

**TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA CEZA KOŞULU***The Penal Clause in Turkish Code of Obligations*

*Prof. Dr. Erol CANSEL\**

*Prof. Dr. Çağlar ÖZEL\*\**

**Giriş**

Bir borcun ödemesini sağlama almak, borçlu üzerinde baskı kurmak, ödememe halinde de tazminatı daha kolay tahsil edebilmek için alacaklı borçlusundan bazı güvenceler elde edilebilir. Böyle borçlara güvenceli (teminatlı) borç adı verilir. Güvence kefalet şeklinde kişisel nitelikte olabilir (TBK m.581) ya da taşınır ve taşınmaz rehni ile aynı bir güvence de elde edilebilir (TMK m.939, 850); Son olarak sözleşmeye konacak bir koşulla da böyle bir güvence sağlanabilir. Bu bağlamda söz edilen bu güvenceye ilişkin olarak aşağıda Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında bulunan ceza koşulu ele alınacaktır.

**I. Ceza Koşulunun Tanımı ve Niteliği**

Ceza koşulu<sup>1</sup>, asıl borç olarak nitelendirilen bir borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde alacaklının borçluya ifa

---

\* Turgut Özal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bkz. **Honsell**, Heinrich, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Basel, Frankfurt am Mein, 1996, OR Art. 160, N. 1 vd. İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 160 vd. maddelerinde düzenlenen bu kuruma "Konventionalstrafe" adı verilmiştir. Buna karşılık Alman Medeni

etmekle yükümlü olduğu edim borcu olarak karşımıza çıkar.<sup>2</sup> Genellikle borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yer veya zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik bir değeri olan, hukuki işlem ile

---

Kanununda (BGB) aynı hususu düzenleyen 336. maddesinin başlığı "Vertragstrafe" biçimindedir. **von Tuhr/Escher**'e göre Alman düzenlemesinde kullanılan sözcük Almancaya daha uygundur (Bkz. **von Tuhr/Escher**, Allgemeiner Teil Des Schweizerischen. Obligationenrecht, Zweiter Band, Dritte Aufl. Zürich, 1974, s. 277 dn. 1'e ait metin). 6098 Sayılı Borçlar Kanunundan önce bu kurumu anlatmak için yasa koyucunun kullandığı "cezai şart" deyimine karşın uygulamada ve öğretide "ceza şartı", "ceza koşulu" (örneğin bkz. YHGK, 12/III/1969, (**Tunçomağ**, Kenan Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 1976.s. 855 vd.) "sözleşme cezası/ceza kaydı" (**Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku s. 897) gibi deyimler de kullanılmaktaydı. Medeni Kanun md. 119'da da "ceza şartı" kavramına yer verilmiştir. Bu çerçevede yeni yasada "cezai şart" yerine "ceza koşulu" deyimini tercih edilmiştir. Ancak 6102 sayılı Borçlar Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren 6091 sayılı Türk Ticaret Kanununda aynı kavramı anlatmak için "sözleşme cezası" (TTK m.22, 481, 482, 483, 577, 594) deyiminin kullanılması ilginçtir. Görüldüğü gibi Türk Borçlar Hukukunda İsviçre Hukukunda vurgulanan "sözleşme" (Konvention/Vertrag) olgusu vurgulanmamakta "şart/koşul" olgusuna vurgu yapılmakta, buna karşılık Ticaret Hukukunda İsviçre'de olduğu gibi sözleşmeye vurgu yapılmaktadır. Biz de aşağıda Türk Borçlar Kanununda kullanılan "ceza koşulu" kavramını kullanacağız.

- <sup>2</sup> **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 277; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 6 Aufl., Zürich 1995, N. 3909. Ancak öğretilerde vurgulanan ve ceza koşulu kavramına yüklenen iki farklı anlama dikkat çekilmelidir. Buna göre ceza koşulu terimi ile anlatılmak istenen hususlardan birisi ceza koşulu doğuran hukuki işlemdir. Buna bütünüyle yerinde olmasa bile "ceza koşulu anlaşması" denilebileceğinden söz edilir. Bu terimle amaçlanan ve asıl belirleyici olan ikinci durum ise bir hukuki işlemle belirlenmiş asıl borçtan bağımsız olan edimdir. Örneğin teslim edilmesi gereken inşaatın tesliminde gecikilen her gün için 100 TL ödenmesinin kararlaştırılması halinde bu ikinci anlamdaki ceza koşulundan söz edilir. (Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 853; **Arıcı**, Kadir, *Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 1997, C:1, S.1, s. 32). Biz de, aksini belirtmediğimiz sürece ceza koşulu teriminden bu ikinci anlamı kastetmekteyiz.

belirlenmiş bağımlı (fer'i) nitelikte bir edim söz konusu olmaktadır<sup>3</sup>. Ceza koşulunun ceza ve tazminat fonksiyonu vardır<sup>4</sup>.

Ceza koşulu aracılığıyla bir yandan borçluya bir baskı uygulanır. Bu baskının içinde borçlunun borca aykırı davranışı karşısında, kural olarak yasa tarafından düzenlenen giderim (tazmin) yükümlülüğünü aşan ve borçlu için bir ceza gibi etki doğuran edimle karşılaşma korkusu yer alır<sup>5</sup>. Diğer taraftan alacaklıyı, hiç ya da gereği gibi gerçekleşmeyen edim nedeniyle uğradığı zararı kanıtlayarak yükümlülüğünden kurtarır<sup>6</sup>. Ceza koşulu ile alacaklı, alacağını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Borçlu için de borcunu ifa etmemesi olasılığına karşın caydırıcı bir etkiye sahiptir.

Ceza koşulu TBK madde 177-182 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler emredici nitelikte değildirler<sup>7</sup>. Bunun tek istisnası ceza miktarının indirilmesiyle ilgili hükümlerdir<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Kenan, Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 15; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 859; **Honsell**, Kommentar, OR Art. 160, Nr. 3. **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 277; OR Kommentar/**Ziegler**, Art 160,Nr. 5 vd.

<sup>4</sup> **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku C. II (2001), s. 1169; **Arıcı**, Cezai Şart, s. 32;YHGK, 23.12.2001 T, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166 (İntegra İçtihat Programı'ndan alınmıştır). Ceza koşulunun zararı giderme işlevi Fransız medeni Kanunu (CCF) Art. 1229 da vurgulanmıştır (**von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 278).

