa ilişkin olarak ceza koşulunun ifa edilmesi halinde ceza koşulunun indirilemeyeceği açık bir düzenleme ile belirtilmişken Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme mevcut değildir.

Doktrindeki bir görüş³⁸² uyarınca sağlıklı bir irade ile ceza koşulu alacaklıya ödendiği takdirde borçlu ceza koşulunun aşırı olduğu gerekçesiyle indirim talep edemeyecektir. Çünkü ifa borcu sona erdirirken aynı zamanda borçlunun indirim talep etme hakkından da vazgeçtiğini göstermektedir³⁸³. Bu görüş uyarınca borçlu tarafından ceza koşulunun ifa edilmesi, ceza koşulunun borçlunun ekonomik durumunun aşırı derecede mahvına yol

³⁸⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 144; Uslu (n 21) 193.

³⁸¹ Eren (n 18) 1188; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 144; Ekinci (n 4) 358.

³⁸² von Tuhr and Escher (n 23) 771; Oğuzman ve Öz (n 17) 548 , Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 146; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 228; Bilge (n 17) 121; Cansel and Özel (n 18) 732 ; Günay *Cezai Şart* (n 139) 181.

³⁸³ Eren (n 18) 1213.

açmadığının dolayısıyla da ceza koşulunun aşırı olmadığı bir göstergesidir³⁸⁴.

Diğer bir görüş³⁸⁵ ise borçlu ceza koşulunu ifa etse dahi ceza koşulunda indirim talep edebileceği yönündedir. Bu görüşün gerekçelerinden biri TBK 181/I'de belirtilen sözleşmeden dönme durumunda ifa edilmiş kısımların alacaklıda kalacağını öngören sözleşmelerde ceza koşulu hükümlerinin uygulanacağıdır. Kısmi ödemelerin alacaklıda kalacağı kararlaştırıldığı hallerde indirim mümkün olması sebebiyle borçlunun ifa ettiği ceza koşulunda da indirim mümkün olmalıdır.

Bir diğer görüş³⁸⁶ göre ceza koşulu ifa edildikten sonra borçlunun kısmen iade talep edip edemeyeceğini tartışmalı kabul etmekle birlikte borçlunun bu durumda bile indirim isteyebileceğini fakat hâkimin borçlunun bu talebini borçlunun ekonomik gücü açısından daha çekingen yaklaşarak incelemesi gerektiği savunulmuştur.

Kanaatimizce TMK 2 uyarınca belirtilen çelişkili davranış yasağı gereği ceza koşulunun indirebilmesi için ifa edilmemiş olması gerekir. Bir başka ifadeyle ceza koşulunu ifa edebilen borçlu için, ceza koşulunun aşırı olduğu sonucu bir çelişki olmaktadır.

Ceza koşulunu ifa eden borçlu indirim hakkını saklı tutarak bir diğer ifadeyle çekince koyarak bu ifayı gerçekleştirmiş ise indirim talep edebilecektir³⁸⁷. Ceza koşulunun indirilmesi saklı tutarak ceza koşulunu ifa eden borçlu daha

³⁸⁴ Oğuzman and Öz (n 17) 536. İfa edilen ceza koşulunda indirim talep edilmesinin TMK/II uyarınca çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil ettiği görüşü için bkz. B. Yağcıoğlu (n 83)236.

³⁸⁵ Oser and Schönerberger (*Kommentar*) (n 13) 710; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 356; Saymen and Elbir *Borçlar Hukuku* (n 26) 845; Hatemi and Gökyayla (n 85) 360.

³⁸⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 475-476; Hatemi and Gökyayla (n 85) 354.

³⁸⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)156; Ömer Çınar, “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi” (Güz 2009) 8(16) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 91-100; Tercier Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 1387.

sonra hâkimin indirim kararı vermesiyle birlikte ödenmiş olan kısmı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilmektedir³⁸⁸.

Borçlunun ceza koşulunu ifa ettikten sonra indirim talep edebileceği bir başka durum ise ceza koşulunun kısmen ifa edildiği hallerdir. Öncelikle belirtmelidir ki ceza koşulunun ifa edilmeyen kısmı değil tamamı aşırı derecede yüksek bir miktar olduğu hallerde kural olarak indirim yapılabilmektedir. İndirim kararı sonucunda borçlu ödemediği kısmı tamamen veya kısmen ödemekten kurtulabilmektedir. Ancak borçlu indirilmiş miktardan daha yüksek bir kısmı ifada bulunmuş ise yapılan bu ifanın geri istenemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Zira ifa edilen ceza koşulunun indirilememesi genel kurarılının bir uygulaması olmaktadır³⁸⁹.

Borçlunun ceza koşulunu ifa ederken alacaklının tehditinin veya hilesinin söz konusu olduğu hallerde ceza koşulu ifa edilse dahi borçlu indirim talep edebilecektir³⁹⁰. Uygulamada bu durum taraflar arasında ekonomik dengenin bulunmadığı iş sözleşmelerinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin işçi işini kaybetmemek adına ceza koşulunu ifa etmiş ve bu durumda işverenin bir baskısı ve tehditi var ise sonradan ceza koşulunda indirim talep edebilecektir³⁹¹.

17.4 Ceza Koşulunun Aşırı Miktarda Yüksek Olması

Ceza koşulunun indirilebilmesi için bir diğer koşul ise ceza koşulunun aşırı derece yüksek olmasına bağlıdır. TBK’de ceza koşulunun hangi durumlarda aşırı derecede yüksek olacağı belirlenmemiş olup bu husus TBK 182/III uyarınca hâkim tarafından belirlenecektir. Hâkimin bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Hâkim takdir yetkisini kullanırken alacaklı ile borçlunun ekonomik

³⁸⁸ Tercier Pichonnaz and Develioğlu (n 17) 1387.

³⁸⁹ Çınar (n 387)100.

³⁹⁰ B. Yağcıoğlu (n 83) 237; Çınar (n 387) 110-111.

³⁹¹ Bucher (n 119) 532; Becker (n 168) 163; Karagöz (n 91) 51-52; B. Yağcıoğlu (n 83) 237.

durumunu, alacaklının menfaatini, varsa uğradığı zararı, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin süresini göz önünde bulunduracaktır. Ceza koşulunun aşırı derece yüksek olması, açıkça hakkaniyete aykırı olması sebebiyle hâkim, takdir yetkisini kullanırken olayın bütün özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirmelidir³⁹².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁹³, bu hususla ilişkin olarak, ceza koşulu miktarının aşırı olup olmadığı tespit edilirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeyebilme kabiliyeti, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde sahip olacağı menfaati ile ceza koşulunun ifa edilmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması nedeniye alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemesi sayesinde elde ettiği menfaat, borçlunun kusuru ve borca aykırı davranışının ağırlığının ölçüt alınmasını ve hakkaniyete ve adalete uygun bir ceza koşuluna indirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca hâkimin, takdir yetkisini kullanırken Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanmasının da zorunlu olduğuna ve ceza koşulunun borçlu üzerinde, hukuk düzeninin izin verdiği ifa baskısı amacı taşıdığını da göz önüne alarak bu amacın ortadan kalkmasına sebebiyet verecek derecede indirimden kaçınması gerektiğini vurgulamıştır.

Önemle belirtilmelidir ki, ceza koşulunun konusunun para olması zorunlu değildir. Ceza koşulunun konusunun para dışındaki bir edim olduğu hallerde aşırılığın tespit edilebilmesi için hâkimin öncelikle bu edimin parasal değerini tespit etmesi gerekmektedir³⁹⁴.

Alman Medeni Kanunu'nun 343 paragrafında ceza koşulunun aşırılığı tespit edilirken birtakım kriterler öngörülmüştür. İlgili kanun maddesi uyarınca

³⁹² Eren (n18) 1213.

³⁹³ YHGK., E 2013/13-1108 K2014/768 T. 15.10.2014. (www.kazanci.com) Erşim Tarihi (09.06.2022)

³⁹⁴ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 230.

alacaklının yalnızca ekonomik menfaatleri değil aynı zamanda bütün haklı menfaatleri göz önüne alınmalıdır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmasa da hâkimin takdir yetkisi somut ölçütler dikkate alınarak kullanılmalıdır.

Bu ölçütlerden ilki tarafların menfaat durumları olmaktadır. Hâkim takdir yetkisini kullanırken her iki tarafın da menfaat durumunu değerlendirmelidir. Ceza koşulu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırıldığı durumlarda asıl borcun ifa edilmemesi sebebiyle alacaklı asıl edimi elde edememiş veya gereği gibi ifa beklediği halde bu edime kavuşmamış ve sözleşmeden beklediği menfaat alacaklı açısından gerçekleşmemiştir. Aynı şekilde ceza koşulu, asıl borcun belirlenen sürede veya yerde ödenmemesi hali için kararlaştırılmış ise asıl alacağa geç ya da yerinde kavuşamayan alacaklı bu durumdan dolayı daha az menfaat elde edecektir. Hâkim ceza koşuluna indirim uygularken indirim sonrasında kalacak miktarın alacaklı açısından adaletsiz olmamasına dikkat etmelidir³⁹⁵.

Alacaklının yalnız maddi çıkarları değil manevi çıkarları da dikkate alınmalıdır³⁹⁶. Çünkü ceza koşulu, yalnızca ekonomik değer taşıyan borçların ifasını değil, aynı zamanda manevi değeri olan borçların ifasını da güvence altına almaya yarar³⁹⁷.

Alacaklı zarar uğramasa dahi ceza koşulu ödenecektir. Ancak ceza koşulunun indirilmesinin söz konusu olduğu hallerde alacaklının ceza ile elde edeceği yararı belirleyebilmek açısından zarar ile ceza koşulu arasındaki ilişki önemli bir rol oynamaktadır. Bununla beraber meydana gelen zararın yalnızca ceza koşulundan düşük olması tek başına bir indirim sebebi olmamaktadır³⁹⁸. Hâkim, sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı alacaklının uğramış

³⁹⁵ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 231; Bilge (n 17) 121; Ekinci (n 4) 363.

