

Özel Hukuk Cezası Kavramı ve Ceza Hukukunun Genel İlkelerinin Özel Hukuk Cezalarına Uygulanabilirliği

The Concept of Private Law Punishment and the Applicability of the General Principles of Criminal Law

Işık ÖNAY* , Orcan OK** 

ÖZ

Bu çalışmada ilk olarak, bir normun özel hukuk cezası içerdiği sonucuna varabilmek için normdaki yaptırımın ne gibi özelliklere sahip olması gerektiği sorgulanmaktadır. Yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğunun kabulü için aranacak ölçütler bu çalışmada şu şekilde tespit edilmiştir: ilgili özel hukuk yaptırımının malvarlığına ilişkin olması, yaptırımın cezalandırma amacı taşıması, cezalandırma amacından daha baskın başka bir amacın mevcut olmaması ve yaptırımın kanun koyucu tarafından taraf iradelerinden bağımsız olarak öngörülmüş olması. Cezalandırma amacından söz edebilmek için tespit edilmesi gereken en önemli özellik hükmün bireylerin davranışlarını yönlendirmek suretiyle onları belli davranışlardan caydırmayı hedeflemesidir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde bu ölçütler Türk hukukunda özel hukuk cezası olup olmadığı tartışılacak çeşitli hükümlere uygulanmıştır. Bu ölçütler ışığında öğretilerde özel hukuk cezası olduğu savunulan bazı hükümlerin aslında cezai nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır. Son olarak özel hukuk cezalarına ceza hukukunun genel prensiplerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu üzerinde durulmuştur. Bu soruya prensip olarak olumlu yanıt verilmiş ve kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* ilkeleri bakımından bu yaklaşımın doğuracağı sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk Cezası, Medeni Ceza, Cezalandırma Amacı, Ceza Hukukunun Genel İlkeleri, Kanunilik İlkesi, Kusur İlkesi, Cezaların Şahsiliği İlkesi, *Ne Bis In Idem*.

ABSTRACT

This paper firstly establishes the criteria for a private law sanction to be classified as a private law punishment. These criteria are as follows: there should be an economic sanction, the sanction should have a punitive purpose, it should not have any other purpose that is more dominant than the punishment, and it should be stipulated by the lawmaker independent of the will of the parties. The purpose of punishment requires, most importantly, the sanction to focus on deterrence by channeling the behavior of individuals. When these criteria are applied to various norms in Turkish private law that could be controversial in terms of their punitive character, it is concluded that some of the norms that are argued to be private law punishments in the doctrine are in fact not of punitive character. Lastly, the question of whether the general principles of criminal law should apply to private law punishments is, in principle, answered affirmatively. Principles of legality, fault-based criminal liability, individual criminal responsibility, and *ne bis in idem* are analyzed more closely with a focus on their legal consequences in terms of private law punishments identified in this article.

Keywords: Private Law Punishment, Civil Punishment, Punitive Purpose, General Principles of Criminal Law, Principle of Legality, Principle of Fault-Based Criminal Liability, Principle of Individual Criminal Liability, *Ne Bis In Idem*.

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Dr. Öğr. Üyesi), isikonay@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1332-7083.

** Ar. Gör., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, orcanok96@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8382-2058.

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Özel hukuk yaptırımları, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, genellikle denkleştirme amacından yola çıksa da modern hukuk sistemlerinde hiç de azımsanmayacak sayıda yaptırımın, kişileri bazı davranışlardan caydırmayı amaçladığı görülmektedir. Türk hukukunda da bu nitelikte birçok özel hukuk yaptırımı bulunmaktadır. Bu tür yaptırımların hangileri gerçekten ceza niteliğindedir?

Türk hukuk yazınında birçok yaptırımın özel hukuk cezası, medeni hukuk cezası, medeni ceza olarak nitelendiği görülmektedir. Buna karşılık bu kavramların tam olarak ne anlama geldiği ve bir normun özel hukuk cezası olarak nitelendirilebilmesi için hangi ölçütler ışığında bir değerlendirilme yapılması gerektiği meselesi üzerinde durulan çalışmaların sayısı çok fazla değildir. Bu çalışmaların birçoğunda da mesele bir Anglosakson hukuku kurumu olan *punitive damages* bağlamında ele alınmaktadır.