<sup>5</sup> **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht s. 278. **von Tuhr/Escher**'e (bkz. s. 277 dn. 4'e ait metin) göre, kamu hukukunda yer alan ceza yaptırımı ile ceza koşulu arasında her hangi bir ilişki yoktur. Buna karşılık ceza koşulu aynı zamanda benzer olguyu cezalandırmak için getirilmiş bir cezanın yanında yer alabilir. Karş. BGE 57 I 204; Kommentar/**Ziegler**, OR Art. 160, Nr. 3 (OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Urs Bertschinger/Peter Breitschmid/Ivo Schwander, Zürich 2002).

<sup>6</sup> Ceza koşulunun amacı zararı kanıtlayarak yükünden kurtarılacaklının durumunun iyileştirilmesidir: Bkz. BGE 122 III 420 Erw. 2. Ayrıca bkz. BGE 109 II 462.

<sup>7</sup> Karş. **Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,2. Auflage, Zürich, 1988, s. 521.

<sup>8</sup> Bkz. **Gauch/Schluemp**, Obligationenrecht, Nr. 3908; **Honsell**, Handkommentar, OR Art. 163, N.10 vd. **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1170.

Ceza koşulu, bozucu koşula bağlı bir edim borcudur. Kaynağı ise taraflar arasında bulunan bir borç ilişkisine bağlı hukuki işlemdir.<sup>9</sup> Ancak Türk Borçlar Kanununda özel hükümlerle düzenlendiği için koşula bağlı borçlara ilişkin hükümler sözleşme cezasına uygulanmayacaktır<sup>10</sup>. Ceza koşulunda, alacaklı borçlunun borcu ifa etmesi ya da kötü ifa etmesi sonucunda bir zarara uğradığını ispatla yükümlü değildir<sup>11</sup>. Bu anlamda ceza koşulunun belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise ceza koşulu ile götürü tazminat türünde bir edimin birbirinden ayrılmasıdır.<sup>12</sup> Ancak, zararın oluşumu ve kapsamı hakkında alacaklıya her hangi bir kanıt yükümlülüğü getirmeksizin, alacaklının tazminat talebinin kolaylaştırılması biçiminde ortaya çıkan götürü tazminatın aşırı kararlaştırılmış olması durumunda da aşırı ceza koşulunun indirilmesine (BK m.182/II) ilişkin kuraldan yararlanılabilir.<sup>13</sup>

Ceza koşulu kural olarak her borç ilişkisi için kararlaştırılabilir. Borcun geçerli olması ve ceza koşulu kararlaştırıldığı aşamada henüz ifa edilmemiş olması yeterlidir<sup>14</sup>. Buna karşılık ceza koşulunun

<sup>9</sup> Çoğunlukla karşılaştığı gibi ceza koşulu bir sözleşme yoluyla ortaya çıkabileceği gibi bir tüzel kişinin ana sözleşmesi, tüzüğü aracılığıyla da ortaya çıkabilir. Bkz. OR Kommentar/**Ziegler**, Art. 160,Nr. 2.; **Bucher**, Obligationenrecht, s. 521; BGE 80 II 133.

<sup>10</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 899; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1170.

<sup>11</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1170.

<sup>12</sup> **Arıcı**'ya göre ise ceza koşulu götürü tazminat niteliğinde bir edimdir. (Bkz. **Arıcı**, Cezai Şart, s.34).

<sup>13</sup> OR Kommentar/**Ziegler**, Art. 160, Nr. 9; BGE 109 II 468, 110 II 383.

<sup>14</sup> Davacı gazete ile davalı arasında 1.1.1990 ile 1.1.1991 tarihleri arası için 1 yıllık sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre davalı, davacı gazetede işveren tarafından basılıp yayınlanan mevkuteler ile ilgili olarak araştırmalar röportajlar yapmayı, haber yazılar ve makaleler yazmayı kabul etmiştir. Sözleşmenin 6. maddesiyle de, taraflardan herhangi birisi bu sözleşmeyi süresinin sona ereceği 1 Ocak 1991 tarihinden önce herhangi bir haklı neden olmaksızın feshettiği takdirde diğer tarafa 100.000.000 TL. Cezai şart ödenmesi öngörülmüştür. Davalı, sözleşmenin yürürlük süresinin başlangıcından 5 gün önce, 26.12.1989 tarihinde noter aracılığıyla davacıya gönderdiği mektup ile çalışmakta olduğu gazeteyle bağlılığı nedeniyle ayrılamayacağını bildirmiştir. Davacı, bu dava ile sözleşmedeki

geçersizliği asıl borcun geçerliliğini etkilemez.<sup>15</sup> Sözleşme dışı ilişkiler, hatta haksız fiilden doğan tazminat borcu için bile ceza koşulu kararlaştırılabilir<sup>16</sup>. Buna karşılık, hukuka ya da ahlaka aykırı bir edimi güçlendirmek amacıyla kararlaştırılan ceza koşulu geçerli olmaz (TBK md. 182/II). Örneğin Türk Borçlar Kanununda ilk defa yer verilen hükme göre “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*” (TBK m. 420/I). Burada yasa koyucu işçiyi koruma düşüncesi çerçevesinde emredici bir hükümle sadece işçi aleyhine getirilecek ceza koşulunu yasaklamıştır. Yine ilk defa yer verilen bir diğer hükme göre “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*” (TBK m. 346). Yine Yargıtay’a göre TBK m. 512/I. c.1’de emredici bir biçimde yer yer alan “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir*” hükmü gereğince buna bağlı ceza koşulu geçer-

---

cezai şartı istemektedir. Mahkeme, sözleşmenin icrasına henüz başlanmadığından cezai koşul istenemeyeceği görüşüyle isteği reddetmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların serbest iradeleriyle bir sözleşme yapılmıştır. Böylece, aralarında hizmet akdi kurulmuştur. Bu akit tarafları bağlar. Buna göre, davalının sözleşmenin başlangıç tarihinde işyerinde çalışmaya başlaması gerekmektedir. Bunun yerine getirilmemesi, diğer bir ifade ile akdin icra edilmemesi, akde aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın oluşması için akdin fiilen icrasına başlanması şart değildir. İcrasına başlanmadan önce akdin yerine getirilemeyeceğinin bildirilmesi de aynı sonucu doğurur. Sözleşmenin 6. maddesinin ifadesinden de bu sonuca varmak gerekir. Zira cezai şart sadece akdin icrasına başladıktan sonra yerine getirilmemesi hali için öngörülmüş olmayıp, icrasına başlanmadan önce fesih halini de kapsamaktadır. Böyle olunca, davacı sözleşmeye dayanarak cezai koşul isteyebilir. Davalının sözleşme başlamadan önce akdi feshetmiş olması ancak cezai koşul miktarının takdirinde göz önünde tutulabilir. (Y. 9. HD, E.:1990/9303, K.:1990/12364, T.:20.11.1990).

