Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018,
ISSN 2146-0590, ss. 999-1018

ÖZEL HUKUK

Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir ?

What is the Relationship Between Penalty Clauses and the Debtor's Fault in Breach of His/Her Obligation?

Hüseyin Can AKSOY[*,**,***]

Öz

İsviçre hukukunda ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olduğu konusunda neredeyse görüş birliği bulunmaktadır. Türk hukukunda ise ceza koşulu ve kusur arasındaki ilişki tartışmalıdır. Zira kimi yazarlar, cezanın yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceğini kabul ederken, diğer bir görüşe göre cezanın istenebilmesi borçlunun kusuruna bağlı değildir. Bu görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiğinin tespiti, Türk Borçlar Kanunu'nun 180/2 ve 182/2 maddelerinin, hazırlık çalışmalarını da dikkate alarak, sözüyle ve özüyle yorumlanmasını gerektirir. Kanımızca, bu yorum neticesinde varılacak sonuç, taraflarca aksine anlaşma yapılmadıkça, borçlunun sözleşmeyle belirlenen cezayı ödeme borcunun kusurundan bağımsız olduğudur.

Anahtar Kelimeler: Ceza koşulu, Kusur, Götürü tazminat, İmkansızlık, Fer'ilik

Abstract

In Swiss law, there is almost consensus that enforcement of penalty clauses require debtor's fault. However the relationship between penalty clause and fault is controversial in Turkish law. Some scholars accept that penalty can only be required when the debtor is held responsible for breach of his/her obligation, whereas others argue that enforcement of penalty clauses is not bound to the debtor's fault. Making a preference between these views requires an interpretation of the wording and purposes of Article 180/2 and 182/2 of the Turkish Code of Obligations by considering its historical background. We argue that unless otherwise agreed by the parties, the debtor's obligation to pay the penalty is independent of his/her fault.

Keywords: Penalty clause, Fault, Liquidated damages, Impossibility, Accessoriness

* Dr. Öğr. Üyesi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, hcaksoy@bilkent.edu.tr
** Bu çalışma Türkiye Bilimler Akademisi tarafından sağlanan GEBİP Ödülü ile desteklenmiştir.
*** Bu çalışma Bilim Akademisi tarafından sağlanan BAGEP Ödülü ile desteklenmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 2.10.2018
Yayına Kabul Tarihi: 15.11.2018

GİRİŞ

Ceza koşulu, borçlu ile alacaklı arasında hukuki işlemle belirlenen ve borçlunun borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödemeyi üstlendiği ekonomik değer taşıyan bir edimi[1] konu alır. [2] İsviçre hukukunda öğretinin büyük kısmı ve Federal Mahkeme, sözleşme cezası[3] olarak isimlendirilen bu edimin, yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde talep edebileceğini kabul etmektedir.[4] Türk hukukunda ise ceza koşulu ve borçlunun kusuru arasındaki ilişki tartışmalıdır. Zira kimi yazarlar[5], cezanın yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceğini kabul ederken, diğer bir görüşe göre[6], sözleşmeyle belirlenen cezanın istenebilmesi, borçlunun kusuru şartına bağlı değildir. [7]

Ceza koşulunun ifası için borçlunun kusurlu olması gerektiğini savunan yazarlar görüşlerini üç temel gerekçeye dayandırmaktadırlar: (i) Cezayı aşan zararlara ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 180/2 hükmünün, kusur şartını ortadan kaldırmaksızın, yalnızca borca aykırılık hallerine ilişkin kusur karinesine istisna teşkil eden ve ispat yükünü tersine çeviren bir hüküm olduğu[8]; (ii) TBK m. 182/2 hükmünün, TBK m. 136'daki, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde borcun sona ereceğini ifade eden hükmün tekrarından ibaret olduğu[9]; ve (iii) TBK m.

1 Taraflarca kararlaştırılan ceza genellikle bir miktar para olmakla birlikte bu zorunlu değildir. Ekonomik değeri olan bir verme borcu, yapma borcu veya kaçınma ya da katlanma borcu da ceza olarak belirlenebilir. Oğuzman/Öz, II, N. 1576; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 32; Bentele, s. 96, dn. 454.

2 Fischer, s. 55; Eren, s. 1205; Birinci Uzun, s. 137. Bu bağlamda, ceza ödeme borcu, borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluna bağlıdır. Keller/Schöbi, s. 93; Schwenzer, N. 71.01; Fischer, s. 56; Oğuzman/Öz, II, N. 1565; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1367; Eren, s. 1207; Nomer, N. 235.1.

3 Ceza koşulu ile şartlarının oluşması halinde borçlunun sözleşmede yer alan ceza koşulu nedeniyle ödemesi gereken ceza (sözleşme cezası) farklı kavramlardır. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1366; Oğuzman/Öz, II, N. 1561.

4 BGer 4A.174/2011, 4.1 (17.10.2011); Bucher, s. 526; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3792a; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 2; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 8; Berger, N. 1792; Schoch, s. 39; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N. 4; Dietzi, s. 15. Aksi görüşte bkz. Keller/Schöbi, s. 95. Pellanda ise kusur şartını ceza koşulunun fer'i niteliği ile ilişkilendirir. CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 24. Schwenzer ise ifa etmeme ve gereği gibi ifa etmeme halleri arasında ayrım yaparak, – taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça – ifa etmeme için belirlenen ceza koşulu için borçlunun kusurunun aranması gerektiğini ifade eder. Schwenzer, N. 71.08.

5 Tunçomağ, Cezai Şart, s. 101 vd; Kılıçoğlu, s. 812; Nomer, N. 237.1; Oğuzman/Öz, II, N. 1616; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Ekinci, s. 22; Kahraman, s. 83; Kocaağa, s. 233; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Günay, s. 29; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı için bkz. Yarg. 11 HD, 12.3.1981, E. 1981/893, K. 1981/1083.

6 Cansel/Özel, s. 726; Birinci Uzun, s. 150; Eren, s. 1211.

7 Ceza koşulunun borçlunun kusuru şartına bağlanması, Kıta Avrupası hukukuna yabancı değildir. TBK ve mehaz kanundan farklı olarak, Alman Medeni Kanunu (BGB) ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurunu aramıştır. Zira § 339'a göre ceza koşulu yalnızca borçlunun temerrüdü halinde talep edilebilir. Bu bağlamda, Alman hukukunda, kusur temerrüdün bir şartı kabul edildiğinden (§286(4) BGB), ceza koşulunun talep edilebilmesi borçlunun kusurunu zorunlu kılar. Tartışmalı olmakla birlikte, yapmama borçlarının ihlali halinde ise ceza koşulunun istenebilmesi için bu yükümlülüğün ihlal edilmiş olması yeterlidir (§339 BGB). Benzer şekilde Hollanda Medeni Kanunu'nda da (m. 6:92-3) ceza koşulunun yalnızca borca aykırılığın borçluya atfedilebilen bir sebeple meydana gelmesi halinde istenebileceği ifade edilmiştir.

8 Bilge, Cezai Şart, s. 109; Kılıçoğlu, s. 813; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Sanlı, s. 352 dn. 1142.

9 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Kocaağa, s. 232; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Günay, s. 119.

182/2 hükmünün, kapsam itibariyle borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık hali ile sınırlı olmayıp, her türlü borca aykırılık halinde uygulanacağı[10].

Çalışmamızda, yukarıda yer alan üç görüş değerlendirilecek ve ceza koşulu ile borçlunun borca aykırı davranıştaki kusuru arasındaki ilişki irdelenecektir.[11] Bu bağlamda, mesele yalnızca olması gereken hukuk açısından ele alınmayacak, TBK m. 180 ve 182 hükümlerinin, kusuru olmaksızın borca aykırı davranan bir borçludan ceza koşulu istenmesine imkan verip vermediği sorusuna yanıt aranacaktır.

Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1, kanunun sözüyle ve özüyle değindiği tüm konularda uygulanacağını ifade etmiş olup, kanunun ruhu (özü) ile bağdaşmayan bir lafzi yorum kabul edilemez.[12] Kanunun ruhunun tespit edilebilmesi için başvurulması gereken araçlardan bir tanesi ise kanunun hazırlık çalışmalarıdır.[13] Zira, kanun hazırlanırken görüşülen tasarılar, meclis ve komisyondaki görüşme tutanakları ve gerekçe kanunun ruhunun anlaşılmasına yardımcı olabilir.[14] TMK ve TBK bakımından Türk kanun koyucusunun çalışmalarına İsviçre hukuku dayanak teşkil ettiğinden, TMK ve TBK'nın maddeleri yorumlanırken mehaz kanunlara ilişkin hazırlık çalışmalarından da yararlanılması gerekir. [15] Bu nedenle, çalışmamızda yeri geldikçe İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) ilgili hükümlerinin hazırlık çalışmalarına ve gelişim sürecine de yer verilecektir.