³⁹⁶ von Tuhr ve Escher (n 23) 771-772; Becker, (n 168) 234; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)146.

³⁹⁷ Bilge (n 17)121.

³⁹⁸ B. Yağcıoğlu (n 83) 197.

olduğu zararı tespit edip, ödenmesi gereken ceza koşulu ile karşılaştırmalı, cezanın aşırı olup olmadığına karar vermeli ve somut olaya göre aşırılık tespit edilirse bu ceza koşulu indirme yoluna gitmelidir. Fakat ceza koşulu miktarı indirilirken alacaklının zararını karşılayamamak düzeyinde de olmamalıdır³⁹⁹.

Sürekli borçlarda kararlaştırılan ceza koşulu miktarının, asıl borcun tamamını kapsamaması sebebiyle, asıl borcun bir kez ihlalinde de birden fazla kez ihlalinde de ceza koşulu bir kez ödenecektir. Bu sebeple, meydana gelen zararların yanında muhtemel zararların da göz önüne alınması gerekmektedir. Ceza koşulu miktarının, uğranılan zarara göre daha yüksek olması durumunda sürekli borcun tüm kapsamı dikkate alınmalıdır⁴⁰⁰.

Özellikle rekabet yasağı borcunun ihlalinde muhtemel zararın miktarı oldukça önemli olmaktadır. Bu husus, ceza koşulu ile zarar arasındaki orantısızlığın indirimine etkisinde doğru neticeye ulaşmak için, ceza koşulunun sözleşme uyarınca tek bir defa ödeneceği durumla, borcun her ihlalinde yeniden ödeneceği durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir⁴⁰¹. Öyle ki borcun her ihlali için ayrı ayrı ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılması halinde, alacaklının uğradığı zarar ile ceza koşulu arasındaki oranın adalet ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir⁴⁰².

Alacaklının menfaatlerinin yanında borçlunun da borca aykırı hareket etmesi neticesinde elde edeceği menfaat de dikkate alınmalıdır⁴⁰³. Örneğin borçlu, borca aykırı hareket etmesiyle önemli bir menfaat sağladıysa veya sağlayabilecek ise daha ağır bir ceza koşulu ödemesi hakkaniyete ve adalete

³⁹⁹ Uçar (n 39) 23.

⁴⁰⁰ von Tuhr ve Escher (n 23) 771; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 234; Bilge (n 17) 122.

⁴⁰¹ von Tuhr ve Escher (n 23) 771; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 233.

⁴⁰² Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 233.

⁴⁰³ Bilge (n 17)121-122; Çınar (n 387)108; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 233.

uygun düşerken sağlanan ya da sağlanacak olan menfaat az ise ceza koşulunun indirilmesi diğer sebeplerin varlığı halinde etkili olabilecektir⁴⁰⁴.

Menfaat durumları belirlenirken esas alınacak an, ceza koşulu muaccel olduğu zaman hüküm süren hal ve şartlar dikkate alınarak mümkün olan andır⁴⁰⁵.

Hâkimin ceza koşulunun indirilmesinde kullanacağı bir diğer ölçüt ise borçlunun kusurunun ağırlık derecesi olmaktadır. Ceza koşulunun aşırı olarak belirlenmesinde borçlunun kusur miktarının göz önüne alınabilmesi için borçlunun kusursuz olduğu hallerde dahi ceza koşulu ödeyeceğini taahhüt etmiş olması, kusursuz olmasına karşın bu durumu ispat edememesi ya da borcu kusurlu şekilde ihlal etmiş olması gerekmektedir⁴⁰⁶. Tazminatın hesaplanmasında kusurun hafif olması indirim sebebi olduğu için önemli olmakla birlikte aynı durum ceza koşulunda da uygulanmaktadır. Dolayısıyla borçlunun kusurlu sorumluluğu durumunda kusurun derecesi hafif ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak aşırı miktarda yüksek bir ceza koşulunun varlığı halinde hâkim ceza koşulunun indirilmesine karar verebilecektir⁴⁰⁷. Önemle vurgulanmalıdır ki kusurun hafif olması tek başına ceza koşulunun indirilmesini gerektirmemektedir. Ceza koşulu aşırı derecede yüksek bir miktar olmadığı hallerde borçlunun kusuru hafif olsa dahi ceza koşulu indirilmeyebilir⁴⁰⁸. Bununla beraber borçlunun kusur derecesinin ağır olduğu hallerde hâkim ceza koşulunun aşırı derecede yüksek bir miktar olmadığına ve ceza koşulunun indirilmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı yönünde de karar verebilmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Bilge (n 17)123.

⁴⁰⁵ Becker (n 168) 234; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)147.

⁴⁰⁶ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)149; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 236.

⁴⁰⁷ Becker, (n 168) 163; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)149; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3)349-350.

⁴⁰⁸ von Tuhr ve Escher (n 23) 772; Becker, (n 168) 234 Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)147; Günay *Cezai Şart* (n139) 191.

⁴⁰⁹ Von Tuhr and Escher (n 23) 285, Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)14; Bilge (n 17) 123. Borçlunun ağır kusurunun varlığı halinde ceza koşulunun indirelemeyeceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. Berki (n 22) 299; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 350.

Borçlunun kusursuz sorumluluk halinde ayrıca ek olarak kusurunun olması ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken ve ceza koşulunun indirilmesinde dikkate alınmalıdır⁴¹⁰.

Kusurun varlığı ya da yokluğu; eğer kusur var ise derecesi ceza koşulunun aşırılığının ve indirilmesinin tespitinde tek başına bir ölçüt olmamaktadır. Somut olayın niteliği ve diğer ölçütlerin varlığıyla beraber değerlendirilmelidir⁴¹¹.

Ayrıca borcun ihlal edilmesinde borçlunun kusuruna ek olarak alacaklının da kusuru bulunması halinde aşırı olan ceza koşulu miktarı indirilmesinde bu husus dikkate alınacak ve somut olayın özelliklerine göre hâkim aşırı olan ceza koşulunu indirebilecektir⁴¹².

Borçlunun üstlenmiş olduğu taahhüdüne hangi ölçüde uygun davrandığı ceza koşulunun aşırılığının tespitinde önemlidir. Bir diğer ifadeyle borçlunun borca aykırılığının ağır olduğu hallerde indirim yoluna gidilmeyeceğidir. Örnek vermek gerekir ise rekabet yapmamayı taahhüt eden bir borçlu ve bu borca bağlı bir ceza koşulunun bulunduğu hallerde, borçlu belirlenen bir coğrafi bölgeye çok yakın bir merkez açıp rekabette bulunursa borca aykırılık ağır sayılarak cezada indirim yapılmamalıdır⁴¹³. Ancak birden fazla borca aykırılık halinde yalnızca tek bir ceza koşulu belirlenmiş ise borçlu bu borçlardan yalnızca birine aykırı davranışta bulunduysa borçların tümü göz önüne alındığında borca aykırı davranış hafif kalıyor ise ceza koşulunda indirim söz konusu olabilmektedir⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)149; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 349.

⁴¹¹ B. Yağcıoğlu (n 83) 246.

⁴¹² Çınar (n 387)10; Günay *Cezai Şart* (n 139) 192; Uslu (n 21) 199.

⁴¹³ Becker, (n 168) 234; Bilge (n 17) 123; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)147.

⁴¹⁴ von Tuhr ve Escher (n 23) 772. Böyle bir durumda ceza koşulu aşırı görülmesi dahi ceza koşulu ile borca aykırılık arasında haklı nedenle bağ olmadığı hallerde dahi ceza koşulu indirebilir görüşü için bkz: Uslu (n 21) 199; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)148.

Tarafların ekonomik durumları da aşırı olan ceza koşulunun indirilmesinde dikkate alınması gereken bir diğer ölçüttür. Bu noktada dikkat edilmesi gereken borçlunun tüm malvarlığı değerlerinin ceza koşulunu karşılayıp karşılayamaması değildir. Dikkat edilmesi gereken husus ceza koşulunun ödenmesi halinde borçlunun ekonomik açıdan zor duruma düşüp düşmeyeceğidir⁴¹⁵.

Ceza koşulunun indirilmesinin talep hakkı zamanaşımına tabi değildir. Bu sebeple, borçlu ceza koşulunu henüz ifa etmemiş olmak kaydıyla hâkimden her zaman ceza koşulunun indirilmesini talep edebilecektir⁴¹⁶.

TBK 182/III emredici hukuk kuralıdır ve kamu düzeninden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle borçlunun ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayacağını öngören taahhütleri geçerli değildir⁴¹⁷. Fakat borçlu kendi isteği ile bu hakkından feragat edebilir⁴¹⁸.

Ceza koşulunun aşırı olduğuna ilişkin ispat külfeti borçlunun üzerinde olmakla birlikte indirim miktarının belirlenmesi rol oynayan zararın miktarını alacaklı ispat edecektir⁴¹⁹.

Sözleşmenin türü ve süresi de tarafların o sözleşmeden elde etmek istedikleri yararlarla ilişkin olması sebebiyle ceza koşulunun indirilmesi hususunda dikkate alınmalıdır. Tek tarafa borç yükleyen veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun ayrıca ceza koşulu taahhüt etmesi ceza koşulunun aşırılığının tespitinde ve indirilmesinde dikkate alınacaktır. Bununla beraber uzun süreli bir sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmış ise sürenin uzunluğu

⁴¹⁵ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 236-237; Bilge (n 17) 123.

⁴¹⁶ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)153-154; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 241-242.

⁴¹⁷ von Tuhr ve Escher (n 23) 772; Hatemi and Gökyayla (n 85) 354; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)159; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 242.