<sup>15</sup> **Honsell**, Handkommentar, OR Art. 160, Nr. 4.

<sup>16</sup> **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 278; **Gauch/Schluep**, Obligationenrecht, Nr. 3912; **Oğuzman/Öz** Borçlar Hukuku, s. 869; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 854; OR Kommentar/**Ziegler**, Art. 160, Nr.4.

sizdir.<sup>17</sup> Geciktirici ya da bozucu cezai koşula bağlanmış bir borç için de ceza koşulu kararlaştırılabilir. Doğaldır ki; geciktirici koşula bağlı borçlarda, koşul gerçekleşmedikçe ceza koşulu da işlevsel hale gelemeyecektir<sup>18</sup>.

Ceza koşulunun geçerli olabilmesi için öncelikle geçerli bir asıl borç ilişkisi olmalıdır.<sup>19</sup> Bunun yanında ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız ve parasal bir nitelik taşıması gerekmektedir.<sup>20</sup> Asıl borç ile ceza arasında fer'ilik ilişkisi olmalıdır<sup>21</sup> ve ceza koşulu, asıl borcun tabi olduğu geçerlilik şekline uygun olarak kararlaştırılmalıdır<sup>22</sup>.

Ceza koşulunun konusunu her türlü edim oluşturabilir. Verme borçları, yapma borçları ya da yapmama borçları için ceza koşulu kararlaştırılabilir.<sup>23</sup>

TBK madde 182/I'e göre taraflar ceza miktarını da istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Çoğu kere ceza koşulu bir para olarak kararlaştırılsa da, para olması zorunluluğu yoktur.<sup>24</sup> Ancak şu da bir

---

<sup>17</sup> Bkz. Y. 13.HD, 27.05.2008, 647/9508 (YKD Y.2008, S.9, s. 1711).

<sup>18</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 899.

<sup>19</sup> **Honsell**, Handkommentar, Art. 160, Nr. 4; **vonTuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 278.

<sup>20</sup> Baskın görüş gereğince kabul edilen edimin para borcu olması düşüncesinin yanı sıra, parasal değer taşıyan eşya teslimi ya da hizmet ediminin de cezai koşul olarak kararlaştırılabileceğine ilişkin olarak bkz. **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 522.

<sup>21</sup> **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 854 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 342; **Aşçıoğlu**, Çetin, Yargı Kararlarında Cezai Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, S. XIV, 1997, s. 112; **Arıcı**, Cezai Şart s. 32.

<sup>22</sup> **Honsell**, Handkommentar, OR Art. 160, Nr. 11. **Aşçıoğlu**, Cezai Şart, s. 113.

<sup>23</sup> Para borçları için ceza koşulunun kararlaştırılamayacağına ilişkin Yargıtay'ın görüşü ve bunun eleştirilmesi hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 900.

<sup>24</sup> "İşten çıkarma sırasına uyulmaması halinde, ihbar ve kıdem tazminatının üç misli olarak ödeneceğine dair Toplu İş Sözleşmesi hükmü cezai şart niteliğindedir." (Y. 9. HD E.: 1991/11567, K.: 1991/13949 T: 06.11.1991). (<http://www.kamu-is.org.tr/1990-1995.pdf> 03.08.2007). Bu konuda tam

gerçektir ki; ceza koşulu kanuna, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmayacaktır. Yine imkânsız olması halinde de hükümsüz olacaktır<sup>25</sup>.

Ceza koşulu bağımlı (fer'i) nitelikte bir edim borcu oluşturur<sup>26</sup>. Asıl borç ile ceza koşulu arasında bu asli-fer'i borç ilişkisi yoksa artık bir cezai koşuldan değil seçimlik borçtan söz etmek gerekir.<sup>27</sup> Şekle aykırılık, irade uyuşmaması, hukuka, ahlaka aykırılık nedeniyle baştan itibaren geçersizlik ya da irade bozuklukları nedeniyle iptal nedeniyle asıl edimin doğmaması, ceza koşulunun da ortaya çıkmasını engelleyecektir.<sup>28</sup> Borcun zamanaşımına uğraması halinde ceza koşulunun artık istenemeyeceği ileri sürülebilir.<sup>29</sup> Ayrıca borç ifa, ibra, takas nedeniyle ortadan kalkarsa, ceza koşulu muaccel olmadığı sürece, ceza koşulu da ortadan kalkacaktır.<sup>30</sup>

## II. Hukuksal Niteliği

Bazı yazarlar, ceza koşulunu bir "ceza" niteliğinde görür. Çünkü borçlu borcunu ifa etmediği veya eksik ifa ettiği takdirde,

---

bir görüş birliği bulunmamakla birlikte (bu konuda bkz. **Gauch/Schlupe**, *Obligationenrecht*, Nr. 3915 vd.) Federal Mahkeme para dışında bir edimin ceza koşulu olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. (Bkz. BGE 80 II 123 vd.). Karş. **Honsell**, *Handkommentar*, OR Art. 160, Nr. 9.

<sup>25</sup> **Oğuzman/Öz**, *Borçlar Hukuku*, s. 901; **Arıcı**, *Cezai Şart*, s. 33.

<sup>26</sup> **Eren**, *Borçlar Hukuku*, s. 1170; **Oğuzman/Öz**, *Borçlar Hukuku*, s. 902; **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, s. 859; **von Tuhr/Escher**, *Obligationenrecht*, s. 278; **Gauch/Schlupe**, *Obligationenrecht*, Nr. 3959; OR *Kommentar/Ziegler*, OR Art. 160, s. 146, Nr. 6.; **Bucher**, *Obligationenrecht*, s.523; bkz. BGE 73 II 161.

<sup>27</sup> **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, s. 859.

<sup>28</sup> **von Tuhr/Escher**, *Obligationenrecht*, s. 279; OR *Kommentar/Ziegler*, OR Art. 160, s. 146, Nr. 6.

<sup>29</sup> **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, s. 866; **von Tuhr/Escher**, *Obligationenrecht*, s. 278; OR *Kommentar/Ziegler*, OR Art. 160, s. 146, Nr. 7; **Gauch/Schlupe**, *Obligationenrecht*, Nr. 3921.