I. TBK m. 180/2 hükmü yalnızca ispat yükünü ters çeviren bir düzenleme midir?

TBK m. 180/2'ye göre, "Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez." Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde hakim görüş, bu hükmün borca aykırılık hallerine ilişkin kusur karinesine istisna teşkil eden ve ispat yükünü tersine çeviren bir hükümden ibaret olduğudur.[16] Ancak kanımızca hükmün anlamı bundan ibaret değildir.

---

10 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3792a; Bentele, s. 78 vd.; Bucher, s. 526; Kılıçoğlu, s. 813; Oğuzman/Öz, II, N. 1616; Kocaağa, s. 233; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Ekinci, s. 23.

11 Ceza koşulunun üç türü bulunur: seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası. Dönme cezası işlevleri bakımından seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklıdır. Zira, ceza koşulunun, borçlu üzerinde borcu ifa baskısı kurma işlevi, dönme cezasında söz konusu olmaz. Aksine, dönme cezası, borçluya borcunu ifadan kaçınma imkanı tanıyan bir kurumdur. Bu niteliği ile dönme cezası, alacaklının değil, borçlunun menfaatinedir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Kocaağa, s. 145; Akıntürk/Ateş, s. 166; Kayar, s. 187. Ceza koşulunun türleri hk. bkz. Oğuzman/Öz, II, N. 1590vd.; Eren, s. 1208 vd.; Günay, s. 78 vd.; Kocaağa, s. 133 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 266 vd. Bu nedenle dönme cezası gerçek anlamda ceza koşulu değildir. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3810; Oğuzman/Öz, II, N. 1607; Eren, s. 1210; Kocaağa, s. 144; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1376. Gerçek anlamda ceza koşulu olmayan dönme cezası, çalışmamızın kapsamı dışındadır.

12 Oğuzman/Barlas, N. 244; YİBGK, 9.3.1955, E. 1954/22, K. 1955/2; YİBGK, 4.2.1959, E. 1957/14, K. 1959/6.

13 Oğuzman/Barlas, N. 254 vd.; Dural/Sarı, N. 817.

14 Oğuzman/Barlas, N. 254; Dural/Sarı, N. 817; Hatemi, §7, N. 21; BGE 116 II 525 E. 2a.

15 Oğuzman/Barlas, N. 254; Dural/Sarı, N. 817.

16 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3817; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezai Şart, s. 109; Sanlı, s. 352 dn. 1142.

A. Hakim görüşe göre TBK m. 180/2'nin yorumu

Türk hukuku ile benzer şekilde İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre, TBK m. 180/2 hükmüne karşılık gelen İBK m. 161/2 hükmü, yalnızca ispat yüküne ilişkin bir düzenleme getirmekte ve genel ispat kuralından ayrılmaktadır. [17] Bilindiği üzere, haksız fillerden farklı olarak, borca aykırılık hallerinde borçlunun kusurlu olduğu karineten kabul edilmekte ve borçlu kusuru bulunmadığını ispatlayamadıkça alacaklı tazminata hak kazanmaktadır. [18] Ancak İBK m. 161/2, cezayı aşan zararlar bakımından, bu genel kuraldan ayrılarak alacaklıya, borçlunun kusurunu ispat külfeti yüklemiştir. [19] O halde, cezayı aşmayan zararlar bakımından alacaklı, yalnızca borçlunun borca aykırı davrandığını ispatlayacak, borçlu karineten kusurlu kabul edilecektir.[20] Ancak, kanunun borçluyu borca aykırı davranıştan kusursuz olarak sorumlu kabul ettiği hallerde borçlu, kusuru olmasa dahi ceza koşulunu yerine getirmelidir. [21]

Borçlunun kusuruna ilişkin ispat yükünün alacaklının üzerinde olması İsviçre borçlar hukukuna yabancı değildir. Gerçekten de eski İBK'nın (eİBK) birçok maddesinde, belirli sonuçların doğması alacaklı tarafından borçlunun kusurunun ispatlanması şartına bağlanmıştı.[22] Ancak bu düzenlemelerden, İBK m. 161/2 hükmü dışında kalanlar, mevcut İBK yürürlüğe konduğu sırada ortadan kaldırılmış ve borçlu tarafından aksi kanıtlanmadıkça borçlunun kusurlu sayılacağı esası benimsenmiştir.

Genel kuraldan sapan eİBK m. 180/2 düzenlemesinin yeni İBK'da da muhafaza edilmiş olması İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir. [23] Buna göre, söz konusu kural alacaklıyı borçlu karşısında

17 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3817; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3.

18 Genel kural kusura dayalı sorumluluk olmakla birlikte, yardımcı kişilerin fillerinden sorumluluk ve beklenmedik halden sorumluluk gibi, borçlunun kusuru olmaksızın dahi sorumlu olacağı kimi istisnai haller kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3817. Ceza koşulu bakımından borçlunun kusurunu arayan yazarlar dahi, borçlunun yardımcılarının fiillerinden sorumlu olduğu durumlar ile temerrüdü sırasında beklenmeyen halden sorumlu olduğu durumlarda cezanın yerine getirilmesi gerektiğini kabul ederler. Bkz. Bentele, s. 80.

19 Bu hüküm yedek hüküm niteliğinde olup taraflarca aksine anlaşma yapılabilir. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3817a; Bucher, s. 531; KUKO OR-Pietruszak, Art. 161 N. 3.

20 Tunçomağ, Cezai Şart, s. 105; Oğuzman/Öz, II, N. 1618.

21 Oğuzman/Öz, II, N. 1619; Nomer, N. 237.1; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 60; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 279. Kanunun borçluyu kusursuz olarak sorumlu kabul ettiği hallerde, cezayı aşan zarara ilişkin olarak ispat yükünü alacaklıya yükleyen kuralın uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Oğuzman/Öz, II, N. 1623; Eren, s. 1211; Nomer, N. 240.

22 Bkz. eİBK m. 103/1, m. 121, m. 124 ve – İMK m. 161/2 hükmüne karşılık gelen – m. 180/2. Örneğin, İBK m. 106'ya (TBK m. 122) benzer şekilde eİBK m. 121, gecikme faizini aşan zarara uğrayan alacaklının, bu aşkın zararının tazminini talep edebileceğini düzenlemiştir. Bu talep, niteliği itibariyle bir tazminat talebi olduğundan borçlunun kusurunu gerekli kılar. Ancak İBK'nın eski ve yeni hükümleri arasında ispat yüküne ilişkin önemli bir fark mevcuttur. İspata ilişkin genel kural uyarınca, İBK m. 106 hükmü borçlunun kusurlu olduğunu varsaymakta ve aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulmak isteyen borçlunun, kusuru bulunmadığını bizzat ispatlaması gerektiğini ifade etmişti. Ancak eİBK m. 121, borçlunun kusurunu ispatlama külfetini aşkın zararın tazminini isteyen alacaklıya yüklemiştir. İBK'nın kabulü sırasında kanunun genel ispat düzenlemesinden sapan eİBK m. 121'deki kuraldan vazgeçen kanun koyucu, ceza koşuluna ilişkin olarak ise farklı bir tercihte bulunmuştur. Sonuç itibariyle, tıpkı eİBK m. 180/2 hükmü gibi İBK m. 161/2 de cezayı aşan zararının tazminini talep eden alacaklının, borçlunun kusurunu ispatlaması gerektiğini kabul etmiştir.

23 ZK-Oser/Schönenberger, Art. 161, N. 4; Berger, N. 1796; Bucher, s. 530 dn. 41; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 161, N.

dezavantajlı bir duruma düşürdüğünden, ceza koşulunun alacaklının durumunu iyileştirme amacına aykırıdır.[24] Örneğin, özellikle zararın ceza miktarını belirgin ölçüde aştığı hallerde, borçlunun kusurunu ispatlayamayan alacaklı, ceza koşulu ile amaçlanan güvenceden mahrum kalacaktır.[25]

İsviçre öğretisinde, İMK m. 161/2'nin alacaklı bakımından sebep olduğu bu dezavantajlı durumu aşmak için çeşitli yollar önerilmektedir. Örneğin, kimi yazarlar kusurun ispatına ilişkin standardı düşürmeyi, hatta borçlunun kusurlu olduğunu karineten kabul etmeyi önermektedirler.[26] Bazı yazarlar ise borçlu ve alacaklı arasında, olağan ispat yükünün geçerli olacağına ilişkin örtülü bir anlaşmanın yapıldığını kabul etmeyi önermektedirler.[27]

B. Hakim görüşe eleştirel bakış

TBK m. 180/2 hükmünün, genel ispat yükünden ayrılan bir düzenlemeden ibaret olduğunun kabul edilebilmesi, hükmün *ratio legis*'ini açıklayabilmeyi gerekli kılar. Zira kanun koyucunun genel kuraldan sapan bir düzenleme yapmayı belirli bir nedenle istemiş olması gerekir. Oysa bu görüşü savunan yazarlar dahi hükmün *ratio legis*'ini açıklamakta güçlük çekmekte, hatta hükmün ispat yükünü açıkça alacaklıya yükleyen lafzını aşmaya çalışmaktadırlar.