Bu çalışmada iki temel soruya cevap aranmaktadır. Birincisi, bir yaptırımın özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılırken hangi ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir? İkincisi, bir yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varıldığı takdirde bunun ne gibi pratik sonuçları olur? Özellikle ceza hukukunun genel ilkeleri bu yaptırımlar bakımından uygulanabilir mi?

Belirtmek gerekir ki bu soruların tüm boyutlarıyla cevaplanması makale biçimindeki bir çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Nitekim konu İsviçre’de bir doçentlik tezi kapsamında ele alınmıştır.¹ Bu nedenle çalışma iki açıdan sınırlanmıştır. Birincisi, mevzuatta özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi olası olan tüm hükümler değerlendirilmemiş, çoğunluğu Türk Medeni Kanunu (TMK)² ve Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK)³ yer alan bazı hükümlerin değerlendirilmesi ile yetinilmiştir. İkincisi, özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılan hükümler bakımından ceza hukukunun genel ilkelerinin uygulanabilirliği sorunu yalnızca dört ilke bağlamında incelenmiştir: kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem*.

Makalede öncelikle, özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi amacıyla sınırlı olarak, ceza hukukunun işlevi, cezanın amacı ve ceza kavramına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bunun ardından cezai nitelikteki normların özel hukukta yeri olup olmayacağına ilişkin tartışmaya değinilmiş, bu tür hükümlerin olası faydaları ve (ceza hukuku anlamında) cezadan farkları açıklanmıştır. Bu açıklamalardan sonra özel hukuk cezasının unsurlarına ilişkin yaklaşımımız ve benimsediğimiz ölçütler ortaya konmuştur. Bir sonraki bölümde ise Türk hukukundaki, tüketici olmayacak şekilde, çeşitli münferit hükümlerin özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadıkları incelenmiştir. Son olarak, ceza hukukunun genel prensiplerinin özel hukuk cezalarına uygulanabilirliği ve bazı spesifik ilkeler bakımından bunun sonuçları üzerinde durulmuştur.

1 Reto Heizmann, *Strafe im schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli 2015). Bu çalışmada ortaya konulan fikirlerin ortaya çıkışında, anılan monografi, özellikle konuya yaklaşım tarzı bakımından etkili olmuştur. Bununla birlikte çalışmada ulaşılan sonuçlar bazı önemli noktalarda yazarın vardığı sonuçlardan ayrılmaktadır.

2 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

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

II. ÖZEL HUKUK CEZASI KAVRAMI

A. TERMİNOLOJİ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan yaptırımları nitelemek üzere öğretide ve mahkeme kararlarında birden fazla kavramın kullanıldığı ve bu kavramların içeriğinin farklı yazarlarca farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir.

Yargıtay kararlarının çoğunluğunda⁴ ve bazı eserlerde⁵ “medeni ceza” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Öğretide yaygın olarak kullanılan diğer kavramlar arasında “özel hukuk cezası”⁶ ve “medeni hukuk cezası”⁷ sayılabilir. Bu çalışmada kavramı daha iyi ifade ettiği için “özel hukuk cezası” ifadesi tercih edilmektedir.

Terminoloji bakımından değinilmesi gereken bir diğer mesele de “cezalandırıcı tazminat” kavramının kullanımudur. Bazı eserlerde bu kavram Anglosakson hukukundaki *punitive damages* kavramını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.⁸ Bazı eserlerde ise aynı kavramın mağdurun zarara uğradığı durumlarda failin zararı aşan bir miktarda para ödemesi yaptırımını içeren, cezalandırıcı amaç taşıyan hükümleri nitelemek için kullanıldığı görülmektedir.⁹ Öncelikle belirtmek gerekir ki bu kavramı “tazminat” olarak nitelendirmek yerinde değildir. “Tazminat” kelimesi “zarar karşılığı ödenen para” anlamına gelmektedir.¹⁰ Oysaki bu tür yaptırımların (elbette zararı aşan kısmının) amacının zarar giderimi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.¹¹ Bu çalışmada savunulan görüşe göre, cezalandırıcı tazminat kavramı terminolojik açıdan uygun olmadığı gibi “özel hukuk cezası”nın bir alt kavramı olarak böyle bir kavram kullanımının bir faydası da bulunmamaktadır.

4 Örneğin Yargıtay HGK, E 2017/6 K 2019/85, 07.02.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

5 Örneğin Aylin Hekim ve Mikail Bora Kaplan, ‘Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması’ iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku: Seminerler - Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 165-188; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020) para 131.3; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat*, (Yetkin 2013); İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015).