<sup>30</sup> **Oğuzman/Öz**, *Borçlar Hukuku*, s. 903; **von Tuhr/Escher**, *Obligationenrecht*, s. 278; OR *Kommentar/Ziegler*, OR Art. 160, s. 146, Nr.6; **Gauch/Schlupe**, *Obligationenrecht*, Nr. 3926.

alacaklı ile birlikte karşılaştırdıkları bir cezayı ödemeye mecbur olmaktadır. Bu nedenle ceza tehdidi altında borçlu borcu tam olarak ifa için elinden geleni yapacaktır. Hatta buna cezanın önleyici etkisi de denebilir. Kusursuz olarak borcu ifa edemezse, nasıl böyle bir halde suç işlemiş bir kimse cezalandırılmıyorsa, borçlunun da ceza koşulunu ödememesi gerekir.<sup>31</sup>

Bu görüş kabul edilemez. Çünkü alacaklı ifaya eklenen ceza koşulu dışında, hem ceza koşulu hem de tazminat isteyemez. Şu halde ceza koşulu esasen tazminatın yerini almaktadır. Eğer bu koşula ceza niteliği verilmek istenseydi gerçekleşmeyen veya gereği gibi olmayan ifa dolayısıyla hem tazminat hem de ceza koşulunun istenebilmesi gerekirdi.<sup>32</sup>

Ceza koşulunu bir götürü tazminat olarak kabul eden görüşe göre sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğacak zararlar, taraflar arasında peşinen ceza koşulu şeklinde kararlaştırılmaktadır. Hatta TBK m.182/II'de aşırı miktarda tespit edilmiş ceza koşulunun yanında mahkemece ek bir tazminata da hükmedebilmesi, ceza koşulunun götürü tazminat niteliğini bozmaz. Çünkü bu hükümler, her kuralda olduğu gibi, istisna niteliğindedirler.<sup>33</sup> Diğer bir görüş de, ceza koşuluna hem ceza hem götürü tazminat niteliği tanıyan düşüncedir. Öyle sanıyoruz ki, kanun ceza koşuluna tanımak istediği görev bu iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Çünkü TBK m. 180/I'e göre "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir" demek suretiyle bu koşula bir ceza niteliği verilmiştir. Buna karşılık BK.179/I'de ceza koşulu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı ödenecek tazminatın yerini almakta, ayrıca alacaklıdan zararın ispat edilmesi istenmektedir. Bu hükümle de ceza koşulu götürü bir tazminat olarak

<sup>31</sup> Bkz. **Secretan**, R. Etude sur la clause pénale en droit suisse, Diss. Lausanne 1917, s. 34; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.21.

<sup>32</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.25-26.

<sup>33</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, §60, s.519.



sözleşmede peşinen tayin edilmektedir.<sup>34</sup> Ceza koşulunun ceza ve tazminat fonksiyonu vardır.<sup>35</sup>

Bu durumda bir ceza koşulundan söz edebilme için gerekli unsurlar şunlardır:

#### **A. Ceza Koşulu Kaydı Fer'i Borç Doğuran Bir Sözleşmedir.**

Ceza koşulu kaydı da her sözleşme gibi Borçlar Kanununun genel hükümlerine tabidir. Şu halde tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları gerekir. Sözleşmenin konusu ifanın hiç veya gereği gibi yapılmadığı halde tazminat yerine geçecek bir miktarın ödenmesidir. Konusunun ahlaka, adaba ve kanuna aykırı olmaması gerekir, (TBK. m.26, 27, 182). Asıl borcun TBK m.26, 27'ye aykırı olduğu bir sözleşmeye de ceza koşulu konmuşsa geçerli olmaz. Ceza koşulu sözleşmesi asıl sözleşmeden ayrı da yapılabilir. Ancak, borçlunun durumunu ağırlaştıran bir nitelik taşıdığından, asıl sözleşmenin şekline uyularak düzenlenmesi gerekir (TBK m.12).<sup>36</sup>

#### **B. Asıl Borcun Varlığı**

Öncelikle bir asıl borç olmalıdır. Bu borç, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olabilir. Ceza koşulunun bu asıl borca fer'i nitelikte bağlanması gerekir (bağımlılık). Bu nitelikte olmayan alacak, seçimlik borç doğurur. Bunun bağımlılık niteliği dolayısıyla asıl borç sona erince ceza koşulunun da ortadan kalkması gerekir (TBK m.131). Yine asıl borç üstlenme yoluyla aktarılınca ceza koşulu da yeni borçluya geçer (TBK m.198,189). Bununla birlikte bu bağımlılık ceza koşulunun muacceliyeti anına kadar

<sup>34</sup> Bkz. **Saymen**, F. Hakkı/**Elbir**, H. Kemal, Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, I-II, İstanbul, 1958, (C.II), s. 838, 839.

<sup>35</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku C. II (2001), s. 1169; **Arıcı**, Cezai Şart, s. 32;YHGK, 23.12.2001 T, E. 2001/9-1175, K. 2001/1166 (İntegra İçtihat Programı'ndan alınmıştır). Ceza koşulunun zararı giderme işlevi Fransız medeni Kanunu (CCF) Art. 1229 da vurgulanmıştır (von Tuhr/Escher, Obligationenrecht, s. 278)

<sup>36</sup> Bkz. **Saymen/Elbir**, Borçlar Hukuku, C.II, s.835.

devam eder. Bundan sonra ceza koşulu bağımsızlaşır, asıl borcun mukadderatına bağımlı olmaktan çıkar.<sup>37</sup>

### C. Ceza Koşulunun Sağlar Arasında Hüküm İfade Edecek Bir Hukuki İşleme Konması Gerekir

Şu halde ölüme bağlı tasarruflara ceza koşulu konmaz. Bu tür koşulların miras hukukundaki koşul ve yüklemelere ilişkin hükümlere göre değerlendirmek gerekir.