Kanımızca TBK m. 180/2 hükmünden anlaşılması gereken, ceza koşuluna ilişkin istemin borçlunun kusurundan bağımsız olduğudur. Hükümde, meydana gelen zararın ceza tutarını aşıp aşmadığına dayalı bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ceza tutarını aşan zararların istenebilmesi için borçlunun kusurunun varlığı gerekir. Hüküm ayrıca kusura ilişkin ispat yükünü de alacaklıya yüklemiştir. Hükmün zıt anlamına göre ise, alacaklının uğradığı zarar ceza tutarını aşmıyorsa, cezanın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, hükümde cezayı aşan zarar bakımından kusura ilişkin ispat yükünün neden borçluya yüklendiği de açıklanabilir hale gelir. Ancak bunun nedenlerinin açıklanabilmesi için ceza koşulu ve tazminat arasındaki ilişki ortaya konmalıdır.

1. Ceza koşulu tazminat mıdır? [28]

TBK m. 180/1'e göre, "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir." Bu nedenle, ceza koşulunu talep edebilmek için alacaklının zararını ispatlaması gerekmez.

5; Huguenin, N. 1267; von Tuhr/Escher, s. 283-284; Dietzi, s. 134. Bu düzenlemenin isabetli olduğu görüşünde bkz. BK-Becker, Art. 161 OR, N. 3; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 347.

24 von Tuhr/Escher, s. 284.

25 Bucher, s. 530, dn. 41; Huguenin, N. 1267. Becker'e göre hükmün *ratio legis*'i şu şekildedir: ceza koşulu sözleşme ile düzenlendiğinden, ceza tutarının belirlenmesi sürecine alacaklı da dahil olmuştur. Bu nedenle, olağanüstü bir durumun varlığını alacaklı kanıtlamalıdır. Keza kusur dahil olmak üzere, somut olayda ceza koşuluna ilişkin şartların varlığını da alacaklı ispatlamalıdır. BK-Becker, Art. 161, N. 3.

26 Guhl/Schnyder, §56, N. 10; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 161, N. 4; Schoch, s. 58; Dietzi, s. 136.

27 Bucher, 531, dn. 42.

28 Öğretide, ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin başlıca üç görüş mevcuttur: (i) tazminat, (ii) ceza ve (iii)

[29] TBK m. 182 ise, tarafların ceza miktarını serbestçe belirleyebileceklerini belirtmekle birlikte, hakime aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme görevi vermiştir. O halde, aşırı olmadığı sürece, kararlaştırılan cezanın somut olayda istenebilecek olan tazminat miktarından fazla olması mümkündür. Cezanın zarardan bağımsız olması, ceza koşulunun işlevinin tazminat olmadığını ortaya koymaktadır.

Tazminatın aksine ceza koşulu alacaklının hiçbir zarara uğramadığı hallerde dahi istenebilirse de, ceza ve tazminat yığışmalı şekilde talep edilemez: ceza, tazminattan düşülmelidir. [30] Bu açıdan, ceza koşulu ve tazminat arasında bir ilişki olduğu ve ceza koşulunun kimi hallerde borçlunun zararını da kapsadığı görülür. Buna rağmen, ceza koşulunun hukuki niteliği tazminat değildir. Cezanın tazminattan düşülmesinin sebebi, kimi hallerde ceza koşulu ve tazminatın aynı menfaati korumayı amaçlamalarıdır. Ancak bu tür bir kesişme mümkün olmakla birlikte zorunlu değildir.[31] Alacaklının zarara uğramadığı hallerde dahi ceza koşulunu talep edebilmesi ceza koşulunun tazminat olarak nitelendirilmesini engeller.

Sözleşmelerde, borca aykırı davranan borçlunun alacaklıya önceden belirlenen bir miktar para ödeyeceğine ilişkin hükümlere sıklıkla rastlanır. Ancak bu hükümlerin tamamı ceza koşulu olmayıp sözleşmelerine bu tür bir kayıt koyan taraflarca götürü tazminat düzenlemesi yapılmış olması mümkündür. Bir sözleşmede, bu iki kurumdan hangisinin söz konusu olduğunu tespit etmek için öncelikle tarafların iradesine bakılmalıdır.[32] Bu iradenin tespiti kimi hallerde zor olmakla birlikte, taraflarca yapılan düzenlemenin amacı ayırt edici olur. Bu bağlamda, borca aykırılık halinde ortaya çıkması muhtemel zarar miktarı ile sözleşmede kararlaştırılan tutar arasındaki fark önemli bir ölçüt kabul edilir.[33] Zira, ceza koşulu, borca aykırılık neticesinde ortaya

sigorta. Bununla birlikte, ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler bunlarla sınırlı değildir. Bazı yazarlar (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Günay, s. 37; Günay, Borçlar, s. 141; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 52) ceza koşulunun bir götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşündedirler. Ayrıca, ceza koşulunun ceza ve tazminatın birleşiminden oluştuğu görüşü de savunulmaktadır. Bu görüş hk. bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 24; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 49; Günay, s. 35. Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 21 vd; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 46 vd; Günay, s. 30 vd.

29 BGE 122 III 420, E. 2a; BGE 109 II 462, E. 4a; BGE 102 II 420, E. 4; BGE 95 II 532, E. 5; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 4; ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 12; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 2; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 1; von Tuhr/Escher, s. 277; Berger, N. 1780; Riemer, s. 443; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 5; Huguenin, N. 1251; Guhl/Schnyder, §56, N. 2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3814. Borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispatı masraflı ve zahmetli olduğundan, alacaklıya tanınan bu imkan son derece önemlidir. Berger, N. 1780; Schwenzer, N. 71.02.

30 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3816; Bucher, s. 530; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 75.

31 İfaya eklenen ceza koşulu ile müspet tazminat bir arada istenebilir. Zira bu halde ceza koşulu alacaklının ifadaki menfaatini karşılamadığından ceza koşulu ve ifa birlikte istenebilir. Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 78; Kapancı, s. 670. Ancak Buz tarafından isabetle açıklandığı üzere, gereği gibi ifa etmeme halleri arasında bir ayrım yapılması gerekir. Her ne kadar TBK m. 179/1, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesini sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ile bir tutmuş ve borçlunun, kural olarak, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebileceğini ifade etmişse de, Buz, bunun editoryal bir hatadan kaynaklandığını, ceza ve tazminatın aynı menfaati koruduğu ayıplı ifa hallerinin TBK m. 179/2'nin kapsamına sokulması gerektiği ifade eder. Bkz. Buz, s. 493 vd. Yazara göre, akdin müspet ihlali hallerinde ise tarafların iradesi ve ceza koşulunun amacına bakılarak ceza ve tazminatın yığışmalı olarak istenip istenemeyeceğine karar verilmelidir. Buz, s. 503.

32 Parlak Börü, s. 224; Birinci Uzun, s. 155; Erdem, s. 122.

33 Erdem, s. 123; Kapancı, s. 679.

çıkması – sözleşme kurulduğu sırada – muhtemel görülen zararın üzerindedir.[34] Bu niteliği ile ceza koşulu, borçluya borca uygun davranma yönünden baskı kurar.[35] Götürü tazminat ise borçlunun borca aykırı davranması halinde alacaklının uğraması muhtemel tipik zarar nedeniyle borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarının sözleşmenin kuruluşu aşamasında belirlenmesidir.[36] Böylelikle alacaklı zararın miktarını ispat yükünden kurtulur.[37] Borçluyu borca aykırı davranıştan caydırmayı özel olarak amaçlayan ceza koşulundan farklı olarak, götürü tazminat, alacaklının zararını tazmin etme amacı taşır.[38] O nedenle, götürü tazminat alacaklının zarara uğramasını gerektirir. [39] Yalnızca, ispat yükü yer değiştirmiş, alacaklı zararını ve bunun miktarını ispat külfetinden kurtulmuştur. [40] Benzerliklerine rağmen, ceza koşulu götürü tazminattan farklı bir hukuki kurum olup borçlunun zararını tazmin etmeyi amaçlamaz. [41]

İBK'nın hazırlık çalışmaları da ceza koşulunun tazminat niteliğinde olmadığını ortaya koymaktadır. Yürürlüğe girmesinden önce İBK'nın tasarısı 1908 ve 1909 yıllarında gerçekleştirilen üç oturumla bir uzman komisyonu tarafından gözden geçirildi.[42] İBK'nın hazırlık çalışmaları, bu aşamada kanunda ceza koşulunun tanımlanmasından özellikle kaçınıldığını ortaya koymaktadır. Zira önceki tasarılarda ceza koşulunun ikili (cezalandırıcı ve tazmin edici) karakterinin özellikle

34 Cooter/Ulen, s. 321; Birinci Uzun, s. 159.

35 ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 12; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 277; Berger, N. 1780; Schoch, s. 56; Bentele, s. 12; Dietzi, s. 12; Erdem, s. 123; Birinci Uzun, s. 160. Borçlu çoğu kez alacaklının zararını aşan tutardaki ceza koşulunu ödememek için borca uygun davranmayı tercih edecektir. Bu bağlamda, borçlunun, ceza koşulunu kusuru bulunmasa dahi ifa etmek zorunda olması, aksi halde göstermeyeceği ölçüde yüksek özen göstermesini sağlar. Jhering, s. 9. Bu özenin, olması gereken özenden daha yüksek düzeyde olduğu görüşünde bkz. Sanlı, s. 353. Götürü tazminatın ise ilk planda borçlu üzerinde baskı kurma amacı taşımadığı; fakat sonuçları itibarı ile dolaylı olarak bu tür bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Erdem, s. 116; Kapancı, s. 666, 677.