6 Rona Serozan, B İlkay Engin ve Yeşim M Atamer, *Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022) 481; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm / İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (8. Bası, On İki Levha 2022) §8 para 10b; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021) 1044; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. Bası, Seçkin 2019) para 2349; Fulya Eriş, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, On İki Levha 2021) 70-72; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (2. Bası, On İki Levha 2023) 170 vd; Tuğçe Oral ve Eylem Baş, ‘Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası’ (2023) Yıl 14, Sayı 53, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 475-578.

7 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* (2. Bası, Vedat 2015) 45; M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (16. Bası, Vedat 2021) para 111, 348; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası, Vedat 2013) 157; Antalya, *Cilt V/1, 2* (n 6) para 2349.

8 Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2013); Hekim ve Kaplan (n 5) 165 vd.

9 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044 (yazar bu kavramdan bahsedebilmek için zararın varlığını da aramaktadır); Baş Süzel (n 6) 170; Oral ve Baş (n 6) 516 vd.

10 Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük <http://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

11 Ancak krş Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG: 14.02.2011/27846 (TTK), madde 1256/V.

B. CEZA HUKUKUNUN İŞLEVİ, CEZANIN AMACI VE CEZA KAVRAMI

Özel hukuk cezası kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle ceza hukukunun işlevinin, cezanın amacının ve ceza kavramının açıklanması gerekir. Zira “özel hukuk cezası” olarak nitelenen yaptırımların amacı, özel hukukta güdülen tipik amaçlardan sapmaktadır ve bu açıdan özel hukuk cezasının, özel hukukta bir anomali niteliğinde olduğu söylenebilir.¹² Anılan yaptırımların özel hukuka yabancılaşmasının nedeni ceza hukukuna yaklaşımlarıdır. İşte bu nedenle de hangi normların özel hukuk cezası içerdiğinin tespitinde ceza kavramının ve özellikle cezanın amacının dikkate alınması kaçınılmazdır.

1. Ceza Hukukunun İşlevi

Hukuk düzeninin temel amacının bazı değerleri korumak olduğu söylenebilir. Hukuk düzenince korunan (veya en azından korunması gereken) değerler (Alm. *Rechtsgut*),¹³ kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirmesi, temel hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi ve bu gayeler üzerine kurulmuş bir devlet sisteminin tesisi için gerekli olan değerlerdir.¹⁴ Bu değerlerin korunmasına hizmet eden hukuk disiplinlerinden biri de ceza hukukudur. Dolayısıyla ceza hukukunun temel işlevi (*Aufgabe des Strafrechts*) anılan değerlerin korunmasıdır.¹⁵

Ceza hukuku bu işlev doğrultusunda “ceza yaptırımının uygulanmasını gerektiren hukuki ihlallerin ... nelerden ibaret olduğunu, bu ihlallere ve bu ihlalleri gerçekleştirenlere yani suçluya karşı devletin tepkisini belirten kuralları ve ilkeleri gösteren hukuk dalıdır”.¹⁶

2. Cezanın Amacı

a. Genel Olarak

Devletin cezalandırma yetkisi, ancak yukarıda açıklanan işleve hizmet ettiği ölçüde mevcut olmalıdır. Bu işlevi yerine getirmek için cezanın nasıl bir etki doğurması gerektiği, bir başka deyişle cezanın amacının ne olması gerektiği¹⁷ oldukça tartışmalı bir konudur ve bu konuda birçok görüş ileri sürülmüştür.

12 Serozan, *Yöntem* (n 7) 45: ‘... Medeni Hukukta ceza kural dışıdır; “medeni hukuk cezaları” ile pek ender karşılaşılır.’; Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 111 dn 92: ‘... özel hukuk sorumluluğunda amaç, hukuka aykırı davranışı cezalandırmak değil, mağdurun zararını gidermektir’.

13 Kavrama ilişkin tartışmalar ve farklı tanımlar için bkz Claus Roxin and Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bası, Beck 2020) §2, para 2-6.

14 Roxin and Greco (n 13) §2 para 7. Anayasa’nın başlangıç kısmında da “(h)er Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmektedir.