## III. Ceza Koşulunun Türleri

### A. Seçimlik Ceza Koşulu

Seçimlik ceza koşulu (*Alternativkonventionalstrafe, Clause pénale alternative*) asıl borcun ifasıyla birlikte değil de, bu borcun ifasından vazgeçilerek istenebilen ceza koşuludur. Seçimlik borca çok benzeyen bu durum TBK md. 179/I'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sözleşmenin ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, aksine bir düzenleme olmadıkça, alacaklı ya ifayı ya da cezayı talep edebilecektir. Ceza koşulu, borcun hiç ifa edilmemesi ya da kötü ifa edilmesi halinde muaccel olunca alacaklı seçimlik yetkiye<sup>38</sup> sahip olacak ve ifa ya da ceza koşulunun yerine getirilmesini seçecektir. Alacaklı buradaki seçim hakkını tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla kullanacaktır. Yenilik doğuran bu beyan<sup>39</sup> borçlunun egemenlik alanına girdiği anda hükümlerini doğuracaktır<sup>40</sup>. Borçlunun ise böyle bir seçim hakkı yoktur. O, öncelikle

<sup>37</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, §60, s.517.

<sup>38</sup> **Gauch/Scluep**, maddenin yazılış biçimi nedeniyle bir "seçimlik borç"tan (Wahlobligation) söz etmesine karşılık gerçekte burada alacaklıya ait bir "seçimlik yetki"nin (facultas alternativa, alternative Ermächtigung) var olduğuna dikkat çekmektedir (bkz. **Gauch/Scluep**, Obligationenrecht, Nr. 3926. Aynı şekilde: **Honsell**, Handkommentar, OR Art. 160, Nr. 17; **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, § 87, s. 281 ve dn. 35'e ait metin)

<sup>39</sup> Bkz. **Gauch/Schluep**, Obligationenrecht, Nr. 3921

<sup>40</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1173; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, s. 349; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, s. 862.

ifaya hazır olmalıdır. Eğer alacaklı ifayı istemekten vazgeçerse, ceza koşulunu ödemek zorundadır. Sözleşmeye ceza koşulu talep edileceği hakkında kayıt konmuş olması asla alacaklının ifayı talepten vazgeçtiği anlamına gelemez.<sup>41</sup>

TBK m. 179'e göre ceza koşulunun yerine getirilmesinin istenebilmesinin koşulu ifayı talep etmemektir. İfadan vazgeçerek cezanın yerine getirilmesini isteyen alacaklının ise artık bundan dönmesi mümkün değildir<sup>42</sup>. Cezayı seçen alacaklı asıl edimi bir daha talep edemez.<sup>43</sup> Buna karşılık alacaklı önce ifayı talep ederse bundan sonra cezanın ödenmesini talep edemez.<sup>44</sup> Ne var ki asıl borcun sonradan objektif olarak imkânsızlaşması halinde, ceza koşulunu tercih etmeyen alacaklı sadece imkânsızlık nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir.<sup>45</sup> Ceza koşulunun yerine getirilmesini isteyen alacaklı, daha önce borçludan aldığı edim konusu şeyleri de borçluya geri vermekle yükümlü olacaktır.

Borçlu TBK m.179/I kapsamında yer alan bir edim ihlalinin gerçekleşmemesini sağlamak amacıyla bir ceza koşulu kararlaştırıldığında, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da ceza koşulu talep etme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, borçlu asıl edim ifasının sonradan objektif olarak olanaksızlaşması nedeniyle, asıl sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemişse, alacaklıya seçim olanağının tanınmasının fazla bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü borçlanılan edimin yerine getirilmesi objektif olarak imkânsız olduğundan, ifa talebinde bulunulması söz konusu olamayacak, ceza koşulunu tercih etmeyen ve

<sup>41</sup> **Schoch**, Walter, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935, s.4.

<sup>42</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 905.

<sup>43</sup> OR Kommentar/**Ziegler**, OR Art. 160, s. 146,Nr. 12; BGE 63 II 84.

<sup>44</sup> **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, s. 281; OR Kommentar//**Ziegler**, Art. 160, s. 146, Nr. 12; **Gauch/Schlupe**, Obligationenrecht, Nr. 3921.

<sup>45</sup> Bkz, **Ozanoğlu**, H. Seçkin, İstisna Sözleşmelerinde ve Özellikle İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 1-2, s. 73.

ifada ısrar eden alacaklı sadece tazminat talep etme imkânına sahip olacaktır (TBK m.112) .

İki taraflı sözleşmelerde ise, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı ancak ifadan vazgeçerek olumlu (müspet) zararını istemesi halinde ceza koşulunu da isteyebilecektir. Alacaklının müspet zararı, ceza miktarından daha fazla olabilir. Bu halde alacaklı ceza miktarının yanında onun karşılamadığı müspet zararını da isteyebilecektir.

### **B. İfa İle Birlikte İstenebilen Ceza Koşulu**

İfa ile birlikte istenebilen ceza koşulu (*Kumulativkonventionalstrafe, Clausa Pénale cumulative*) türü BK 179/II'de hükme bağlanmıştır. "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir". Bu durumda alacaklı ifanın belirli yerde ya da zamanda yapılmaması halinde ifa ile birlikte cezai koşulunu da talep eder. Ona bu hususta seçim hakkı tanınmamıştır. Fakat taraflar bunun tersini kararlaştırabilir ve alacaklının yalnız ifayı veya yalnız ceza koşulunu isteyebileceğine yönelik sözleşmeye bir kayıt koyabilirler (BK m. 179 II).<sup>46</sup>

Bu halde ceza koşulu, borcun taraflarca kararlaştırılan yerde veya zamanda ifa edilmemesi halinde muaccel hale gelecektir. Artık

<sup>46</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, s. 350. "... Taraflar arasındaki 12.5.1980 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde geciken her ay için beher daireye 2500 TL. Gecikme cezası, 12. maddesinde sözleşmeye aykırı hareket halinde 100.000 TL. Cezai koşul **Hata! Yer işareti tanımlanmamış.** ödeneceği kararlaştırılmıştır. Görülüyor ki, gecikme nedeniyle istenebilecek ceza Borçlar Kanununun 179/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza olmasına karşın, sözleşmenin 12. maddesindeki ceza ise Borçlar Kanununun 179/1. Maddesinde sözü edilen seçimlik ceza niteliğindedir. Seçimlik cezanın istenebilmesi için, aktin feshedilmiş olması gerekir. Somut olayda davacı eksik işlerin tamamlanması için talepte bulunmuş olup, mahkemece eksik işler bedelinin ödetilmesine karar verilmiş olmasına göre seçimlik hakkını aktin ifası doğrultusunda kullanmış bulunmaktadır. Öyle ise feshe bağlı bulunan seçimlik cezayı isteyemez..." (15. HD., 18.10.1989 T., 4097 E., 4315 K.) (**Karahasan**, II. Cilt, 1999'dan aktaran, **Ozanoğlu**, İstisna Sözleşmeleri, s.).

alacaklı ifayla birlikte ceza koşulunu da talep edebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, muaccel hale geldikten sonra ceza koşulu artık asıl borçla birlikte, borcun üstlenilmesi ya da alacağın devri ile bir başkasına devredilemeyecek olmasıdır. Bu konuda, tarafların ceza koşulunu kararlaştırırken ayrıca anlaşmaları gerekmektedir. Ancak asıl borcun hükümsüz olması, geçmişe dönük olarak ortadan kalkması halinde pek doğaldır ki, ceza koşulu da ortadan kalkacaktır.