36 Parlak Börü, s. 197; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 40; Kocaağa, s. 176.

37 Parlak Börü, s. 207; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 40.

38 Vitkus, s. 154. Anglo-sakson hukuk sisteminde, götürü tazminata ilişkin sözleşmesel düzenlemeler geçerli olmakla birlikte, genel eğilim ceza koşuluna ilişkin düzenlemeleri istisnai haller dışında geçersiz saymaktır. De Geest/Wuyst, s. 141; Goetz/Scott, s. 554 vd; Harwood, s. 1350; Vitkus, s. 154; Hatzis, s. 383; Cooter/Ulen, s. 321. Her ne kadar, sözleşmede yer alan ve borca aykırılık durumunda borçlunun alacaklıya bir miktar para ödeyeceğini öngören hükümlerin ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunu tespit etmek kimi hallerde zor olsa da, anglo-sakson mahkemeleri genellikle sözleşmede belirlenen miktar ile borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararı kıyaslamaktadırlar. Hatzis, s. 385; Vitkus, s. 155.

39 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3851; Bucher, s. 525; Bentele, s. 19; Erdem, s. 108; Kapancı, s. 660; Birinci Uzun, s. 148; Kahraman, s. 82; Kocaağa, s. 180. Bununla birlikte, zararının miktarını ispatlaması gerekmese dahi, götürü tazminatı talep edilebilmesi için alacaklının zararın varlığını ispatlaması gerekip gerekmediği hususu öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Parlak Börü, s. 222, dn. 99;

40 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3851; Oğuzman/Öz, II, N. 1566a.

41 Götürü tazminat TBK'da düzenlenmemiştir. Bizim de katıldığımız hakim görüş, ceza koşulu ve götürü tazminatın farklı hukuki nitelik ve amaçları olan ayrı hukuki kurumlar olduğu yönündedir. Bu yönde bkz. Bentele, s. 19; Parlak Börü, s. 219; Kapancı, s. 675; Erdem, s. 121; Kocaağa, s. 176. Kimi yazarlar ise ceza koşulu ve götürü tazminat ayrımına karşı çıkmaktadırlar. Bu yazarlardan bazıları (Sarı, s. 303), götürü tazminat olarak isimlendirilen anlaşmaların da ceza koşulu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, bazı yazarlar ise (Tunçomağ, Cezai Şart, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342; Günay, s. 37; Günay, Borçlar, s. 141; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 52) ceza koşulunun bir götürü tazminat niteliği taşıdığı görüşündedirler. Ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki farklar hk. bkz. Volker, s. 495 vd.

42 Bühler, s. 156.

vurgulandığı bir tanım yer almaktaydı (m. 1185). Ancak uzman komisyonu üyelerinden Bruestlein'ın ceza koşulunun yalnızca ispat yükünün ters çevrildiği bir tazminat talebi olduğu ve ceza işlevinin tanımdan çıkarılması yönündeki önerisi,[43] birçok üyenin (Planta, Hoffmann, Jsler) itirazına yol açtı. Tartışmalar neticesinde ceza koşuluna ilişkin tanımın tasarıdan tamamen çıkartılmasına karar verildi.[44] Bruestlein'ın önerisinin reddedilmesi, ceza koşulunun işlevinin – en azından sadece – tazmin işlevi olmadığını ortaya koymaktadır.

2. İspat yükünün alacaklıya yüklenmesinin ratio legis'i nedir?

Kanımızca, alacaklının zararı ceza tutarını aşıyorsa, cezayı aşan kısmın tazmini için borçlunun kusurunun aranması isabetlidir. Zira, ceza koşulu ve tazminat iki farklı kurum olup, cezayı aşan zarara ilişkin istem niteliği itibariyle bir tazminat istemidir. Hukukumuzda tazminatın kural olarak kusur şartına bağlanmış olması nedeniyle bu talep bakımından borçlunun kusuru gerekir. Ancak TBK m. 180/2, bu tazminat istemi bakımından yalnızca borçlunun kusurunu aramakla kalmamış, borca aykırılık hallerine ilişkin genel ilkeden saparak ispat yükünü de alacaklıya yüklemiştir. Ceza koşulunun kusur şartını gerektirmediği kabul edilebilmesi için, TBK m. 180/2 hükmünün getirdiği bu istisnanın da anlamlandırılması gerekir.

TBK m. 180/2 ispat yükünü borçluya yükleyerek borçlu ve alacaklının menfaatlerini en iyi şekilde dengelemektedir. Sözleşmenin müzakeresi aşamasında taraflarca kararlaştırılan cezanın, alacaklının zararından ve borçlunun kusurundan bağımsız olarak istenebilmesi alacaklının menfaatinedir. Diğer bir değişle, alacaklı, kendisi zarara uğramamış olsa ve –TBK m. 182/2'de belirtilen istisna saklı kalmak kaydıyla – borçlu kusuru olmaksızın borca aykırı davranmış olsa dahi ceza koşulunu elde edebilir. Bu nedenle, alacaklı, müzakere aşamasında serbestçe kararlaştırılan cezanın üzerinde bir tutar talep ediyorsa, tazminat niteliğindeki bu tutarın elde edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiği gibi buna ilişkin ispat da alacaklının üzerinde olmalıdır. İspat yüküne ilişkin bu kural, böylelikle alacaklının menfaatine ağır basan teraziyi borçlu lehine dengeler.

Bu görüşü destekleyen bir diğer husus ise çoğu halde ceza ve tazminatın yığışmalı şekilde talep edilememesidir. Örneğin, seçimlik ceza koşulu kararlaştıran taraflar, müzakere aşamasında ceza miktarını serbestçe belirlerken, aslında alacaklının zararının da bu tutar içinde yer aldığını varsaymaktadırlar. Böylelikle, müzakere aşamasında belirlenen ceza miktarı alacaklının zararını da kapsar. Borçlu ise bu riski maliyet kalemi olarak bedele yansıtır. Ancak cezayı aşan zararlar, borçlunun sözleşme bedeliyle üstlendiği riskin kapsamı dışında kalır. Bu nedenle, ceza miktarını alacaklı lehine şartlarla ödemeyi kabul eden borçlunun, cezayı aşan tutar bakımından koruma altında olmak konusundaki haklı beklentisi, kusura ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesiyle kanun hükmüyle karşılanmış olur.

43 Protokoll der Expertenkommission, Bd. II, 7. Sitzung, Montag, den 12 Oktober 1908, s. 5.

44 Protokoll der Expertenkommission, Bd. II, 7. Sitzung, Montag, den 12 Oktober 1908, s. 7.

II. TBK m. 182/2 hükmü, TBK m. 136 hükmünün tekrarından mı ibarettir?

TBK m. 182/2 hükmü, aksi kararlaştırılmadıkça, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkansız hale gelmesi durumunda, cezanın istenemeyeceğini ifade etmektedir. [45] Kimi yazarlar[46], bu hükmün TBK m. 136'daki, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde borcun sona ereceğini ifade eden hükmün tekrarından ibaret olduğu görüşündedirler. Buna göre, hükmün zıt anlamından, borçlunun sorumlu olmadığı diğer borca aykırılık hallerinde ceza koşulunun istenebileceği anlamı çıkartılamaz. Aksi taktirde, bu hüküm her türlü borca aykırılık durumunu kapsayan TBK m. 112 ile çelişir.[47] Kanımca, bu görüş kabul edilemez. TBK m. 182/2'de yer alan düzenleme TBK m. 136'nın tekrarından ibaret değildir. Zira, TBK m. 136 uyarınca borcun sona ermesi, fer'ilik ilkesinden kaynaklanmaz.