⁴¹⁸ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)159; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 242; Günay *Cezai Şart* (n 139) 202.

⁴¹⁹ Çınar (n 387)108.

ve borçlunun borca aykırı davranışı ne zaman gerçekleştirdiği ceza koşulunun aşırılığının tespitinde önem taşımaktadır⁴²⁰.

Ceza koşulu yükümlüsünün hak sahibine karşı ekonomik bir bağımlılığının bulunması durumunda ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınacaktır. Bu ölçüt daha çok hizmet sözleşmelerinde ve işçinin ceza koşulu borçlusu olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. İşçinin yalnızca ceza koşulunun borçlusu olması tek başına bir indirim sebebi olmamakta yukarıda açıklanan diğer ölçütlerde göz önüne alınarak hâkimin aşırı olan ceza koşulunu indirmesi mümkündür⁴²¹.

Ceza koşulu miktarının aşırı olduğu hallerde sözleşmenin taraflarının tecrübe düzeyi de önemli bir ölçüt olarak göz önüne alınabilmektedir⁴²². Bu ölçüt, sözleşmenin taraflarının yaptıkları hukuki işlemin iş sahalarına girmesi ve bu konuda deneyimli olmaları halinde söz konusu olmaktadır. Fakat bu ölçüt somut olayın özelliklerine göre yorumlanmalıdır.

Ceza koşulunu ediminin para olarak kararlaştırıldığı ve kararlaştırılan para biriminin para yabancı birimi olması ceza koşulunun aşırılığının tespiti söz konusu olabilmektedir. Fakat önemle vurgulanmalıdır ki, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ⁴²³'nin 8.maddesinde belirtilen hukuki işlemler ve daha sonra Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ No 2008-32/34'te Değişiklik Yapılması Dair Tebliğ⁴²⁴,de getirilen değişiklikler göz önüne

⁴²⁰ B Yağcıoğlu (n 83) 252.

⁴²¹ Bentele (n 80) 120; Uslu (n 21) 202; B Yağcıoğlu (n 83) 252.

⁴²² Bentele (n 80) 120.

⁴²³ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ No 2008-32/34 'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Tebliğ N0 2018-32/52' R.G 16.11.2018.

⁴²⁴ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ No 2008-32/34 'de Değişiklik Yapılması Dair Tebliğ Tebliğ No: 2022- 3266, R.G 19.04.2022. Madde 1 uyarınca "28/2/2008 tarihli ve 26801 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'in 8 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının sonuna "Ancak sözleşme konusu ödeme yükümlülüklerinin Türk parası cinsinden yerine getirilmesi ve kabul edilmesi zorunludur."

alınarak ilgili madde yer alan hususlar açısından bu durum söz konusu olmayacaktır. Bu tebliğdeki ilgili maddelerde belirtilen işlemlerin yabancı para birimi üzerinden yapılması yasaklandığı için, ceza koşulunun dövize endeksli olması sebebiyle aşırılığının tespiti uygulamada azalmıştır.

17.5 Aşırılığın Tespitinde Esas Alınacak An

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde esas alınacak an açısından TBK ya da Alman Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu durum tartışmalı olmakla birlikte ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihin⁴²⁵, muacelliyet tarihinin⁴²⁶, dava tarihinin⁴²⁷, karar tarihinin⁴²⁸ esas alınması gerektiğine dair görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir diğer görüş⁴²⁹ ise somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak doktrindeki bu görüşler çerçevesinde hâkimin esas alınacak anı belirlemesi gerektiği yönündedir. Ancak borçlunun ceza koşulunun karar anında ödeme gücünün var olması sebebiyle yalnızca bu nedenden dolayı ceza koşulunun indirim talebi reddedilmemelidir.

Ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihin esas alınmasına ilişkin eleştiriler mevcuttur. Çünkü belirlendiği anda aşırı olmayan ceza koşulu alacaklının ceza koşulundan daha az bir zarara uğraması halinde aşırı olabilmekte ya da ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda çok yüksek görünen ceza koşulunun alacaklının taahhüt edilen edilen edim karşısında menfaatlerinin artması halinde makul karşılanabilmektedir⁴³⁰.

cümlesi eklenmiş, on beşinci fıkrasında yer alan “kararlaştırılması” ibaresi “kararlaştırılması, ödenmesi ve kabul edilmesi” şeklinde değiştirilmiştir.

⁴²⁵ von Staudinger and Kaduk (n 68) m 343, BGB, N 24.

⁴²⁶ Usta (n 345) 173.

⁴²⁷ Günay *Cezai Şart* (n 139) 196.

⁴²⁸ Hatemi and Gökyayla (n 85) 385; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)151; Uçar (n 39) 107.

⁴²⁹ Çınar (n 387) 101.

⁴³⁰ B. Yağcıoğlu (n 83) 205.

Ceza koşulu muaccel olduğu anda talep edilebileceği için muacceliyet tarihinin ceza koşulunun aşırılığında esas alınması gerektiği savunulan görüştür⁴³¹. Ancak muacceliyet tarihi ile ceza koşulunun indirilmesi ilişkin karar tarihi arasında geçen sürede ceza koşulunun aşırılığına sebep verecek durumlar ya da tam tersine başta çok yüksek miktarda olan ceza koşulunun makul seviyeye düşürecek sebepler meydana gelebilir. Böyle bir durumda borçlu ve alacaklı zarar görecektir⁴³².

Doktrinde kabul edilen görüş⁴³³ uyarınca ceza koşulunun aşırılığının tespitinde mahkeme kararının verildiği tarihin esas alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkündür. Çünkü diğer görüşlerde açıklanan çekinceler bu görüşte büyük ölçüde giderilecektir. En son duruşma günündeki durum ve şartları göz önüne alınarak ceza koşulunun aşırılığı tespit edilmesi gerekmektedir.

18. Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Usul İşlemleri

18.1 İndirim İçin Başvurulacak Makam

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁴³⁴ (HMK) ikinci maddesinde görev hususuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili madde hükmü uyarınca “[d]ava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.” Aynı kanunun ikinci fıkrasında ise asliye hukuk

⁴³¹ Usta (n 345) 173.

⁴³² Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 151.

⁴³³ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44) 151; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 238; Ekinci (n 4) 360; B. Yağcıoğlu (n 83) 206.

⁴³⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

mahkemelerinin görevine giren hususlar genişletilerek “[b]u Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir” ifadesi yer almıştır. Ancak HMK 4/I ise sulh hukuk mahkemelerinin görev alanı düzenlenmiş olup sulh hukuk mahkemeleri, *dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları b) Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları, c) Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları, ç) Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları, görürler.*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında kira ilişkisi devam ettiği müddetçe kira ilişkisinden doğan alacak davaları ile kira ilişkisine ilişkin uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemeleri görevli olacaktır.

İş sözleşmesinden kaynaklanan ceza koşuluna ilişkin uyuşmazlıklarda ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun⁴³⁵ kapsamına girip girmediği belirlenmelidir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun⁴³⁶ 1’inci maddesi iş mahkemelerinin görev alanını düzenlemektedir. İlgili hükme göre “İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur.” Dolayısıyla iş sözleşmesi devam ederken rekabet yasağının ihlali iş mahkemelerinde görülecektir. Aynı şekilde iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra açılacak davalarda, görevli mahkeme davanın niteliğine göre genel kurala göre belirlenecektir.

⁴³⁵ İş Kanunu Kanun Numarası: 4857 Kabul Tarihi 22.05.2003, R.G: 10.06.2003/25134.

⁴³⁶ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 5521, Kabul Tarihi: 20.01.1950, RG: 04.02.1950/7424.

TTK 5'e göre *aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir*. TTK madde 4 ise her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olan nispi ticari davalar ile mutlak ticari davalar asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmektedir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan davalar da görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır.

Doktrinde ceza koşulunun indirilmesinde tahkime gidilebileceği kabul edilmektedir⁴³⁷. Ancak HMK madde 408 dikkate alınarak her iki tarafın iradesine bağlı olmayan ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime gidilememektedir.

Yetki açısından ise HMK'nın 5. ve 19. maddelerinde yer alan yetki koşulları ceza koşuluna ilişkin davalarda da uygulama alanı bulacaktır.

18.2 İndirim Talebinde Bulunma Şekli

Borçlu indirim talebini ancak dava açarak ya da def'i ile kullanabilmektedir⁴³⁸. Önemle belirtilmelidir ki HMK 26/I uyarınca hâkim taleple bağlılık ilkesi gereğince talepten fazla bir indirim yapamayacaktır. Ancak 6098 sayılı TBK çerçevesinde hâkim re'sen ceza koşulunun aşırı olup olmadığı tespit edeceği için borçlunun herhangi bir miktar belirtmesine de gerek yoktur. Borçlu kural olarak ceza koşulunun aşırılığı ispat etmekle mükelleftir. Dolayısıyla ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle indirilmesinde kullanılan ölçütler delil olarak mahkemeye sunulmalıdır. Taraflar bu

⁴³⁷ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)161; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 245; Aksi yönde Günay *Cezai Şart* (n 139) 203.

⁴³⁸ Hatemi and Gökyayla (n 85) 353; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)162; Kocağa *Cezai Şart* (n 62) 245; Günay *Cezai Şart* (n 139) 197.

durumun aksini kararlaştırarak ispat külfetinin alıcaklıda olduğu hususunda anlaşabilirler⁴³⁹.

18.3 İndirim Kararının Hukuki Niteliği ve Hükmü

Mahkemeden talep edilen hukuki niteliğe göre davalar üç çeşide ayrılmaktadırlar⁴⁴⁰. Bunlar; eda davaları⁴⁴¹, tespit davaları⁴⁴² ve inşai davalardır.