Kararlaştırılan zamanda veya yerde borcun ifa edilmemesi halinde, asıl borç sonradan imkânsızlaşır, alacaklının ceza koşulunu talep hakkı da devam edecektir<sup>47</sup>.

### C. Dönme Cezası (İfayı Engelleyen Ceza Koşulu)

Ceza koşulu, sözleşmeden dönme cezası (*Exclusivkonventionalstrafe, Clause pénale exclusive*) şeklinde de kararlaştırılabilir. Aslında buna tam anlamıyla ceza koşulu demek olası değildir. BK 179/III'de ifade edildiği gibi "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır". Bu durumda borçlu ceza koşulu adı ile sözleşmede kararlaştırılan tutarı ödeyerek ifadan kurtulabiliyorsa bu koşulun niteliği borçluyu ifaya zorlamak olarak nitelendirilemez. Bu yolla öğretide dönme (fesih) cezası (Wandelpön) olarak da anılan bu koşul, asıl ceza koşulundan farklıdır. Daha çok TBK 178'de düzenlenmiş bulunan cayma parasına<sup>48</sup> benzer ve her ikisi de,

<sup>47</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 907; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1174.

<sup>48</sup> Verilen şey cayma parası ise sözleşenlerden her biri sözleşmeden dönme hakkını korur. Bu takdirde şeyi veren cayarsa verdiğini bırakır. Alan cayarsa aldığı için iki katını geri verir (TBK m. 178). Fakat tarafların, şeyi alanın, sözleşmeden karşı tarafın cayması halinde uğradığı zarara karşılık alıkoyabileceğini kararlaştırmaları mümkündür. Bu noktada ifaya engel olan ceza koşulu (fesih/dönme cezası) ile cayma parası farklılık taşır. Çünkü cayma parası sözleşmenin kurulması aşamasında verildiği halde dönme cezası sözleşmenin feshinden sonra ödenmesi üstlenilen bir borçtur. Sözleşmenin kuruluşu anında verilmiş olan şey, aksi kanıtlanmadıkça cayma parası değil, bağlanma parası olarak kabul edilir (TBK 177/I). Eğer

gerçek ceza koşulunda borçluya tanınmamış olan, seçimlik borç niteliği taşırlar: Borçlu dilerse asıl edimi ifa eder; dilerse onun yerine fesih/dönme cezası ya da cayma parası (zamanı rücu) öder.<sup>49</sup> Bu bağlamda her iki enstrüman borçlunun asıl borcun ifasından tek taraflı olarak kurtulması amacına hizmet eder.<sup>50</sup>

Ceza koşulu, borçlunun borcuna uygun davranmasını sağlamaya yönelik iken, 179/III'te düzenlenen dönme cezası, borçluya sözleşmeden kurtulma olanağı sağlamaktadır. Dönme cezasını ödeyen borçlu, sözleşmeden dönerek borcunu ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır<sup>51</sup>.

#### IV. Ceza Koşulunun Kusur ve Zararla İlgisi

##### A. Borçlunun Kusuru

Alacaklının, ceza koşulunu talep edebilmesi için borçlunun, sözleşmenin ifa edilmemesinde ya da kötü ifa edilmesinde kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. BK m. 112'de borçlunun kusurlu olması halinde alacaklının zararını tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak, ceza koşulunun niteliği ve amacı düşünüldüğünde, borçlunun kusurunu aramak yerinde olmayacaktır. TBK m. 181'de ceza koşulunun muaccel olmasında kural olarak borçlunun kusuru aranmayacaktır; ancak taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabileceklerdir.<sup>52</sup> Yasalarda, borçlunun kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenlenmenin olduğu hallerde ise, borçlunun kusuru, ceza koşulunun muaccel olmasında hiçbir şekilde aranmayacaktır. Bunun

---

cayma parası olarak verilmişse, yalnız veren değil, alan da sözleşmeden cayma hakkını koruyacaktır.

<sup>49</sup> Bkz. **Schoch**, Begriff der Konventionalstrafe, s. 4,5. **Guhl**, Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972, §56a.

<sup>50</sup> Bkz. **Honsell**, Handkommentar, Art. 160, Nr. 25; **Gauch/Schluemp**, Obligationenrecht, Nr. 3934 vd.

<sup>51</sup> **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku, s. 909.

<sup>52</sup> **Karagöz**, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.42; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1174.

yanında muacceliyet için kusur koşulunun taraflarca öngörülmesi halinde, bu kusur kast, ağır ihmâl ya da hafif ihmâl şeklinde de olabilecektir<sup>53</sup>.

### **B. Alacaklının Zararı**

Ceza koşulunun, borcun ihlali nedeniyle ödenmesi önceden taraflarca kararlaştırılmıştır. Bu halde, ceza koşulunun ödenmesi için alacaklının borcun ifa edilmemesi ya da kötü ifası nedeniyle bir zarara uğrayıp uğramamasının önemi yoktur. Ceza koşulu, zarardan bağımsızdır<sup>54</sup>. Zarar, doğsun ya da doğmasın, ceza koşulu ödenir. Ancak alacaklının zararı varsa, borçludan tazminat ve ceza koşulunu aynı anda talep edemeyecektir. Sadece ceza koşulunun karşılamadığı oranda tazminat talep edilebilecektir (TBK m.180/II)<sup>55</sup>. Yalnız burada, yasa BK madde 112'den ayrılmış ve borçlunun kusurlu olduğunun ispatını alacaklıya yüklemiştir. Ancak doğaldır ki, ayrıca tazminat istenmesi halinde, TBK m.180/II'deki ispat yükünün alacaklıya ait olması kuralı, borçlunun kusursuz olarak sorumlu olduğu hallerde uygulanmayacaktır<sup>56</sup>.