Ceza koşulu, niteliği itibariyle fer'idir.[48] Bu nedenle, ceza koşulunun doğması, varlığını sürdürmesi ve hukuken ileri sürülebilmesi yönünden teminat altına aldığı asıl alacağa bağlıdır.[49] Daha somut bir ifadeyle, ceza koşulunun geçerliliği geçerli bir asıl alacağın varlığını zorunlu kılar. [50] Asıl alacak geçersiz, sona ermiş veya hukuken ileri sürülemez ise ceza koşulu da bundan etkilenir. [51] Örneğin, bir sözleşme şekil kurallarına, ahlaka veya hukuka aykırıysa veya irade sakatlığı nedeniyle iptal edilirse ceza koşulu da geçersiz olur. [52] Asıl borç için söz konusu olan başlangıçtaki imkansızlık ceza koşulunun da geçersizliğine yol açar.[53] Asıl borç, ibra, yenileme veya takas gibi sebeplerle sona ererse ceza koşulu da sona erer. [54] Benzer şekilde, asıl borcun

45 TBK m. 182/2: "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez."

46 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58; Kocaağa, s. 232; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 278; Bilge, Cezai Şart, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Günay, s. 119.

47 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, hükmün zıt anlamından çıkarılan sonucun genel kurala uygun düşmesi gerektiğini; fakat hükmün zıt anlamından, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulunun istenebileceği anlamı çıkarmanın (TBK m. 112'de yer alan) genel kurala aykırılık teşkil edeceğini savunurlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360. Oysa, TBK m.112'de belirtilen genel kural, tazminat istemlerinin borçlunun kusuruna bağlı olduğudur; ceza koşuluna dayalı istemlerin değil.

48 Keller/Schöbi, s. 92; Schwenzer, N. 71.03; Fischer, s. 60; Bucher, s. 523; von Tuhr/Escher, s. 278; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 7; Günay, s. 23; Kocaağa, s. 66; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Kılıçoğlu, s. 803; Kayıhan, s. 333; Kayar, s. 186; Uygur, s. 1075.

49 Schwenzer, N. 71.03; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; Bühler, s. 168; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 3; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 5; Schoch, s. 17.

50 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3835; von Tuhr/Escher, s. 278; Huguenin, N. 1254; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 5; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 4; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 8; Bucher, s. 523; BK-Becker, Art. 160, N. 9; ZK – Oser/Schönenberger, Art. 163, N. 2; Berger, N. 1784; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 13; Kocaağa, s. 65.

51 KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 5.

52 Bucher, s. 523; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; Kocaağa, s. 157.

53 Berger, N. 1785; Oğuzman/Öz, II, N. 1582; Akkayan Yıldırım, s. 368, dn. 41; Kocaağa, s. 77; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 59; Yarg. 13. HD., 29.5.1984, E. 1984/2594, K. 1984/4113.

54 CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 10; von Tuhr/Escher, s. 279; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; Berger, N. 1786; Akkayan Yıldırım, s. 367.

zamanaşımına uğraması ceza koşulunun da zamanaşımına uğramasına yol açar.[55] Keza, asıl alacağın devri halinde kural olarak ceza koşulu da devralana geçer.[56]

TBK m. 182/2 hükmündeki, "Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez" ifadesi de fer'i haklara ilişkin fer'iliğin tek yönlü karakterini yansıtır. Zira ceza koşulu asıl borca bağlıysa da asıl borç ceza koşuluna bağlı değildir.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde cezanın istenememesini ceza koşulunun fer'iliği ile ilişkilendirdiğimizde, hükümde yer alan "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelir. Acaba burada kastedilen, ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olduğu kuralına taraflarca istisna getirilebilecek olması mıdır? Kanımızca hükümde bahsedilen, borçlunun bağımsız bir garanti taahhüdünde bulunabilecek olmasıdır.[57] Daha açık bir ifadeyle, borçlu, sonraki imkansızlığın meydana gelmesinde kusuru olmasa dahi cezayı ödemeyi üstlenebilir. Bu nedenle, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık hallerinde TBK m. 136 uyarınca borç sona erse dahi, ceza talep edilebilir. O halde, burada ceza koşulunun kusura bağlılığına ilişkin bir istisna değil, ceza koşulunun fer'iliği ilkesine ilişkin bir istisna söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında, TBK m. 182/2'de yer alan düzenleme TBK m. 136'nın tekrarından ibaret değildir. Zira, TBK m. 136 uyarınca borcun sona ermesi, fer'ilik ilkesinden kaynaklanmaz.

III. TBK m. 182/2'yi tüm borca aykırılık hallerini kapsar şekilde yorumlamak mümkün müdür?

Her ne kadar TBK m. 182/2, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan *imkansızlaşması* halinde ceza koşulunun istenemeyeceğinden bahsetmekteyse de, Türk-İsviçre öğretisinde hükmün kapsamını her türlü ifa engelini kapsar şekilde genişletme eğilimi mevcuttur.[58] Diğer bir ifadeyle, imkansızlığa ilaveten, borçlunun kontrolü dışında bir sebeple

55 BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 4; BK-Becker, Art. 160, N. 11; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3841; Schwenzer, N. 71.06; Berger, N. 1786.

56 Bkz. TBK 189/1 OR; Bucher, s. 523; Schwenzer, N. 71.07; Berger, N. 1787; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 160, N. 5; KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 5; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 10; OFK OR-Wuffli, Art. 160, N. 7; Huguenin, s. 1254; Kocaağa, s. 158. Ancak ceza muaccel hale geldiğinde fer'i niteliği sona erer. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160, N. 6; CHK OR-Pellanda, Art. 160, N. 11; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 17; Kocaağa, s. 160; Günay, s. 29.

57 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3822; BK-Becker, Art. 163, N. 4; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 163, N. 9; Bucher, s. 527; Guhl/Schnyder, §56, N. 3; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 N. 4. TBK m. 182/3 (İBK m. 163/3) dahil olmak üzere ceza koşuluna ilişkin hükümler borçlu tarafından garanti verilen hallere de kıyasen uygulanacaktır. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3848; KUKO OR-Pietruszak, Art. 163 N. 4; BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 9. Ceza koşulunun, garanti dahil olmak üzere benzer kurumlardan farkları için bkz. Bucher, s. 524 ff.

58 Bentele, s. 78 vd.; Bucher, s. 526; Kılıçoğlu, s. 813; Kocaağa, s. 233; Ekinci, s. 23. Örneğin, Berger ve Bucher, İBK m. 163/2 hükmüne atıfta bulunarak, ceza koşulunun bağlandığı borca aykırı davranışta borçlunun kusuru yok ise cezanın yerine getirilmeyeceğini ifade ederler. Berger, N. 1792; Bucher, s. 526. Bentele ise tüm ifa engellerine uygulanan İBK m. 97 (TBK m. 112) hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla, İBK m. 163/2 (TBK m. 182/2) hükmünün genelleştirilmesini ve kapsamının genişletilmesini savunmaktadır. Bentele, s. 78 vd. Türk hukukunda, Kılıçoğlu, Kocaoğlu ve Ekinci ise TBK m. 182/2 hükmünün tüm borca aykırılık hallerini kapsar şekilde (geniş)

temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme meydana geldiğinde de cezanın istenemeyeceği ileri sürülmektedir.[59]

Kanımızca TBK m. 182/2'nin kapsamını tüm ifa engellerini kapsar şekilde genişletmek mümkün değildir. Öncelikle, Türk ve İsviçre hukuk sistemleri, çeşitli eleştirilere rağmen hala Roma hukukunun imkansızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmemeye ilişkin üçlü ayrımını benimsemektedir. Bu nedenle, kanun koyucu bir hükümde "imkansızlık" ifadesini kullanmış ise bundan genel olarak "borca aykırılık" anlamının çıkarılması mümkün değildir.

TBK m. 182/2 hükmünün tarihsel gelişim süreci ve kanunun hazırlık çalışmaları da hükümde kastedilenin imkansızlık hali olduğunu destekler. Hükümde yer alan "imkansızlık" ifadesi 1881 tarihli İBK'dan mirastır. 1881 tarihli İBK, 4 tasarı ve çeşitli değişiklikler neticesinde kabul edilmişti.[60] Üçüncü tasarıda, ceza koşulu ile ilgili hükmün (m. 76) sonuna bir fıkra eklenmesi ve borçlunun ceza koşulunu ödeme yükümlülüğüne bir istisna getirilmesine karar verilmişti. [61] Yeni eklenen bu hükümde, mücbir sebebin ifayı *engellediği* ("verhindert" worden) hallerde ceza koşulunun istenemeyeceği ifade edilmekteydi.[62] Aslında hükümde yer alan "engellemek" ifadesi, bu haliyle imkansızlığa ilaveten diğer borca aykırılık hallerini de kapsayacak genişlikteydi. Ancak, dördüncü tasarıda hükmün kapsamı değiştirilerek mücbir sebepten kaynaklanan, alacaklının yol açtığı veya alacaklının şahsında gerçekleşen kaza nedeniyle meydana gelen *imkansızlık* hallerinde ceza koşulunun istenemeyeceği kabul edildi (m. 202).[63] Bu hüküm 1881 tarihli İBK'nın yasalaşan 181. maddesinde de muhafaza edildi.[64]

1881 tarihli İBK, yerini günümüzde yürürlükte olan 1908 tarihli İBK'ya bıraktığında, imkansızlığın sebebine ilişkin liste İBK m. 163/2 hükmüne alınmaksızın yalnızca imkansızlığa yapılan atıf muhafaza edildi. Böylelikle, TBK m. 182/2'de de yer alan ve borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan ifanın imkansızlaşması halinde ceza koşulunun yerine getirilmeyeceğini ifade

---

yorumlanması gerektiği görüşündedirler. Kılıçoğlu, s. 813; Kocaağa, s. 233; Ekinci, s. 23.