Doktrinde ceza koşulunun indirilmesi kararı açısından farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki hâkim grř⁴⁴³ uyarınca ceza koşulunun indirilmesi davası inşai dava kabul etmekte dolayısıyla indirim kararı da inşai karar niteliğini taşımaktadır. HMK 108’de belirtildiği üzere *inşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilmektedir*. Doktrindeki bir diğer grř⁴⁴⁴ ise dava sonucunda verilen kararın aıklayacı nitelikte olduğu görüşüdür.

Aşırı ceza koşulunun miktarı üzerinde bir değişiklik yapılması istemiyle açılan dava sonucunda hâkim ceza miktarı aşırı bulmasıyla birlikte var olan hukuki ilişkide bir değişiklik meydana geleceği için ceza koşulunun indirilmesine dair açılan davanın inşai dava olduğunun kabulü gerekir⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Tunçomağ *Cezai şart* (n 44)164.

⁴⁴⁰ Baki Kuru *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*(Ders Kitabı), (5. edn, Yetkin Yayınları, 2021) 148 ff.

⁴⁴¹ HMK 105 uyarınca eda davaları *“Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir”*.

⁴⁴² HMK 106’ya göre tespit davalarında *“Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir”*.

⁴⁴³ Tunçomağ *Cezai şart* (n 44)167; Eren (n 18) 1214; Hatemi and Gökyayla (n 85) 384-385; Uslu (n 21) 216.

⁴⁴⁴ Peter Schlosser *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile* (Giesecking Verlag; 1966) 140-141.

⁴⁴⁵ Kocaağa *Cezai şart* (n 62) 253-254.

Aynı şekilde TBK 182/III hâkime tanınan takdir yetkisi de yenilik doğurucu nitelik taşımaktadır⁴⁴⁶.

Ceza koşulunun indirilmesi kararı inşai bir karar olması sebebiyle geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle ceza koşulu başlangıçtan itibaren indirilme kararında belirtilen miktarda kararlaştırılmış sayılacaktır⁴⁴⁷. Ceza koşulunun indirilmesi davasında hâkim ceza koşulunun tamamını ortadan kaldıramamaktadır⁴⁴⁸.

Ceza koşulunun indirilmesi kararının inşai etkisi sayesinde hükmün verilmesi ve kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden meydana gelmekte olup, indirim kararının ayrıca icra edilmesine gerek olmamaktadır.

Ceza koşulunun indirilmesi talebinde red kararı verildiği durumlarda ise bu karar inşai nitelikte olmayıp tespit ve eda davalarında hükümler gibi bir tespit hükmü olacaktır⁴⁴⁹. Zira bu durumda taraflar arasında bir değişiklik meydana gelmeyecektir. İndirim talebinin reddi kararı yalnızca taraflar arasında etkili olmakla birlikte, kararın verildiği tarih itibariyle mevcut olan durum açısından kesin hüküm etkisine sahiptir.

18.4 Yargılama Giderleri

Ceza koşulunun aşırı miktarda yüksek olduğu hallerde borçlu ceza koşulunun indirilmesi talebiyle bir inşai dava açmış ya da alacaklı alacağının tahsili için bir eda davası açmış ise hâkim tarafların haklılık oranları ölçüsünde mahkeme masraflarına hükmedecektir. Önemle belirtilmelidir ki alacaklının ceza koşulu alacağını tahsil etmek amacıyla açtığı davada borçlu ceza koşulunun

⁴⁴⁶ Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 254; Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)167.

⁴⁴⁷ Eren (n 18) 1214; Hatemi ve Gökyayla (n 85) 385; Kocaağa *Cezai Şart* (n 62) 255 Bilge (n 17) 120.

⁴⁴⁸ Eren (n 18) 1214.

⁴⁴⁹ Gülseven (n 21) 136.

aşırılığını ileri sürmüş ise alacaklı aleyhine mahkeme masrafı hükmedilememektedir⁴⁵⁰.

Yargıtay⁴⁵¹ bir kararında icra inkâr tazminatının talep edilebilmesi için dava konusu alacağın likit olması gerektiğini vurgulamış ve ceza koşulunun miktar açısından tespiti için yargılama gerekmesi sebebiyle ceza koşulu tahsili etmek amacıyla alacaklı tarafından açılan davanın kabul edilmesi durumunda borçlu davalı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilemeyeceğine dair karar vermiştir.

19. Ceza Koşulunun İndirilmesinde Tarafların Tacir Olması Durumu

19.1 Genel Olarak

TTK'de tacir olmanın hükümleri başlığı altında 18'inci ila 23'üncü maddeler arasında tacir olmanın getirdiği külfetler ve nimetler hüküm altına alınmıştır. TTK 18/II'de belirtildiği üzere her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü objektif özen ölçütüne dayanmaktadır. Bir diğer ifadeyle tacirin ticaretine ait faaliyetlerde yalnızca kendisinden beklenen şahsi özen değil o iş alanında faaliyet gösteren tedbirli ve dikkatli davranış sergileyen bir tacirin göstereceği özen dikkate alınacaktır⁴⁵². TTK 22 tacirin basiretli iş adamı davranma yükümlülüğünün bir yansıması olup ilgili madde uyarınca tacir sıfatına sahip olan borçlu, TBK 121/II, 182/II ve 525. maddelerde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının yani ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyecektir.

⁴⁵⁰ Uslu (n 21) 218; Yarg. 23. H.D E.2016/6398, K. 2018/473, T. 20.02.2018. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi (08.06.2022).

⁴⁵¹ Yarg. 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/3465, K.2019/5093 T. 09.09. 2019; Yargıtay 13.HD E. 2019/1644 K. 2019/7152 T.10/06/2019; Yarg. 3. HD, E: 2017/2678, K. 2018/1497; T. 22.02.2018. İlgili tüm kararlar için: (www.kazanci.com) Erişim Tarihi (08.06.2022).

⁴⁵² Sabih Arkan *Ticari İşletme Hukuku* (24. edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018) 151.

Borçlunun tacir olduğu ve ceza koşulunun borçlunun ticari işletmesiyle ilgili bir borç olduğu hallerde ceza koşulu aşırı miktarda yüksek olsa dahi TBK 182/III'te yer alan ceza koşulunun indirilmesi hakkında yararlanamayacaktır⁴⁵³. Aynı zamanda bu hüküm TTK 12/III fıkrasına göre tacir sayılanlar hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Çünkü basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü olan tacirin ceza koşulunu kararlaştırırken kendisi için getireceği riskleri öngörerek hareket etmesi gerekmektedir⁴⁵⁴.

19.2 Tarafların Tacir Olduğu Hallerde Ceza Koşulunun İndirilmesinin Talep Edilememesinin Koşulları

TTK 22'de belirtildiği üzere ceza koşulunun yalnızca ticari bir borçta kararlaştırılması yeterli olmayıp aynı zamanda borçlunun tacir sıfatına haiz olması gerekmektedir. Bununla beraber tacirin ticari işletmesiyle doğrudan ilgili olmasa dahi TTK 3'te ticari iş olduğu belirtilen hallerde de tacir indirim talep edemeyecektir⁴⁵⁵. TTK 12 uyarınca bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi gerçek kişi tacir olmakla birlikte aynı TTK'nın 16'ncı maddesi uyarınca tüzel kişi tacirleri “*ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar*” ifadesiyle

⁴⁵³ Tunçomağ *Cezai Şart* (n 44)173; Kocaağa *Ceza Koşulu* (n 3) 378; Bilge (n 17) 125; Karagöz (n 91) B. Yağcıoğlu (n 83) 263; Uslu (n 21) 220; Uçar (n 39) 116; Kılıçoğlu (n 62) 1003.

⁴⁵⁴ Ahmet Tamer, “Tacirler Bakımından Cezai şart (Ceza Koşulu)” (2013) 4(14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 731- 750.

⁴⁵⁵ Günay *Cezai Şart* (n 139) 221; Tamer (n 454)763.

tanımlanmıştır. Önemle vurgulanmalıdır ki TTK 22, kanunen tacir sayılan⁴⁵⁶, tacir gibi sorumlu olan kişiler⁴⁵⁷ bakımında da uygulanacaktır.

Tacir sıfatına sahip olmayan borçlunun ticari nitelikteki işlemlerinden doğan borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmış ise ceza koşulunun aşırı olması halinde TBK 182/III fıkrasına göre ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olabilmektedir.

Borçlunun tacir sıfatında değişiklik meydana gelmiş ise tacir sıfatının bulunup bulunmadığı noktasında dikkate alınacak an ceza koşulunun kararlaştırıldığı andır⁴⁵⁸. Dolayısıyla kişi tacir sıfatına sahip olduğu dönemde üstlendiği borçlardan sorumlu olacaktır. Fakat borçlu, ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihte tacir veya tacir gibi sayılan, sorumlu olan kişilerden değilken daha sonra tacir sıfatı kazanırsa TBK 182/III uyarınca aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi hakkında yararlanabilecektir. Ayrıca bir tacirin üstlendiği ve ceza koşuluna bağlı bir borç tacir olmayan bir kişiye devredildiği hallerde borcu devralan ve tacir olmayan yeni borçlu ceza koşulunun indirilmesini talep edebilecektir⁴⁵⁹. Bununla birlikte TTK 22’de belirtildiği üzere bir sözleşmenin kurulmasına aracılık yapma karşılığında kararlaştırılan simsarlık ücretinin indirilmesi de bu ücretin borçlusu tacir ise, mümkün olmayacaktır⁴⁶⁰.

Yargıtay’a⁴⁶¹ göre iş sözleşmesinde ceza koşulunun yer alması halinde borçlu tacir olsa ve borç ticari nitelik taşısa dahi TBK 183/III hükmünün uygulanacağı yani aşırı olan ceza koşulunun indirilmesinin mümkün

⁴⁵⁶ TTK 12/II’ye göre *Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır*”

⁴⁵⁷ TTK 13/II’ye göre *“Bir ticari işletme açmış gibi ister kendi adına ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”*

⁴⁵⁸ Günay *Cezai Şart* (n 139) 218-219; Uslu (n 21) 225.