## **V. Pratik Yararı ve uygulama alanı**

### **A. Ceza Koşulu Borçluyu İfaya Zorlar**

Ceza koşulu kararlaştırıldığı durumlarda, alacaklı zararı kanıt yükümlülüğünden kurtulur. Sadece ifanın hiç veya gereği gibi yapılmadığını kanıtlar. Bu yolla tazminatın mahkemece tespit ve takdiri gibi çoğunlukla güç ve uzun bir yargılama aşamasından kurtulmuş olur. Bununla birlikte, maruz kaldığı zarar ceza koşulundan daha fazla ise, borçlunun kusurunu kanıtlayarak bunu isteme hakkı da saklıdır (TBK m.180/II).

---

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 909.

<sup>54</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1175.

<sup>55</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 880.

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 880.

### **B. Ceza Koşulu Genel Olarak Çok Taraflı ve Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde Kullanılabilir**

Çok taraflı işlemler, sözleşmeler; dernek, şirket statüleri olabilir. Bu yolla statülere konan ceza koşullarının hükmü tüzel kişiye sonradan katılan üyelere de uygulanması mümkün olur. Ancak aile hukukundaki nişanlanma, evlenme, boşanma gibi işlemlere ceza koşulu konamaz. Bundan başka, taksitle satımlarda taksitlerin tamamı ödenmediği takdirde, malın iadesine rağmen ödenmiş kısmın satıcıda kalacağına dair yapılan sözleşme ceza koşulu niteliğinde olup TBK. 181/II bu konudaki hükümleri saklı tutmuştur.

Borçlar Kanununda bu konuda getirilmiş düzenlemeler, özellikle sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen ve sosyal düşüncelerle korunması düşünülen kişilerce yapılan sözleşmelerde ortaya çıkar. Bunlardan birincisi taksitle satış sözleşmeleri<sup>57</sup> ile ilgili olarak getirilen düzenlemeye göre sözleşmeden dönme üzerine satıcının isteyebileceği ceza koşulu ile ilgilidir. Buna göre daha önceden kararlaştırılmış olması kaydıyla istenebilecek ceza koşulu miktarı en fazla taksitli satış konusu malın bedelinin %10'undan fazla olamayacaktır. Aynı ilke benzer özellikler taşıyan ön ödemeli taksitle satış sözleşmeleri<sup>58</sup> için de geçerlidir. Orada da alıcının temerrüdü halinde satıcının isteyebileceği ceza koşulu yine satış bedelinin %10'unu aşamayacaktır. Aynı mantıkla ele alınan hizmet sözleşmeleri içinde karşılıklı olmadığı durumlarda sözleşme dengesinin kolayca bozulabileceği düşünülerek "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" hükmü getirilmiştir.

Bazı sözleşmeler için ise yukarıda belirtildiği gibi, sosyal ve ekonomik açıdan güçsüz olduğu kabul edilerek korunması gereken sözleşme tarafı aleyhine ceza koşulu getirme olanağı ortadan kaldırılmıştır. Kira sözleşmelerinde kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğünün getirilemeyeceğinin belirlendiği TBK 346. maddede aynı zamanda "**Özellikle, kira**

<sup>57</sup> Bu hükümler TBK m. 253 vd.'da düzenlenmiştir.

<sup>58</sup> Bu hükümler TBK m. 263 vd.'da düzenlenmiştir.



*bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir”* denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Kefalet sözleşmesinde ise kefilin alacaklı ile borçlu tarafındaki asıl borç ilişkisinin hükümsüz olması halinde meydana gelecek zarardan sorumlu tutulamayacağı, bu konudaki ceza koşulunun da kendisine karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir (TBK m.589/IV).

### *C. Ceza Koşulunun Muaccel Olması*

Eğer borç hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemişse (TBK m. 179/I) ya da belirlenen zamanda veya belirlenen yerde ifa edilmemişse, ceza koşulu da muaccel hale gelir.

Asıl borcun ifasının borçludan istenebileceği anda borç muaccel olur. Borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur.<sup>59</sup>

Bölünemeyen borçlarda, borçlulardan birinin sözleşmeye aykırı hareketi ceza koşulunun tamamının bütün borçlulardan istenmesini gerektirir. Müteselsil borçlarda ise hangi borçlu ceza koşulunu kabul etmişse, ancak ondan talep edilebilir.

Ceza koşulunun istenebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. TBK m.182/II şu hükmü koymuştur: “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.” Bu hüküm TBK.112 ve 139. maddelere uygundur. Bununla birlikte hüküm, tarafların, borçlunun kusursuz olması halinde de ceza koşulunu ödeyeceğine dair anlaşması yapmalarına imkân vermektedir.

Kusursuzluğun ispatı borçluya aittir.

---

<sup>59</sup> Öğretide bu konuda tam bir görüş birliğinden söz edilemezse de baskın görüş bu yöndedir. Bkz. **Secretan**, Clause penale, s.78-82; **Gauch/Schlupe**, Obli, gationenrecht, Nr. 3918; **von Tuhr/Escher**, Obligationenrecht, §87, s. 280. Karş. **Bucher**, Obligationenrecht, s. 526.

## VI. Hükümleri

### A. Seçimlik Ceza Koşuluna İlişkin Hükümler

BK m.179/I' e göre borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinden ceza koşulu muaccel olursa alacaklı dilerse asıl borcun ifasını, dilerse ceza koşulunun ödenmesini isteyebilir. Bu iki borç birbirinden bağımsız, seçimlik borçtur, yoksa alacaklıya tanınmış bir seçim hakkından ibaret değildir.<sup>60</sup> Alacaklının hakkı yenilik doğuran bir haktır. Yöneltilmesi gerekli bir işlemdir. Hükmünü borçluya vardık-tan sonra doğurur. Eğer alacaklı ceza koşulunun ödemesini seçmişse borçlu asıl borcunun ödemesinden kurtulur. Alacaklı ya ifayı veya ceza koşulunu seçebilir.

Asıl borcun ifasını talep etmişse ceza koşulunun düşmesi gerekir. <sup>61</sup>Asıl borcun ödenmemesi halinde alacaklı tazminat isteyebilir. Bunun miktarının ise ceza koşulunun tayin ettiği tutardan fazla olması mümkündür. BK.179 I'in koyduğu kural, hükümden de anlaşıldığı gibi, sözleşmeyle değiştirilebilir.