59 Örneğin, Huguenin, hükmün kapsamının imkansızlıkla sınırlı tutulması durumunda, bir kaza nedeniyle borcun ifası imkansızlaşan bir borçlunun, kusuru olmaksızın ifada geciken veya ayıplı ifada bulunan bir başka borçludan daha avantajlı bir duruma sokulacağını ifade etmektedir. Huguenin, s. 1262.

60 Bkz. Bühler, s. 146 vd.

61 Bühler, s. 149.

62 Art. 76/4: "Wenn der Schuldner nachweist, dass er durch höhere Gewalt an der Erfüllung, beziehungsweise der gehörigen Erfüllung, *verhindert* worden ist, so ist die Konventionalstrafe nicht zu bezahlen." Bkz. Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wechselsrechtes, (Art. 64 der Bundesverfassung.), Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. Bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876; Buchdruckerei Jent & Reinert, Bern 1877.

63 Art. 202: "Die Conventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden soll, oder wenn die Erfüllung des gesicherten Versprechens durch den Gläubiger oder durch Zufall in der Person des Gläubigers oder durch höhere Gewalt *unmöglich* geworden sein." Bkz. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Theil, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen der Kommission im September 1877 und September/Oktober 1878, R.F. Haller-Goldschach, Bern 1878.

64 BBI 1881 III 109: Art. 181: "Die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte, oder wenn die Erfüllung des Vertrages durch den Gläubiger oder durch einen in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufall oder durch höhere Gewalt *unmöglich* geworden ist."

eden hüküm yürürlüğe kondu.[65] Bununla birlikte, hükümde, taraflarca bunun aksine anlaşma yapılabileceği de kabul edildi. Diğer bir değişle, tarafların, ifa borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansızlaşması halinde dahi cezanın yerine getirileceği konusunda anlaşabilecekleri ifade edildi. Hükmün gelişim sürecine bakıldığında görüldüğü üzere, TBK m. 182/2 hükmünü hiçbir aşamada tüm borca aykırılık hallerini kapsayacak şekilde ele alınmamıştır.

IV. Borçlunun sorumlu olmadığı borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkileri ve bunların değerlendirilmesi

A. Borçlunun sorumlu olmadığı borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkileri

Yukarıda açıklandığı üzere, ceza isteminin borçlunun kusuru şartına bağlı olmadığının kabulü halinde, ceza koşulunun akıbeti kusurun varlığı ile ilişkilendirilemez. Bu bağlamda, ceza koşulunun akıbeti, ceza koşulunun fer'i niteliği dikkate alınarak her bir borca aykırılık türü bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

1. Başlangıçtaki imkansızlık

TBK m. 27, başlangıçtaki imkansızlığı kesin hükümsüzlük sebebi olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda, sözleşme kurulduğu sırada borcun ifası objektif olarak imkansız ise borçlunun imkansızlığın meydana gelmesindeki kusurundan bağımsız olarak kesin hükümsüzlük söz konusu olur.[66] Bu nedenle, başlangıçtaki imkansızlık, fer'i nitelikteki ceza koşulunun da kesin hükümsüzlüğüne yol açar. Borçlunun kusursuz olduğu durumlarda dahi gerçekleşen bu sonuç ceza koşulunun fer'iliğinden kaynaklanır.

Borçlu, sözleşmeyi kurduğu sırada ifanın imkansızlığından haberdar ise *culpa in contrahendo* nedeniyle sorumlu olur.[67] Ancak *culpa in contrahendo*ya dayalı tazminat talebi, ifadaki menfaati karşılamaz. Zira bu tazminat asli edimin yerine getirilmemesi nedeniyle değil, imkansızlığı bile

65 Bu ifadesi ile hükmün kapsamına, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık, alacaklının şahsında meydana gelen kaza ve mücbir sebep hallerinin girdiğine ilişkin görüş birliği vardır. Ancak borçlunun şahsında gerçekleşen kazanın sonuçları öğretide tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre (Bu yönde bkz. BSK OR-Ehrat/Widmer, Art. 163, N. 6; von Tuhr/Escher, s. 281, dn. 30; Bucher, s. 527; Günay, s. 121), borçlunun şahsında gerçekleşen kaza (örneğin, borçlunun ifayı engelleyen hastalığı) cezanın istenmesine engel değildir. Aksi görüşteki diğer bazı yazarlar ise (BK-Becker, Art. 163, N. 4-5; Schoch, s. 4; Dietzi, s. 87) hükmün kapsamına borçlunun şahsında gerçekleşen kaza durumunun da girdiği görüşündedirler. Şüphesiz borca aykırılığa alacaklının sebep olduğu hallerde, ceza koşulunun istenemeyeceği kabul edilmelidir. Kocaağa, s. 236; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 280; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 61; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104; Günay, s. 123. Nitekim, ceza koşulu geciktirici şarta bağlıdır. TBK m. 175/2'ye göre, taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacağından, ceza koşulu da istenememelidir.

66 Serozan, § 14, Nr. 21; Altunkaya, s. 238; Aksoy, s. 71.

67 BK-Weber, Art. 97 OR, N. 109; Schwenzer, N. 64.06; Kramer, N. 218; Bucher, s. 249; Serozan, § 14, Nr. 21; Altunkaya, s. 239; Oğuzman/Öz, I, N. 295.

bile sözleşmeyi kurma nedeniyle ödenir.[68] Bu nedenle, sözleşme kesin hükümsüz, asli edim (asıl borç) ve bunu güvence altına alan ceza koşulu ise baştan itibaren geçersizdir.[69]

2. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık

TBK m. 136'ya göre, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması durumunda borç sona erer. Asıl borcun sona ermesi ise ceza koşulu dahil olmak üzere asıl borca bağlı (fer'i) hakların sona ermesine yol açar (TBK m. 131/1). Daha somut bir ifadeyle, bu gibi hallerde alacaklı ceza koşulunu talep edemez. Ancak bunun sebebi, borçlunun kusurunun bulunmaması değil, asıl borcun sona ermesiyle birlikte fer'i nitelikteki ceza koşulunun da sona ermesidir.[70]

3. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık

Borçlunun sonraki imkansızlıktan sorumlu olduğu hallerde asli edim sona ermeyip, tali edime, yani tazminata dönüşür.[71] Daha açık bir ifadeyle, asıl borç, imkansızlığa rağmen sona ermez. Bu nedenle, ceza koşulu da varlığını korurur. Bu nedenle, alacaklı imkansızlığa rağmen ceza koşulunu talep edebilir.

4. Temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme

TBK m. 179/2, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının borcun ifası ve cezayı yığışmalı olarak talep etmesine izin verir. Kanımızca bu gibi hallerde, ceza koşulu borçlunun kusurlu olup olmadığından bağımsız olarak talep edilebilmelidir. Zira asıl borç geçerliliğini korumaya devam ettiğinden, ceza koşulu da geçerlidir. Bu gibi hallerde, borçlunun kusurunun yokluğu, alacaklının tazminat talebine engel olursa da cezanın istenmesine engel değildir. Zira ceza koşulu niteliği itibariyle tazminat değildir.

Benzer bir yaklaşım, gereği gibi ifa etmeme halleri bakımından da geçerli olur. Bu gibi hallerde asıl borç geçerliliğini koruduğundan, feri'i hak niteliğindeki ceza koşulu da varlığını sürdürür. Bu nedenle, borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde, borçlunun herhangi bir kusur bulunmasa dahi cezanın yerine getirilmemesini haklı kılan herhangi bir sebep yoktur.

68 Serozan, § 14, N. 21; Altunkaya, s. 242.

69 Ancak Federal Mahkeme'ye göre, ceza koşulunun, *culpa in contrahendo*dan kaynaklı bir istemi güvence altına almak üzere kararlaştırılmış olması da mümkündür. Bu halde, geçerli bir sözleşmenin bulunmamasına rağmen ceza koşulu talep edilebilir. BGE 140 III 200. Detaylı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, s. 121 vd.