⁴⁵⁹ Arkan (n 452) 158.

⁴⁶⁰ Arkan (n 452) 158.

⁴⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2015/22-330 K. 2017/132 T. 25/01/2017 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/759, K.2005/9 T. 02/02/2005 (www. kazanci.com) Erişim Tarihi (08.06.2022).

olduğunu belirtmiştir. Zira işçi ile işveren arasındaki ilişkinin TTK 3'te tanımlanan ticari iş olmadığını 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple TTK 22'deki kuralın işveren hakkında uygulanmaması gerektiğini belirtilmiştir.

Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına ilişkin eleştirilerden biri⁴⁶² TTK 22 hükmünün tacirin ticari işletmesini ilgilendiren bütün faaliyetleri kapsadığını belirterek tacirin aynı zamanda işveren olduğu hallerde de işçi ile arasındaki hizmet ilişkisinin ticari nitelikte olduğunu yönündedir. Dolayısıyla TTK 22'deki indirim yasağı tacir işveren açısından da uygulanması gerekmektedir.

Bir diğer eleştiri ise işçi lehine olan ceza koşulunun İş Kanunu'nun getirmiş olduğu işçi yararına yorum ilkesi ve işçiyi koruma amacına hizmet etmesi sebebiyle TBK 182/III uyarınca indirim tabi kılınmasının İş Kanunu'nun amacıyla bağdaşmayacağıdır⁴⁶³.

Tacirlerin, ceza koşulunun aşırı olmasında indirim talep hakkının olmamasının bir diğer şartı da ceza koşulu borcunun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmasıdır. Bir diğer ifadeyle tacirin adi borçlarının varlığı halinde tacir TBK 182/III uyarınca indirim talep edebilecektir. Gerçek kişi tacirler TTK 19/1 uyarınca adi borçlara sahip olabilirken tüzel kişi tacirlerinin adi borçları olmamaktadır⁴⁶⁴.

⁴⁶² Tamer (n 454) 764-765; Karagöz (n 91) 58-59.

⁴⁶³ Cansel and Özel (n 18) 732.

⁴⁶⁴ Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan “*Ticari İşletme Hukuku*” (5. edn, 12 Levha Yayıncılık, 2015) 273.

19.3 Tarafların Tacir Olduğu Hallerde Ceza Koşulunu Talep Edebilecekleri İstisnai Durumlar

Tacirler bakımından aşırı olan ceza koşulunun indirilmemesi bazı istisnai durumlar açısından geçerli olmaktadır. Tacir sıfatına sahip olan borçlunun indirim talep edememesi alacaklı bakımından hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyor ise borçlu TBK 182/III uyarınca indirim talep etme hakkından faydalanabilecektir⁴⁶⁵.

TTK 22 hükmünün uygulanabilmesi için tacirin iradesini sakatlayan hallerin bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla TBK madde 28 ila 30 arasında sayılan irade sakatlığı hallerinde borçlu bu nedenleri ileri sürerek sözleşmenin iptalini talep edebilecektir. TBK'nın 28'inci maddesinde hüküm altına alınan aşırı yaralanmanın uygulanabilmesi için borçlu tacirin gerçekten zor durumda kalmış olması gerekmektedir. Çünkü TTK 18/II gereği tacir ticari faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadır.

Bir diğer istisna hali ise TBK 26 ve 27 çerçevesinde mümkün olmaktadır. Ceza koşulu borçlusunun tacir veya tacir gibi sorumlu kişi olduğu hallerde kararlaştırılan ceza koşulu ahlaka ve borçlunun kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek derecede aşırı ise hâkim, ceza koşulunun indirilmesine⁴⁶⁶, geçersizliğine⁴⁶⁷ ya da ceza koşulu ile bütün işlemin geçersiz sayılmasına karar verebilecektir.

⁴⁶⁵ Tamer (n 454) 766.

⁴⁶⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 476.

⁴⁶⁷ Nomer (n 17) 365, Arkan (n 452) 159; tacir sıfatını haiz borçlu, TTK. m. 22'ye göre ceza koşulunun, indirilmesini isteyemeyeceğinden, ceza koşulu, tacir borçlunun ekonomik varlığını büyük bir tehlike altına sokulmasına veya yıkımına yol açtığı takdirde, ahlaka aykırı sayılır ve bunun sonucu olarak TBK. m. 27 uyarınca hükümsüz olur. Bkz Kocaağa *Cezai Şart* (n 62). 111.

Ceza koşulunun yalnızca çok yüksek olması sebebiyle genel ahlak kurallarını ihlal ettiği söylenemez. Tacir sıfatına haiz borçluyu ekonomik açıdan zorlaması yeterli olmayıp ekonomik özgürlüğünü ağır derecede kısıtlaması, ekonomik geleceğini ağır derecede tehlikeye düşürmesi hatta ekonomik özgürlüğünü yok etmesi gerekmektedir⁴⁶⁸.

B. B



⁴⁶⁸ Çınar (n 387) 104, Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 4) 477.

SONUÇ

Bir borcun ödenmesini güvence altına almak, borçlu da ifa baskısı yaratmak, borcun ifa edilmediği hallerde de tazminatı tahsil edebilmek için alacaklı lehine birtakım güvenceler konulabilir. Bu güvenceler 6098 sayılı TBK'nın 581'inci maddesindeki kefalet veya TMK'nin 939'uncu ve 850'nci maddelerindeki gibi taşınır ve taşınmaz rehni şeklinde olabilmektedir. Tüm bunların yanında sözleşmeye koyulacak bir kayıt ya da ayrı bir sözleşme akdedilerek ceza koşulu da kararlaştırılabilmektedir.

Bir borç ilişkisinde alacaklı borcun akdedilen sözleşmeye uygun olarak temin edilmesini ister. Bu nedenle borçludan sözleşmeye sadık kalacağına ve borcunun ödeneceğine dair güvence istediği durumlarda ceza koşulu müessesesi söz konusu olmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda cezai şart ile anılan bu müessese 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile "ceza koşulu" olarak değiştirilmiştir.

Ceza koşulu borç ilişkisinde tek tarafa borç yükleyen bir edim aynı zamanda geciktirici şarta bağlı bir edim borcudur. Geciktirici şart, borçlunun borcunu tam veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ileriye yönelik olarak sonuç doğurması durumudur. Ceza koşulu her ne kadar geciktirici şarta bağlı borç olmakla birlikte TBK'nın şarta bağlı borca ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 170 ile 176'ncı maddeleri uygulanmayacaktır. Çünkü ceza koşulu 6098 TBK'nın "Genel Hükümler" adlı başlığının birinci kısmında ve "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlıklı dördüncü bölümün üçüncü ayrımında bağlanma parası ve cayma parasıyla birlikte 179. ve 182. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Ceza koşulu borçlunun asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi yerine getirmedeği ya da belli bir yer veya zamanda ifa etmediği hallerde alacaklı tarafa karşı ifa etmeyi önceden kabul ettiği bir edimdir.

Ceza koşulunun hukuki niteliği bakımından doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Ceza niteliği, sigorta niteliği, ceza, götürü tazminat niteliği ve ceza tazminat niteliği taşıdığı görüşleri bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'ndaki ceza koşulu hükümleri ele alındığında ceza koşulunun karma bir nitelik taşıdığı söylenebilmektedir.

Ceza koşulunun amacı hakkında TBK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza koşulunun birden fazla amacı bulunmakla beraber bunlar; borçlu üzerinde ifa baskısı yaratma, sözleşmeden dönme, tazminat amacı ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi birden fazla amacı bulunmaktadır. Ceza koşulunun amacı borçluyu borca uygun davranmaya teşvik ederken borçlunun borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği hallerde de alacaklıyı doğacak zararı hesaplama külfetinden kurtararak önceden tazminatın tespit edilmesini sağlamaktır.

Ceza koşulunun üç önemli işlevi bulunmaktadır. Öncelikle borçluyu ifaya zorlama işlevi sayesinde borcun ifasını güvence altına almaktadır. Çünkü borçlu borcunu ifa edemediği takdirde genellikle tazminat miktarından çok daha fazla olan ceza koşulunu ödemek zorunda kalacaktır. Borçlu üzerinde psikolojik bir ifa baskısı yaratan ceza koşulu, bu sayede asıl borcun ifasını da güvence altına almaktadır.

İkinci olarak, borçlunun borcunu ifa etmediği takdirde doğacak olan zararın önceden ve götürü şekilde bilindiği için alacaklının zararınının tazminini de kolaylaştırmaktadır. Son olarak, borçlu ifayı engelleyen ceza koşulunun kararlaştırıldığı hallerde ceza koşulunu ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilecektir. Dolayısıyla sözleşmeden dönmeyi kolaylaştırma işlevi de bulunmaktadır.

Ceza koşulunun hukuken varlık doğurabilmesi için öncelikle hukuken geçerli ve mevcut henüz ifa edilmemiş bir asıl borcun mevcut olması gerekmektedir. Çünkü asıl borcun geçerli olmadığı hallerde fer'i niteliğe sahip olan ceza koşu da geçerli olmamaktadır. Asıl borcun konusu her türlü edim olabilmektedir. Verme, yapma ya da yapmama (kaçınma) borçları için de ceza koşulu kararlaştırmak mümkündür. Asıl borcun konusunun para olduğu hallerde bu borçları güvence altına almak için ceza koşulunun kararlaştırıp kararlaştıramayacağı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların aksine Yargıtay son yıllarda para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir.