### B. İfa İle Birlikte İstenebilen Ceza Koşuluna İlişkin Hükümler

TBK m.179/II' ye göre ceza koşulu borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi dolayısıyla getirilmişse alacaklı hem borcun ifasını hem de ceza koşulunu talep edebilir. Borçlu birini ifa eder, diğerini ifadan kaçınırsa alacaklı cebri icra yoluna giderek borçluyu diğer edimi de ifaya zorlayabilir ya da borçluya süre (mehil) verir, yine borç ifa edilmezse alacaklı TBK m.125/II'ye göre sözleşmeden dönebilir. Fakat bu durumda ne ifayı ne de ceza koşulunu isteyebilir.<sup>62</sup>

TBK m.179/II iki halde ceza koşulunun istenemeyeceğini kabul etmiştir: Alacaklı açıkça ceza koşulunu istemekten vazgeçer ya da çekince kayıt koymadan asıl borcu kabul ederse.

<sup>60</sup> **Guhl**, Das Schweizerische Obligationenrecht, §56.

<sup>61</sup> Aksi fikir için Bkz.**von Tuhr/Siegwart**, Obligationenrecht, §87, III.

<sup>62</sup> **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, §60, s. 528.

Çekince (ihtirazi kayıt) yenilik doğuran bir hak olup, alacaklı tarafından borçluya ifanın kabulü anında veya en geç hemen ifadan sonra bildirilmiş olmalıdır.

TBK m.179/II' de yedek hukuk kuralıdır, aksine sözleşme yapılabilir.

## VII. Cezanın Kapsamı

Cezanın miktarı uğranan zararla bağlı değildir. Hatta hiç zarar olmasa dahi cezanın ödenmesi gerekir. TBK. 180/I "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir*" demektedir. Bununla birlikte, ceza koşulunun tam olarak ödenmesi kuralına iki istisna getirildiğini görüyoruz: Bunlardan biri alacaklı lehine konmuştur: Ek tazminat, TBK. m.180/II; diğeri ise borçlu lehine konmuştur: Cezanın indirilmesi, TBK m.182/III.

### A. Alacaklı Lehine Tanınan Ek Tazminat

Eğer alacaklı borçlunun hareket tarzından ceza koşulunu aşan bir zarara uğrarsa, farkı borçlunun tazmin etmesi gerekir. Ancak, alacaklı borçlunun kusuru ile bu zarara maruz kalmış olmalıdır. Kusur, TBK m.112'nin koyduğu kuraldan ayrımlı olarak alacaklı tarafından kanıtlanması gerekir (TBK m.180/II). Bu nedenle bu hüküm alacaklının durumunu kanıt yükü bakımından ağırlaştırması dolayısıyla öğretilde eleştirilmektedir.<sup>63</sup>

### B. Cezanın İndirilmesi

Her ne kadar ceza koşulunun miktarını belirlemede taraflar özgür ise de, güçlünün ekonomik olarak zayıfı ezerek ona ağır bir ceza koşulu kabul ettirmesi olanak içindedir. Bu nedenle TBK m.182/II şu hükmü koymaktadır. "*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*" Bu yolla yargıç sözleşmeye müdahale etmektedir. Yargıç indirim için şu noktayı araştıracaktır: Ceza koşu-

<sup>63</sup> Bkz. von Tuhr/Sieglwart, Obligationenrecht, §87,IV; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, §56, b; Schoch, Begriff der Konventionalstrafe, s. 57.

lunun bütün unsurları (geçerli aslî borç, muacceliyet) tamamsa, gerek borçlunun ve gerekse alacaklının çıkar durumlarını tartmak yoluyla indirim karar verebilecektir. İndirim her olayın özelliğine göre gerçekleşir. Denebilir ki yargıç aslında ceza tutarı ne olursa olsun; taraf iradelerine müdahale hakkına sahip değildir<sup>64</sup>. Fakat ortada hakkaniyete aykırı bir durum varsa yargıç müdahale edebilir. İndirimde asıl olan, alacaklının yararlarını göz önünde bulundurmaktır. Her halde alacaklı, ceza koşulu olmasaydı borçlunun kusuruyla sözleşmenin ifa edilmemesinden elde edeceği tazminattan daha az bir ceza koşulu elde etmeye hak etmiş sayılamaz.<sup>65</sup> Hatta bu zarar cezadan fazla ise indirim yoluna gidilmemelidir. Borçlunun kusurunun ağırlığı derecesi, ceza koşulunu ödemesine karşılık sigorta gibi bir karşılık elde edip etmediği,<sup>66</sup> alacaklının ortak kusuru, son olarak tarafların karşılıklı ekonomik durumları yargıcın indirimde başvuracağı kıstaslardır.

Cezanın indirimi için borçlunun istemi gerekli değildir. Yargıç bu durumu resen gözetecektir. Borçlunun ceza koşulunu ödemiş olduğu durumlarda Eğer ödemişse, esasen indirim istemiyor demektir. Ceza koşulunun fahiş olmadığını alacaklı ispat eder.

Ticari işlerde ceza koşulunun indirilmesi kabul edilmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesine göre "Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Öğretide genel olarak kabul edildiği gibi tacirin her işinde değil ticari işleriyle ilgili olarak cezanın indirilmesini isteyemeyeceği belirtilmektedir. Bu bağlamda tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak yaptığı bir iş sözleşmesi tacir bakımından ticari bir iştir ve burada da tacirin cezai şartın tenkisini isteyememesi ama işçinin isteyebilmesi gerekir. Ticari iş olarak kabul edilen bir borç ilişkisinde de borçlu olan kişi

<sup>64</sup> BGE 21 645.

<sup>65</sup> Bkz. **Schoch**, Begriff der Konventionalstrafe, s. 66.

<sup>66</sup> BGE 42 II 148.

tacir sıfatını taşııyorsa TTK m. 22 uygulanmayacak ve ceza koşulu tutarının indirilmesi istenebilecektir. Buna karşılık tacir, iş ticari nitelikte olsa bile ceza koşulunun ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Ticaret Kanununun 22. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle cezayı ödeyecek kişinin ticari işletmesi gereği borç yüklenen bir tacir olması ve bir sözleşme ile ceza koşulunun öngörölmüş olması gerekir<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Bu konuda bkz. **Başbuğ**, Aydın, Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, Kamu-İş; C. 7, S. 2/2003 özellikle s. 13 vd.; **Battal**, Ahmet, Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? BATİDER, C. XX, S. 2, Aralık 1999.