15 Roxin and Greco (n 13) §2 para 7; Heizmann (n 1) para 27. Türk öğretisinde de bu yaklaşım yaygındır (bkz Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası, Adalet 2019) 30 ve dn 19’da anılan yazarlar). Ceza hukukunun işlevinin hukuksal değerlerin korunması olduğu yönünde İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2018) 50.

16 Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I* (14. Bası, Der 2016) para 7.

17 Ceza hukukunun işlevi ile cezanın amacı iki ayrı mesele olup birbirlerinden ayrılmalıdır (Roxin and Greco (n 13) §3 para 1; Heizmann (n 1) para 35).

Mutlak teori(ler) başlığı altında toplanan görüşlere göre ceza ile güdülen amaç, herhangi bir sosyal yarar sağlamak olmayıp¹⁸ bir suç işlendiğinde cezanın uygulanmasından ibarettir (*punitur quia peccatum est*).¹⁹ Bu yaklaşıma göre suçlunun cezalandırılması adaletin gereğidir; haksızlığa yol açan kişi bunun kefarecini ödemelidir.²⁰

Nispi teori(ler) başlığı altında toplanan görüşlere göre ise cezanın temel amacı suç işlenmesinin önlenmesidir. Cezanın uygulanması sayesinde hem yaptırım uygulanan fail rehabilite (ıslah) ve resosyalize edilerek (yeniden topluma kazandırılarak) ileride onun suç işlenmesinin önüne geçilmiş olur (özel önleme teorisi)²¹ hem de toplumun geri kalanında hukuk düzeninin getirdiği yasaklar ve bunlara aykırı davranmanın sonuçları konusunda farkındalık yaratılarak potansiyel suçluların suç işlemesi engellenmiş olur (genel önleme teorisi)²².

Anılan teorilerin her biri tek başına değerlendirildiğinde çeşitli açılardan eleştiriye açıktır.²³ Bu nedenle cezanın amacını açıklarken bu teorilerdeki amaçları birlikte ele alan karma (bağdaştırıcı) görüşler de ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımı benimseyen yazarlardan bazıları, kefarete, özel önleme ve genel önleme amaçlarını eşit önemde amaçlar olarak değerlendirirler.²⁴ *Roxin/Greco* ise bu yaklaşımın ilgili teorilere yönelik eleştirileri bertaraf etmediğini, bilâkis bu eleştirileri katmerli hâle getirdiğini ifade etmektedirler.²⁵ Bu yazarlara göre kefarete amacı tamamen terk edilmeli,²⁶ cezanın amacı açıklanırken çıkış noktası her zaman önleyicilik olmalıdır.²⁷ Yazarlar, genel ve özel önleme teorilerinin birlikte uygulanması durumunda hâlâ geçerli olabilecek eleştirilere karşı da kusur ilkesinin cezanın sınırını teşkil edecek şekilde benimsenmesini önermektedirler.²⁸ Böylece ceza, hem topluma hem de yaptırıma maruz kalan bireye karşı meşru kılınmış olur: Cezanın önleyiciliğinin getirdiği fayda cezayı topluma karşı meşru kılarken, kusur ilkesinin benimsenmesiyle cezanın birey bakımından hak edilmiş olması sağlanır.²⁹

18 Roxin and Greco (n 13) §3 para 2.

19 Nur Centel, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi', *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 337, 337; Henrich Honsell, 'Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus' in Lutz Aderhold and others (eds), *Festschrift für Harm Peter Westermann* (Dr. Otto Schmidt 2008) 315, 317; Heizmann (n 1) para 36.

20 Roxin and Greco (n 13) §3 para 2; Heizmann (n 1) para 36; Fatma Karakaş Doğan, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (Legal 2010) 41-42.

21 Roxin and Greco (n 13) §3 para 11 vd.; Centel (n 19) 340 vd.; Karakaş Doğan (n 20) 46-47.

22 Roxin and Greco (n 13) §3 para vd.; Centel (n 19) 345 vd.; Karakaş Doğan (n 20) 44-46.

23 Genel önleme teorisinin eleştirisi hakkında bkz Centel (n 19) 346 vd.; özel önleme teorisinin eleştirisi hakkında bkz Centel, 341 vd.; mutlak teorilerin eleştirisi hakkında bkz Centel (n 19) 338 vd.

24 Bu yaklaşım hakkında bkz Roxin and Greco (n 13) §3 para 33 vd.; Centel (n 19) 348; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019) 575.