Asıl borcun hukuken geçerli olması için sözleşmeler açısından genel olarak geçersizliği düzenleyen TBK 26 ve 27'ye aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip olmayanların sözleşme akdetmesi halinde ve kanunen şekil şartı öngörülmüş sözleşmelerde bu şekil şartına uyulmaması halinde de asıl borç geçersiz hale gelmektedir. Bununla beraber TMK 23'te yer alan kişilik haklarına aykırılı olan işlemlerin ceza koşulu ile güvence altına alınamayacağı kabul edilmektedir.

İrade sakatlığının bulunduğu hallerde asıl sözleşme kesin hükümsüz olmamakta iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmaktadır. Dolayısıyla yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmadan dolayı asıl borç ilişkisine bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise borçlu TBK 28 ve 39'daki süreleri göz önüne alarak iptal hakkını kullanabilmektedir. İptal hakkının kullanılmasıyla asıl borç ve fer'i nitelikte ceza koşu geçersiz hale gelmekte olup, iptal hakkı kullanılmaz veya süreler geçirilse hem asıl borç hem de ceza koşulu sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olacaktır.

Doğuştan eksik borç olan kumar ve bahis borçlarına konulan ceza koşulunun hukuki durumu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş kumar ve bahisten doğan borçlar ve bu borca bağlanan ceza koşulunda eksik borç

olduğunu dolayısıyla ceza koşulunun ödediği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda bunun iadesi istenemeyeceği yönündendir. Aynı durum evlenme simsarlığı içinde geçerli olmaktadır. Doktrindeki diğer görüş ise eksik borçlarda kararlaştırılan ceza koşulunun kesin hükümsüz olduğu yönündedir. Kesin hükümsüzlük görüşü uyarınca ceza koşulunun ifa edilmesi halinde iadesi sebepsiz zenginleşme kapsamında geri istenilebilecektir.

Zamanaşımın uğramış borç da eksik bir boçtur ve davaya konu edilmesi halinde borçlu zamanaşımı def'isini ileri sürebilir. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifa edileceği konusunda taraflar ceza koşulu kararlaştırılmışsa, ifa etmeme hâlinde bu ceza istenebilir, dava edilebilir. Ahlâkî görevin ifası niteliğinde bir borç için de ceza koşulu kararlaştırılabileceği ve borcun ifa edilmemesi durumunda ceza koşulunun talep edilebileceği kabul edilmektedir.

Ceza koşulu her ne kadar asıl borca bağlı fer'i bir borç olsa da asıl borçtan ayrı bağımsız bir edimdir. Nicelik ve nitelik yönünden asıl borçtan ayrılabilir. Ceza koşulu asıl borçtan ayrı olan ama ekonomik bir değer taşıyan bir borç olmalıdır. Ceza koşulu asıl borç sözleşmesinde bir kayıt ile kararlaştırılabileceği gibi ayrı olarak bir sözleşme ile kararlaştırılabilir. Kural olarak ceza koşulu sözleşmesi bir şekil şartına tabi değildir. Fakat eğer asıl borcun sözleşmesinde kanuni bir şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilmiş ise bu durumda ceza koşulu sözleşmesi de o kanuni şekil şartına uygun olarak akdedilmelidir. Ceza koşulu sağlar arası bir hukuki işlemle kararlaştırılmalıdır. Çünkü Miras Hukuku'nda ölüme bağlı tasarruflar için özel hüküm bulunmaktadır.

Ceza koşulu TBK 179'da belirtildiği gibi üç tür şeklinde düzenlenmiştir. TBK 179/I uyarınca *“bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”* ifadesi ile seçimlik ceza koşulu

tanımlanmıştır. Bu ceza koşulunda, alacaklı aksi kararlaştırılmamışsa ya asıl ifayı ya da ceza koşulunu seçme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla seçimlik ceza koşulunda asıl borcun ifasından vazgeçilerek ceza koşulu istenmektedir. Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borç muaccel olacak ve alacaklı tek taraflı bir irade beyanı ile seçim hakkını kullanabilecektir. Alacaklının bu seçim yetkisi yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olmakta ve alacaklı bu hakkını kullanmış olmakla birlikte bu hakkından geri dönemez.

TBK 179/II uyarınca *“Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.”* hükmü ile ifaya eklenen ceza koşulu düzenlenmiştir. Dolayısıyla borca aykırılık halinde alacaklı hem asli borcu hem de kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilecektir. Böyle bir durumda ceza koşulunun ifaya zorlama amacı daha da belirgin olmaktadır. Kanun koyucu zaman ve yer bakımından borca aykırılık hallerinde kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu karine teşkil etse de ilgili hüküm bir emredici hukuk kuralı değildir. Sözleşme serbestisi uyarınca taraflar kanunda yazan ihlal halleri dışında da ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırabilirler. Yargıtay birçok kararında, alacaklının çekince ileri sürüp sürmediği konusu önemli saymıştır. Alacaklının ceza hakkından açıkça feragat ederek ya da hiçbir çekince ileri sürmeden ifayı kabul ederse, ceza koşulunu artık talep edemeyecektir.

Ceza koşulunun son türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu ise TBK 179/III uyarınca *“Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”* hükmü ile ifade edilmiştir. İfayı engelleyen ceza koşulunda seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklı olarak borçlu ifa yerine ceza koşulunu ödeyerek sözleşmeden dönebilmektedir. Aynen ifa ya da ceza koşulu ödeme seçimini yapacak olan borçlunun kendisidir. Dolayısıyla doktrinde dönme cezası ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında

sanki ceza koşulunun bir türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu olarak düzenlemiş ise de dönme cezasının, ceza koşulunun bir türü olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimiz ve yargıtay kararları doğrultusunda TBK ifayı engelleyen ceza koşulu, ceza koşulunun bir türü olarak kabul edilmelidir.

Ceza koşulu ile birçok kurum arasında benzerlikler bulunsa da aslında ceza koşulu müessesesi kendine özgüdür. Bağlanma parası bir sözleşme sözleşme kurulurken borçlu tarafından alacaklıya peşin olarak veriliren bir para iken ceza koşulunda borçlu borca aykırılık halinde alacaklıya ceza koşulunu ödeyeceğini taahhüt altına alır. Bu sebeple ceza koşulunun ifa edilebilmesi için bir borca aykırılık gerçekleşmiş olmalıdır fakat bağlanma parası açısından böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. Bağlanma parası için TBK’de para ifadesi yer alması dolayısıyla sadece para olabileceği göz önüne alındığında ceza koşulunu yalnızca para olmak zorunda değildir.

Cayma parası ise ceza koşulu gibi fer’i nitelikte olup geçerli bir cayma parasının söz konusu olabilmesi için asıl borcun geçerli bir hukuki işlemle kurulmuş olması gerekmektedir. Bu sebeplerle cayma parası ve ceza koşulu benzese de hukuki nitelik bakımından farklıdır. Cayma parası sözleşmenin kurulması esnasında bir tarafın karşı tarafa ödediği ve parayı ödeyen tarafın sözleşmeden dönmesi halinde ödediği parayı bırakması ya da parayı alan tarafın sözleşmeden dönmesi halinde aldığı paranın iki katını sözleşmenin karşı tarafa ödemeyi kabul ettiği bir durum iken ceza koşulunda bir taahhüt olmakla beraber ifayı engelleyen ceza koşulu özelinde ancak sözleşmeden döndüğü takdirde ödenmektedir. Cayma parası bir tasarruf işlemidir. Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunda alacaklının ceza koşulunu talep edilebilmesi için borçlunun borcuna uygun davranmaması yeterlidir, sözleşmeden dönülmesi zorunlu değildir. Ancak cayma parasında sözleşmeden dönmek mecburidir. Sözleşmeden döndüğü takdirde cayma parası karşı tarafta kalmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu garanti altına alması, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlama amacı ve fer'i nitelikte olması yönünden ceza koşuluna benzese de her iki kurumun unsurları göz önüne alındığında oldukça farklı olduğu anlaşılmaktadır. Kefalet sözleşmesinde kefil asıl borç ilişkisinin bir tarafı olmazken ceza koşulunda asıl borcun borçlusu ve ceza koşulunun borçlusu aynı kişidir. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu edim bir miktar paranın ödenmesi olmakta fakat ceza koşulunda karşılaştırılan edimin para dışında olması da mümkündür. Ayrıca kefalet sözleşmesinin geçerli olması için şekil şartı aranırken ceza koşulu açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Temerrüt faizi ise kanundan doğan bir haktır, ceza koşulu ceza koşulu tarafların anlaşmasıyla bir hukuki işlemin sonucunda meydana gelir. Temerrüt faizi yalnızca para borçlarında söz konusu olmaktadır. Taraflar ceza koşulunu her türlü borç için karşılaştırılabilir. Temerrüt faizinin talep edilmesi için borçlunun temerrüde düşmesinde kusur şartı aranmaz iken ceza koşulunun talep edilmesinde borçlunun kusurlu olması şartı doktrinde tartışmalı olmakla birlikte kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir. Fakat kusurun alacaklı tarafından ispatlanması şart değildir.

Ceza koşulunun ile götürü tazminatın fer'i nitelikte olması ve alacaklının zararının tazmini kolaylaştırması sebebiyle götürü tazminata benzese de oldukça farklıdır. Ceza koşulunda asıl amaç borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yaratarak onu ifaya zorlamak iken götürü tazminatın amacı ispat kolaylığı ve zararın tazminidir. Emredici bir hukuk kuralı olmamakla beraber götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının ispat etmesi zorunlu olmasa da mutlaka bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Ceza koşulunun talep edilebilmesi açısından ise borçlunun borca aykırı davranışı yeterli olup ayrıca zararın meydana gelmiş olması şart değildir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe götürü tazminat da tazminatı aşan miktarın borçludan istenilmesi mümkün değilken ceza koşulunda ise TBK 180/II hükmü uyarınca alacaklının borçlunun kusuru ispat etmesi şartıyla ceza

koşulu aşan miktarı talep edebilir.