70 Bu görüşte Keller/Schöbi, s. 95; Eren, s. 1211.

71 BSK-Wiegand, Art. 97 OR, N. 47; Schwenzer, N. 64.20; Aksoy, s. 83.

B. Borçlunun sorumlu olmadığı farklı türdeki borca aykırılık hallerinin ceza koşuluna etkilerinin değerlendirilmesi

Ceza isteminin borçlunun kusurundan bağımsız olduğunun kabul edilmesi halinde, ceza koşulunun fer'iliği nedeniyle cezanın istenemeyeceği başlangıçtaki imkansızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halleri dışında, borca aykırı davranan borçlu ceza koşulunu ödemek zorunda kalacaktır. Diğer borca aykırılık hallerinde ise borçlu kusuru olmasa da cezayı ödemekten kaçınmayacaktır. Şüphesiz borca aykırılığa alacaklının sebep olduğu hallerde, ceza koşulunun istenemeyeceği kabul edilmelidir.[72] Nitekim ceza ödeme borcu, borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluna bağlıdır.[73] O halde, taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacağından, ceza koşulu da istenememelidir (TBK m. 175/2).

Peki, kanun koyucunun, borçludan kaynaklanmayan bir sebep imkansızlığa yol açtığında, borçluyu ceza ödeme borcundan kurtarırken, aynı sebebin yalnızca temerrüde yol açtığı hallerde borçluyu cezayı ödemeye mecbur bırakması adil midir? Kanımca, bu sorunun yanıtlanması için ceza koşulunun hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, ceza koşulu niteliği itibariyle tazminat olarak kabul edilemez. Her ne kadar İBK'nın hazırlık çalışmaları sırasında, ceza koşulunun ikili (cezalandırıcı ve tazmin edici) karakteri üzerinde durulmuş ise de, kanımca ceza koşulunun niteliği tek başına veya tazmin ile birlikte ceza da değildir. [74] Zira ceza görüşü meseleyi borçlu açısından ele alır. Oysa ki ceza koşulu kararlaştıran tarafların, borca aykırı davranması halinde borçluyu cezalandırmak gibi bir amaçları yoktur. Sözleşme yapan rasyonel tarafların her ikisi de kendi menfaatine hareket ederek ceza koşulunu kararlaştırırlar.

Alacaklının zararından ve borçlunun kusurundan bağımsız olan ceza koşulu her iki tarafın da menfaatinedir. Ceza koşulu kararlaştırılması neticesinde alacaklı, borca aykırılık durumunda çoğu durumda zararının üzerinde olan bir miktar paraya kolaylıkla kavuşmayı garanti ederken, borçlu ceza koşulu sayesinde kendisi için kârlı olacağını düşündüğü bir sözleşmeyi yapmak için

72 Kocaağa, s. 236; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 280; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 61; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 104; Günay, s. 123.

73 Keller/Schöbi, s. 93; Schwenzer, N. 71.01; Fischer, s. 56; Oğuzman/Öz, II, N. 1565; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1367; Eren, s. 1207; Nomer, N. 235.1.

74 Sözleşmeyle kararlaştırılan cezanın, borçlunun zararından bağımsız olması, ceza koşulunun ceza niteliği ve cezalandırma işlevi ile ilişkilendirilmektedir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 2; von Tuhr/Escher, s. 277; Bentele, s. 11; ZK-Oser/Schönenberger, Art 161, N. 1; Berger, N. 1793. Buna göre, borca aykırı davranan borçlu, alacaklı hiçbir zarara uğramasa dahi cezayı yerine getirmek zorunda bırakılarak cezalandırılmaktadır. Her ne kadar, burada bahsedilen "ceza" ceza hukuku anlamındaki cezadan farklıysa da (ZK-Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 2; von Tuhr/Escher, s. 277, dn. 4; Schoch, s. 31), öğretide kimi yazarlar, ceza koşulunun cezalandırıcı niteliği gereği borçlunun kusuruyla borca aykırı davranışının aranması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşte bkz. Schoch, s. 39; Huguenin, N. 1262; Tunçomağ, s. 558. Kimi yazarlar ise borçlunun kusurunun, ceza koşulunun mutlak bir şartı olmadığı görüşündedirler. Bkz. Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163, N. 20; Bentele, s. 78 vd. Örneğin, Bentele'ye göre, borçlu ve alacaklı aralarında yapacakları anlaşma ile ceza koşulunun borçlunun kusurlu olmadığı hallerde dahi ödeneceğini kabul edebilirler. Ancak bu yönde bir anlaşma bulunmadığı sürece cezanın istenebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir. Bentele, s. 78 vd.

alacaklıyı ikna edebilecek, çoğu durumda da üstlendiği riski bir maliyet kalemi olarak sözleşme bedeline yansıtacaktır. Bu nedenle, borçlu, alacaklının zararından ve kendisinin kusurundan bağımsız olarak cezayı ödemeyi kabul etmekten imtina etmeyecektir.

Ceza koşulunun sigorta işlevi vardır ve somut sözleşmede ceza koşulunun işlevi, taraflarca cezaya indirgenmediği sürece sigorta işlevi göz ardı edilmemelidir. [75] Jhering'e göre, borca aykırı davranması halinde ceza koşulu ödemeyi kabul eden bir kimsenin, bu tür bir sonucun gerçekleşmesine ilişkin riski üstlendiği kabul edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, borçlunun borca aykırı davranmakta kusuru olmasa dahi ceza yerine getirilmelidir.[76] Bu bağlamda,

Ceza koşulunun sigorta işlevi taşıdığı görüşü öğretide çeşitli sebeplerle eleştirilmektedir. Kimi yazarlar, özellikle, ceza koşulunun sigorta işlevi taşıdığının varsayımsal olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar. [77] Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun alacaklıya borcun ifasına ilişkin bir garanti verme amacı taşıdığı kabul edilemez. [78] Kanımızca tam aksine, ceza koşulunun, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça sigorta işlevine sahip olduğu kabul edilmelidir.

Ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olarak yerine getirilmesi, ilk bakışta borçlunun zararına görünse de, durum aslında bunun tam tersidir. Jhering isabetli olarak ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olmasının, paradoksal biçimde ceza koşulunu taahhüt eden tarafı (borçluyu) koruduğunu savunur. Örneğin, ceza koşulunun sigorta işlevi, küçük firmaların büyük firmalarla rekabet edebilmelerini sağlar.[79] Zira borçlu, ceza koşulunu potansiyel alacaklılara güvenilirliğini göstermek bakımından bir işaret olarak kullanabilir.[80] Keza, alacaklı, ifaya büyük önem veriyor ve risk almak istemiyorsa, borçlunun kusuru olmaksızın dahi borcunu yerine getirmediği hallerde kararlaştırılan cezayı elde etmek isteyecektir.[81] Özellikle, alacaklının, borçlunun ifasına subjektif değer atfettiği hallerde, borca aykırılık nedeniyle meydana gelmesi olası zarar miktarının üzerinde bir ceza kararlaştırılabilir. [82] Bu halde, borçlu da sözleşmede kararlaştırılan bedele yansıtmak suretiyle bu riski üstlenmek isteyebilir.[83]

75 Jhering, s. 7. Bu çalışmanın amacı ceza koşulunun işlevini belirlemek değildir. Zira ceza koşulu yalnızca tazminat, ceza ve hatta sigorta olarak nitelendirilemez. Ancak ceza koşulunun işlevleri arasında sigortanın da yer aldığı kabul edilmelidir.

76 Jhering, s. 6.

77 Dietzi, s. 17-18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 27; Günay, s. 34; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 49.

78 Dietzi, s. 17-18; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 27.

79 Jhering, s. 8.

80 Mackaay, s. 477; Cooter/Ulen, s. 322.

81 Sanlı, s. 353.

82 Nitekim ceza koşulu her türlü borç bakımından kararlaştırılabilir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 4; Oğuzman/Öz, II, N. 1567; Akkayan Yıldırım, s. 366; Kocaağa, s. 73; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 23. Hatta alacaklının ifaya atfettiği duygusal değer dahi ceza koşulunun kapsamına sokulabilir. KUKO OR-Pietruszak, Art. 160 N. 4; BGE 73 II 158, 161.

83 Bkz. Goetz/Scott, s. 562; Hatzis, s. 390; Cooter/Ulen, s. 322.

Borçlu, alacaklıya kıyasla, ifaya engel olan sebep hakkında daha fazla bilgi sahibidir. Zira bu tür olaylar borçlunun işletmesinde, faaliyetinde ve yakın çevresinde meydana gelir.[84] Ayrıca, borçlu, alacaklıya ifayı engelleyecek her türlü kusurlu fiilden kaçınmayı taahhüt etmiştir. Bu nedenle, borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi için her türlü ayarlamayı yapmakla yükümlüdür. Bu nedenle, sözleşme veya ceza koşulu ile kendisini güvenceye aldığını düşünen alacaklının korunması gerekir.[85]

Görüşümüzü destekleyen bir diğer husus ise ceza koşulunun gecikme faizi ile kıyaslanması ile açıklanabilir. Tıpkı ceza koşulu gibi gecikme faizi de fer'i niteliklidir ve alacaklının zarara uğrayıp uğramadığından bağımsız olarak talep edilebilir. Ayrıca gecikme faizi de borçlunun kusurundan bağımsızdır.[86] Ancak iki kurum arasında önemli bir fark bulunur. Gecikme faizi, taraflarca özel olarak kararlaştırılmamış olsa dahi kanun gereği istenebilir.[87] Oysa ceza koşulunun istenebilmesi için mutlaka sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekir.[88] Bu nedenle, sözleşmede ceza koşulunun özel olarak kararlaştırılmış olması alacaklının kendisini güvenceye almaya verdiği önemi, borçlunun ise risk almayı kabul ettiğini gösterir. Sonuç itibariyle, ceza koşulunu özel olarak sözleşmeye koyduran bir alacaklı, gecikme faizini sözleşmeye koydurmayan bir alacaklıdan daha dezavantajlı bir konuma sokulmamalıdır. Daha somut bir ifadeyle, gecikme faizi için borçlunun kusurlu olması şartı aranmıyorsa, ceza koşulu için evleviyetle aranmamalıdır.

Kanun koyucunun, borçludan kaynaklanmayan bir sebebin imkansızlığa yol açtığı hallerde, borçluyu ceza ödeme borcundan kurtarırken, aynı sebebin yalnızca temerrüde yol açtığı hallerde borçluyu cezayı ödemeye mecbur bırakmasının adil olup olmadığı meselesine dönersek, burada herhangi bir adaletsizlik yoktur. Zira bu durumu adaletsiz bulan taraflar en başından ceza koşulu kararlaştırmamayı tercih edebilirler. Böylelikle borçlu kusur şartını gerektiren tazminat ödeme riskinden fazlasını üstlenmemiş olur. Ancak tam aksine taraflar, kanundaki düzenlemenin bir adım ötesine geçerek, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde dahi cezanın ödeneceğini de kararlaştırabilirler (TBK m. 182/2). İrade özerkliği üzerine kurulu olan borçlar hukukunda, bu durumların hiçbirisinin adaletsiz olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Ceza koşulu ile borçlunun borca aykırı davranmakta kusurlu olması arasındaki ilişki tartışmalıdır. Hakim görüş, esas itibariyle TBK m. 180/2 ve 182/2 hükümlerinden yola çıkarak ceza koşulu ile üstlenilen cezanın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiğini savunmaktadır. Oysa her iki hükümden de çıkan sonuç bunun tam aksi yöndedir.

84 Dietzi, s. 131.

85 Dietzi, s. 132.

86 Kocaağa, s. 189; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126.

87 Kocaağa, s. 190; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 126.

88 TBK m. 179/1: "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa…"

Ceza koşulu ile belirlenen cezanın, yalnızca borçlunun kusuruyla borca aykırı davrandığı hallerde istenebileceği görüşü, esas itibariyle ceza koşulunun tazminat ile ilişkilendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira hukukumuzda, tazminatın kural olarak borçlunun kusuruna bağlı olması nedeniyle, cezanın istenebilmesi bakımından da aynı ilkenin geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Ne var ki, ceza koşulu niteliği ve işlevleri itibariyle tazminattan farklıdır.

Ceza koşulu, bir sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılan ve borçlu üzerinde borcunu kararlaştırılan şekilde ifa etme yönünde baskı kuran bir düzenlemedir. Bu niteliğiyle ceza koşulunun alacaklıyı koruduğu açıktır. Bu nedenle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ceza koşulunun sigorta işlevi gözden kaçırılmamalı, borçlunun kusuruyla veya kusuru olmaksızın borca aykırı davranması halinde ceza koşulunun ödeneceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul 2108.

Akkayan Yıldırım, Ayça: "Cezai Şartın İşlevi – Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 357-414.

Aksoy, Hüseyin Can: Impossibility in Modern Private Law, Springer, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2014.

Altınok Ormancı, Pınar: "İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmelerde Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, 2016, s. 121-142.

Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin, Ankara 2005.

Becker, Hermann: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Stämpfli, Bern 1945. (BK-Becker)

Bentele, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994.

Berger, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli, Bern 2008.

Bilge, Necip: Cezai Şart, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1957.

Birinci Uzun, Tuba: "Götürü Tazminat", Yetkin, Ankara 2015.

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 1988.

Bühler, Theodor: Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (Ed.)), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1982, 143-178.

Buz, Vedat: "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle Juristische Praxis, 04/2017, 490-504.

Çağlayan Aksoy, Pınar: Asgari Alım Taahüdü İçeren Bayilik Sözleşmelerinde Cezai Şart – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, No. 131, 261-294.

Cansel, Erol / Özel, Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.

Cooter, Robert / Ulen, Thomas: Law and Economics, Addison-Wesley, Boston 2012.

De Geest, Gerrit / Wuyts, Filip: "Penalty Clauses and Liquidated Damages", Encyclopedia of Law and Economics (Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (eds.)), Edward Elgar, Cheltenham 2000,

141-161, http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/4610-penalty-clauses-and-liquidated-damages.pdf.

Dietzi, Walter: Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1935.

Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz, İstanbul 2017.

Erdem, Mehmet: "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 97-123.

Ehrat, Felix R. / Widmer, Markus: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK OR-Ehrat/Widmer)

Ekinci, Hüseyin: "Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu", Terazi Hukuk Dergisi, S. 8, 2007, s. 21-28.

Ekinci, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Seçkin, Ankara 2015. (Ekinci, Ceza Koşulu)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2016.

Fischer, Thomas: Vertragliche Paushalierung von Schadenersatz, Schulthess, Zürich 1998.

Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2014.

Goetz, Charles J./ Scott, Robert E.: "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on the Enforcement Model of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, C. 77, S. 4, 1977, s. 554–594.

Guhl, Theo / Schnyder, Anton K.: "§56. Die Konventionalstrafe", in: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts, (Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey) Schulthess, Zürich 2000.

Günay, Cevdet İlhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Yetkin, Ankara 2016. (Günay, Borçlar)

Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan, Ankara 2001.

Harwood, William S.: "Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code", Fordham Law Review, C. 45, N. 7, 1977, s. 1349-1381.

Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, On İki Levha, İstanbul 2017.

Hatzis, Aristides N.: "Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law", 22 International Review of Law and Economics, 2003, 381-406.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014.

Jhering, Rudolph von/Bähr Otto: Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre), Meyer'sche Buchdruckerei, Luzern 1884. (Jhering)

Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha, İstanbul 2018.

Kahraman, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, Vedat, İstanbul 2017.

Kapancı, K. Berk: "Götürü Tazminat Anlaşması Ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz, İstanbul 2013, s. 655-683.

Kayar, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Detay, İstanbul 2013.

Kayıhan, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2016.

Keller, Max / Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehre des Vertragsrechts, Helbing & Lichtenhahn, Basel and Frankfurt am Main 1982.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan, Ankara 2016.

Kramer, Ernst A.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2009.

Kocaağa, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Yetkin, Ankara 2018.

Mackaay, Ejan: Law and Economics for Civil Law Systems, Edward Elgar, Cheltenham 2013.

Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2017.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat, İstanbul 2017.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat, İstanbul 2017. (Oğuzman/Öz, I)

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2017. (Oğuzman/Öz, II)

Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, (A. Egger, Arnold Escher, Robert Haab, H. Oser (Ed.)), Schulthess, Zürich 1929. (ZK-Oser/Schönenberger)

Parlak Börü, Şafak: "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 195-228.

Pellanda, Katja Roth: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, (Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Ed.)), Schulthess, Zürich 2016. (CHK OR-Pellanda)

Pietruszak, Thomas: Kurzkommentar Obligationenrecht, Heinrich Honsell (Ed.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2014. (KUKO OR-Pietruszak)

Riemer, Hans Michael: Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall – oder Verwirkungsklauseln, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Hans Peter / Emil W. Stark / Pierre Tercier (Ed.)), Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1982, 443-452.

Sanlı, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, XII Levha, İstanbul 2017.

Sarı, Suat: "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 299-304.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz, İstanbul 20016.

Schoch, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Stämpfli & Cie, Bern 1935.

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Stämpfli, Bern 2016.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçla Hukuku Genel Hükümler, Filiz, İstanbul 1993.

Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul 2016.

Tunçomağ, Kenan: "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, 1962, 558-568.

Tunçomağ, Kenan: "Türk Hukukunda Cezai Şart", Baha Matbaası, İstanbul 1963. (Tunçomağ, Cezai Şart)

Uygur, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt – I, Seçkin, Ankara 2013.

Vitkus, Simas: "Penalty Clauses within Different Legal Systems", Social Transformation in Contemporary Society, 2013 (1), 153-162.

Volker, Beuthien: "Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe", Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495-516.

von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Schulthess, Zürich 1974.

Weber, Rolf H.: Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli, Bern 2000. (BK-Weber)

Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK-Wiegand)

Wuffli, Daniel: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Frankhauser (Ed.)), Orell Füssli, Zürich 2016. (OFK OR-Wuffli)