Ceza koşulunun muaccel olabilmesi için asıl borcun muaccel hale gelmiş olması, somut olaydaki borç ihlalin gerçekleşmiş olması ve borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Ceza koşulunun muacceliyeti hakkında TBK’de ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır. Ceza koşulunun muaccel hale gelebilmesi için yalnızca asıl borcun muaccel olması tek başına yeterli değildir ayrıca asıl borcun ihlal edilmiş olması gerekir. Asıl borç ihlal edilene kadar ceza koşulu askıdadır. Asıl borcun ihlal edildiği an bir kanun hükmünden tarafların anlaşmasından, ihbardan ya da hukuki ilişkinin yorumundan ve kapsamından anlaşılabilir. Asıl borcun muaccel olabilmesi için bir diğer ifadeyle asıl borcun ihlal edilmesi için tarafların asıl sözleşmede somut olarak kararlaştırdıkları edimin hiç yapılmaması, gereği gibi ya da belirlenen yer zamanda yapılmamış olması gerekir. Taraflar tek bir hareketin ya da hareketin tekrarının olmasını ihlal niteliğinde sayılacağını kararlaştırabilirler. Asıl sözleşmenin borçlusunun tek bir kişi olduğu durumlarda sadece borçlu tarafından somut ihlalin meydana gelmesiyle ceza koşulu muaccel olurken eğer sözleşmenin borçluların birden fazla bölünebilir nitelikteki borçlar için sadece borcu ihlal eden borçlu asıl borçtaki payı oranında ceza koşulunu ifa etmekle yükümlüdür. Asıl borcun komusu bölünemez nitelikte ise somut olayın ihlali yalnızca bir borçlu tarafından gerçekleşse dahi ceza koşulu tüm borçlular açısından tam bütünüyle muaccel olacaktır.

Borçlunun kusurlu olmasının ceza koşulunu muaccel hale getireceği doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun somut ihlali kusuru ile gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Borçlunun kusurlu olduğunun ispatı alacaklı üzerinde olmayıp, borçlu somut ihlalde hiçbir kusuru olmadığını ispat edemediği müddetçe ceza koşulunun ödemekten kaçınmamaktadır.

Ceza koşulunu aşan miktarın tazmini TBK 180/II’de düzenlenmiştir. İlgili fıkra göre “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşılırsa*

alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez”.

Taraflar aksini kararlaştırmadığı hallerde ceza koşulunun zararı karşıladığı hallerde ceza koşulunun yanında ayrıca zarar talep edilemez. Taraflar aksini sözleşmede açıkça ifade etmek suretiyle kararlaştırabilirler. İfaya eklenen ceza koşulunda aşan zararın tazmin edip edilemeyeceği tartışma konusu olmakla birlikte TBK’de ceza koşulunu aşan zararın tazmini açısından ceza koşulu türleri için herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Kanun koyucunun amacı ceza koşulunu aşan zararın yalnızca seçimlik ceza koşulunda uygulanması gerektiği değildir.

Alman Medeni Kanunu’nun aksine ceza koşulunun para veya para dışında bir edim olarak kararlaştırılması ceza koşulunu aşan zararın tazmini açısından bir fark yaratmamaktadır. Alman Medeni Kanunu’nu 342’nci paragrafı uyarınca ceza koşulunun para dışında bir edim olarak kararlaştırılması halinde alacaklının tazminat talebinde bulunamayacaktır. Ancak alman doktrininde de bu hükmün emredici nitelikte olmadığı savunulmaktadır.

TBK 180/II’de belirtildiği üzere ceza koşulunu aşan zararın alacaklı tarafından talep edilmesi için borçlu borca aykırı davranışında kusuru olması gerekmektedir. Burada borçlunun kusurunu alacaklı ispat etmelidir. Fakat ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilmesi ile ilgili TBK 180/II’nin emredici hukuk kuralı olmaması nedeniyle taraflar sadece ağır kusurun alacaklı tarafından ispat edilmesi halinde ceza koşulunu aşan miktarın ödeneceği konusunda anlaşmaları da mümkündür. Bununla birlikte kanunen düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinde alacaklının borçlunun kusurunu ayrıca ispatlamasına gerek yoktur.

Ceza koşulu her ne kadar taraflarca serbestçe kararlaştırılabilse de bunun istisnası TBK 182/III’te düzenlenmiştir. TBK’nin 182. maddesinin son fıkrası uyarınca ceza koşulunun aşırı olması sebebiyle hâkimin takdir yetkisi

bulunmaktadır. Hâkimin takdir yetkisini kullanabilmesi için borçlunun bir talebi olması şart değildir, çünkü söz konusu madde kamu düzenine ilişkindir. Hâkim aşırı bulduğu ceza koşulu re'sen indirebilecektir. Bu kural emredici hukuk kuralıdır. Dolayısıyla hâkim, dava ya da def'i yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta ceza koşulu mevcut ise bunun aşırı olup olmadığını tespit ederek aşırı olduğu takdirde de indirim yapmakla mükelleftir. Hâkimin ceza koşulunun indirilmesindeki takdir yetkisi, ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramaz ya da ceza koşulunu değiştiremez. Kanaatimizce, hâkim tarafından verilen ceza koşulunun indirmesi kararı arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirmesi ve geçmişe etkili olarak sonuçlarını doğurması nedeniyle inşai nitelikte bir karardır.

Önemle belirtilmelidir ki hâkimin, ceza koşulunun aşırılığını tespit ederken ve indirilecek miktarı belirlerken kullanacağı ölçütler TBK'de düzenlenmemiştir. Doktrin ve Yargıtay kararları uyarınca hâkim, borçlunun borca aykırı ifadaki kusur derecesi, tarafların ve özellikle de alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatleri, tarafların ekonomik durumları ve borca aykırı ifa nedeniyle meydana gelen zarar dikkate alınarak somut olaya göre değerlendirecektir. Bu ölçütler mutlak olmamakla beraber hâkim önüne gelen uyuşmazlıklarda o olaya özgü şartları da göz önüne alarak değerlendirme yapmalıdır.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için gerekli şartlar geçerli bir ceza koşulunun bulunması, ceza koşulunun muaccel olması, ifa edilmemiş olması, aşırı miktarda karşılaştırılması gerekmektedir. Doktrinde ceza koşulunun ifa edilmemiş olması hususu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce ceza koşulunun indirebilmesi için, ifa edilmemiş olması şartı aranmalıdır. Bununla beraber borçlu ceza koşulunu ifa ederken ihtirazi kayıt ileri sürmüş ise, ceza koşulunun ifa edilmiş olması, indirilmesine engel olmayacaktır.

TBK 182/3 maddesinin istisnası ise borçlunun tacir sıfatına sahip olduğu durumlarda geçerli olmaktadır. TTK 22 uyarınca ceza koşulu borçlusunun

tacir ya da tacir gibi sorumlu kişilerden olması ve bu borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması halinde tacir sıfatına sahi borçlu ceza koşulunun indirilmesini isteyemez. Bu husus TTK 18/II uyarınca tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Ancak kararlaştırılan ceza koşulu miktarı borçlunun ekonomik olarak çok fazla sarsılmasına, çöküntüye uğramasına ekonomik geleceğinin mahvına yol açması halinde indirim isteyebileceği ya da ceza koşulunun tamamen kaldırılması da söz konusu olabilmektedir.



KAYNAKÇA

- Akıntürk T. and Karaman Ateş D., “*Borçlar Hukuku*”, (18. edn, Beta Yayınları, 2012).
- Akkayan Yıldırım A, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, (2003) LXI (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- Aksoy H. C, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 999-1018.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırm Enstitüsü, 2018).
- Arsebük E, *Borçlar Hukuku C1-2*” (3. Bası, Güney Matbaacılık, 1950) (Borçlar Hukuku).
- Arsebük E, “Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller”, (1936) (16) Adliye Ceridesi,987-988.(Cezai Şart).
- Arslanlı, H, *Ticari Bey* (4. edn, Fakülteler Matbaası, 1955).
- Arturk M.E, Gökçen A, Alşahin E and Çakır K *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. edn, Adalet Yayınevi, 2021).
- Ayan M, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*” (12. edn, Adalet Yayınevi, 2020).
- Ayan S,” Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu “(Adalet Yayınevi, 2014).
- Aydemir E, *Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu*” (Seçkin Yayıncılık, 2013).
- Aykaç, HB, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart", (2016), 13(50) Legal İş

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (699-762).

Barlas N Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar (Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.) 124.

Becker H, İsviçre Medeni Kanun'u Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V (Ankara Yarı Açık Ceza Evi Matbaası, 1973).

Bentele R, Die Konventinalstrafe nach Art. 160-163 OR, (Shaker Verlag, 1994.).

Berger B, Allgemeines Schuldrecht (Stampfli Verlag, 2008).

Berki O. F, "Pey Akçesi Rucü Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler" (1943) Y.XVII(5) İstanbul Barosu Mecmuası 277-303.

Bilge N, Cezai Şart, Prof. Dr. Esat Arsebük'e Armağan (Güzel İstanbul Matbaası,1957)

Birinci Uzun T, Götürü Tazminat (Yetkin Yayınları, 2015).

Bötticher E, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle (1970).

Bucher E, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, (2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988).

Bulut Karabağ N, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, (On İki Levha Yayıncılık, 2014).

Cansel E. And Özel Ç., "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, (Ceza Koşulu) (2013) 8 (Özel Sayı,) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 713-733.

Centel N, Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001).

Çeker M, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku* (20. edn, Karahan Kitapevi, 2019).

Çınar Ö, “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi” (Güz 2009) 8(16) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 91-115.

Doğan BF, “Teias’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, (2013), 4(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (61-84).

Dural M, Ögüz T and Gümüş A., *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (17.edn, Filiz Kitapevi, 2022).

Ekinci H, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama* (3. edn Seçkin Yayıncılık 2015).

Eneccerus L, Kipp T, Lehmann H. and Wolff M, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II Recht des Schuldverhältnisse* (Elwertsche Verlagsbuchhandlung, 1932).

Erbay T., “Öncelikli Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu”, (1978), 1(1) Yasa Hukuk Dergisi.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. edn. Yetkin Yayıncılık, 2021).

Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2*, (2. edn, Fakülteler Matbaası, 1977).

Gökçeoğlu HK, *Cezai Şart ve İctihatlar* (Kazancı Yayınevi, 2007).

Göktürk HA, “Cezai Şart Müessesesi” (1938) İzmir Barosu Dergisi (Cezai Şart) 2-26-397.

Guhl T ve Schnyder AK., “*Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts*,” in Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey (eds) (9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000).

Gülseven H. *Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi*, (Seçkin Yayıncılık 2016).

Günay C. İ., *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (2. edn, Yetkin Yayıncılık, 2015) (Şerh).

Günay C. İ., *Cezai Şart* (Turhan Kitapevi 2002) (Cezai Şart).

Gündüz F, “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart” (2014) 88(3), İstanbul Barosu Dergisi , 134,143.

Göktürk H. A, *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Aktin Muhtelif Nevileri* (Ulus Basımevi, 1951).

Hatemi H and Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* (5. Edn. Filiz Kitapevi, 2021).

Helvacı M, *Borçlar Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, (Beta Yayınevi, 2000).

Herdem B. “Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Cezai Şart Konulması”, 2001, 1(1) Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan.

Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, (Vedat Yayınları, 2011).

Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, (Schulthess Verlag, 2012).

Honsell H *Kurzkommentar Obligationenrecht* (Basel, 2014).

Honsell H, *Kritische Bemerkungen zum OR 2020* (SJZ 109/2013).

Honsell H, *Kurzkommentar Obligationenrecht* (Basel, 2014) (*Kommentar*)

İnan A. N and Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*(4. edn, Seçkin Yayınevi, 2014)

Kabaklıoğlu Aslanyürek Y, *Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi* (On iki Levha Yayıncılık,2018).

Kaduk, H, 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., 1994.)

Kahveci N, “Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları” (2002) 2(3), DAAD, 131-135.

Kanık T, “Cezai Şart” (1950)1(8), Adalet Dergisi, 1071-1072.

Kapancı KB, *Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, (Filiz Kitabevi, 2013) (Götürü Tazminat).

Kapancı KB, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi İle Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C. II, (2016), 15(1) Özel Sayı İKÜHFD (Sözleşme Cezası), 661-680.

Karagöz V, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, (Seçkin Yayıncılık, 2006) (Cezai Şart).

Karahasan MR, *Türk Boçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti ve Yargıtay Kararları ile İlgili Mevzuat* (Tümü Yenilenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı Beta Basım Yayın, 2003

Kaynak S, “Roma Hukuku’nda Cezai Şart” (2006) 64(19,) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Keller M, and Schöbi. C, *Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts*, (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1988).

Kemaleddin, B, *Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri* (4. edn, Fakülteler Matbaası, 1967).

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24. edn, Turhan Kitapevi, 2020).

Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, (Vedat Yayınları, 2011).

Kocaağa K, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* (Yetkin Yayınları, 2003) (Cezai Şart).

Kocaağa K, *Ceza Koşulu* (2. edn, Yetkin Yayınları, 2018) (Ceza Koşulu).

Kostakoğlu C, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* (10. edn, Beta Yayıncılık, 2017).

Knütel R, “Verfallbereinigung nachtraglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe” (1975), 175(1-2) Archiv Für Die Civilistische Praxis.

Kuntalp E, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poray’a Armağan* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995).

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, (5. edn, Yetkin Yayınları, 2021).

Maurach R, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil* (4.Auflage, Karlsruhe 1971).

Nomer HN, *Borçlar Hukuku. Genel Hükümler* (18. edn, Beta Basım Yayın 2021).

Oser H, and Schönerberger W, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V., Obligationenrecht, Erster Halbbd.:* (OR, 2. Aufl., Schuktheß Co, 1929). (Kommentar).

Oser H and Schönerberger W, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, İkinci Kısım Madde 41-108*” (Tbk 41-108), (Çev: Recai Seçkin), (2.edn Yeni Cezaevi Basımevi, 1950, (Borçlar Hukuku).

Oertli T, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe* (Luzern, 2004).

Oğuzman K. and Öz T “*Borçlar Hukuku*” Cilt 2 (16. Bası, Filiz Kitapevi, 2021).

Ormancı Altınok P, “İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 140 III 200 Kararları Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği” (2016), 11(139) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Ozanoğlu HS, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, 1999 2(1-2) GÜHFD.

Önen T, *Borçlar Hukuku* (5. edn Yargı Kitapevi, 1999)

Özdemir E, “İş Hukukunda Cezai Şart” (2005) 9 (3-4) AÜEHFD. 403-416.

Özmen E.S, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK. 83. Madde Değişikliği”, 1995 (4) Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Özsunay E, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar*, (5. edn, İstanbul Üniversitesi Yayınlar, 1982).

Parlak Börü Ş., “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış” (2017) -(129) Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

Rado T, *Gaius Institutiones, Borçlar Kısmı*, (Doğan Kardeş Basımevi, 1953).

Reichel H, *Rechtskraft und gerechtfertigte Bereicherung, Festschrift für Adolf Wach* (III. Band, 1913).

Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (23. edn, Beta Yayıncılık, 2012).

Saymen HF, and Elbir HK, *Türk Eşya Hukuku Ayni Haklar*, (Hak Kitapevi, 1954) (*Ayni Haklar*).

Saymen HF and Elbir H, *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, (Filiz Kitapevi, 1966).

(*Borçlar Hukuku*)

Schlosser P, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile* (Gieseking Verlag, 1966).

Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2. edn, Vedat Kitapçılık, 2007)

Schoch W, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, (Verlag von Stämpfli Ci, 1935).

Soyer P, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, (2000), 5(3), İş Hukuku ve İktisat Dergisi.

Stöber K ve Otto DU, *Handbuch zum Vereinsrechts* (11. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016).

Şakar M, “İş Sözleşmesinde Cezai Şart Tazminatı” (2010) 18(207) Yaklaşım Dergisi 172-175.

Tamer A, “Tacırlar Bakımından Cezai şart (Ceza Koşulu)” (2013) 4(14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.

Tekelioğlu N, “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat” (2017) -(2) YBHD.

Tekil, F. *Borçlar Hukuku*, (Yelken Yayıncılık, 1998).

Tekinay S S, Akman S., Burcuoğlu H. and Tekinay A. A. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7. edn, Filiz Kitabevi, 1993)

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, (6. Edn. Sermet Matbaası,1976) (Borçlar Hukuku).

Tutar E, *Dönme Cezası* (Turhan Kitapevi, 2016) (Dönme Cezası).

Tutar E, “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi Ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”(2017) 12(125) Terazî Hukuk Dergisi, (Fark).

Tercier P, Pichonnaz P. And Develioğlu M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. edn, Filiz Kitapevi, 2020).

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler* (6. edn Sermet Matbaası, 1976).

Tunçomağ, K, *Türk Hukukunda Cezai Şart* (Baha Matbaası, 1963) (*Cezai Şart*).

Tunçomağ K, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, (1962) 1(4) BATİDER, (Hukuki Mahiyeti).

Uçar S, *Hukukta Cezai Şart Ve Uygulaması* (Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1993)

Uslu E, *Türk Borçlar Hukuku'nda Ceza Koşulu*, (Seçkin Yayıncılık, 2019)

Usta O, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, (Adalet Yayınevi, 2017).

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A, and Nomer EF, *Ticari İşletme Hukuku* (5. Edn. 12 Levha Yayıncılık, 2015) 273.

Velidedeoğlu H. ve Özdemir R. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Yargıtay Yayınları, 1987).

Westermann H. P, “Erman BGB, Kommentar” in Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Harm Peter Westermann (eds), (15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017).

von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, (Schulthess&CO.AG,1964).

von Staudinger J ve Kaduk H, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse Buch 2. §§ 336 – 386* (12. Auflage, Sellier de Gruyter, 1994)

von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.1-2*, Cevat Edege (çev), (2. Bası, Olgaç Matbaası, 1983).

Yağcı K, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, (2013, 71(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421.

Yağcıoğlu A, *Model Bir Kanun Tasarısı Niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri Hakkındaki 2020 Tasarısı (OR 2020) Hükümlerine İlişkin Açıklamalar* (Adalet Yayınevi 2021).

Yağcıoğlu B, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, (Seçkin Yayıncılık, 2019).

Yavuz N, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (Adalet Yayınevi, 2018).

Yazıcıoğlu E and Şeker Öğüz Z *Sigorta Hukuku* (2. edn, Filiz Kitapevi Basım Yayın Dağıtım, 2019).

Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (12. edn, Pelikan Kitapevi, 2021) (Genel Hükümler).

Yılmaz H, *Borçların İfasında İhrazî Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi*, (Güncellenmiş 3. edn, Seçkin Yayıncılık 2015.

Zevkliler A, Ertaş Ş. Havutcu A, Aydoğdu M, and Cumalıoğlu E, *Borçlar Hukuku* (2. edn, Fakülte Kitabevi, 2013).

Zevkliler A. and Gökyayla E.K, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (21.edn, Vedat Kitapçılık, 2021).

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Ecem ERDEM

Eğitim Durumu

Lise : 2011-2016 Sankt Georg Özel Avusturya Lisesi

Lisans Öğrenimi : 2016-2020 Kadir Has Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi : 2020-2022 Kadir Has Üniversitesi Özel Hukuk

Tezli Yüksek Lisans

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce, Almanca, İspanyolca

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri:

Sem Yürütme Kurulu Üyesi Stajyer Temsilcisi 2021