25 Roxin and Greco (n 13) §3 para 35.

26 ibid §3 para 44 vd.

27 ibid §3 para 37 vd.

28 ibid §3 para 51 vd.

29 ibid §3 para 51a vd.

b. Türk Ceza Kanunu Bağlamında

Yürürlükteki hukukumuz bakımından Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)³⁰ amacına ilişkin düzenlemenin de yukarıda açıklanan nispi teorilerin benimsediği yaklaşımı yansıttığı söylenebilir: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.” (TCK 1, c.1) Görüldüğü üzere, kanun koyucu kanunun amacını tanımlarken önleme işlevini ön plana çıkarmaktadır.³¹ Öğretide de birçok yazarın ceza hukukuna ilişkin genel açıklamalar yaparken (özel ve genel) önleme amacını vurguladığı görülmektedir.³² Yargıtay³³ ve Anayasa Mahkemesinin³⁴ (AYM) de bazı kararlarında önleme amacını ön planda tuttuğu görülmektedir. Kusursuz ceza olamayacağını (*nulla poena sine culpa*) ifade eden kusur ilkesi ise kanunda açık bir dayanağı olmamasına rağmen³⁵

30 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

31 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020) 552.

32 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75) (5. Bası, Beta 2015) 6; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021) 49-50; Akbulut (n 15) 31 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2017) 2; cezanın birincil amacının kefaret olduğu yönünde Özgenç (n 15) 34; ayrıca “cezanın asıl amacının -kural olarak- müsbet anlamda özel önleme olduğu” yönünde bkz Özgenç (n 15) 35 dn 63, ayrıca bkz Özgenç (n 15) 699. Farklı görüşte Sururi Aktaş, ‘Cezalandırmanın Amacı Üzerine’ (2009) XIII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 25; Pırali Çağrı Şensoy, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler* (Yetkin 2021) 98-102.

33 Yargıtay CGK, E 2013/789 K 2014/56, 11.02.2014: “Geçerli bulunan hukuk kurallarına göre ... cezanın amacı başlangıçta kefaret (ödetme) anlayışına dönük iken, zaman içerisinde bu anlayıştan vazgeçilerek hükümlünün ıslahı ve topluma kazandırılması hedeflenmiştir. 5275 sayılı Kanununun 3. maddesinde de; ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir hayat biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu açıklanmıştır.” Aynı ifadelerin bulunduğu başka kararlar için bkz Yargıtay CGK, E 2013/816 K 2015/39, 10.03.2015; Yargıtay CGK, E 2014/180 K 2014/324, 10.06.2014. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin bir kararında ise cezanın amacına ilişkin teorilerle ilgili açıklamaların ardından şu ifadelere yer verilmiştir: “Yaptırımların amaç ve faydalarını açıklayan düşüncelerdeki ana fikir, cezanın kefaret olduğu gibi suç işlenmesini önleyici etki de yaptırdır. Suçun işlenmesiyle bozulan hukuk düzeninin yeniden tesis edilmesi için, bu düzenin hamisi olan suçluyu cezalandırır. Ceza, toplumun kendisini savunmak için başvurduğu bir önlemdir. Toplumdaki adalet duygusunun tatmin edilmesi gereklidir. Adalet ise; suç teşkil eden hareketin bir ceza ile karşılanması gerektirir.” (Yargıtay 16 CD, E 2015/5829 K 2016/4175, 21.06.2016). Bu kararda mutlak ve nispi teoriler arasında bir hiyerarşi gözetilmeksizin karma teorinin benimsendiği görülmektedir. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

34 Anayasa Mahkemesi, E 2012/78 K 2012/111, 12.09.2012: “... hukuk devletinde, ceza hukuku kurallarının, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.” Ahmet Necdet Sezer, AYM'nin 15.08.1995 tarihli ve 21/36 sayılı kararında kaleme aldığı karşı oy yazısında şu ifadeleri kullanmıştır: “Cezanın amacı, suçları önlemektir. Cezanın önleyici etkisini sağlayabilmesi, kişilerin suç işleme ne gibi ceza yaptırımı ile karşılanabileceğini önceden bilmeleri ile olanaklıdır...” Bu ifadeler, AYM'nin daha ileri tarihli kararlarında alıntılanmıştır (Anayasa Mahkemesi, E 2007/14 K 2009/48, 12.03.2009; Anayasa Mahkemesi, E 2001/3 K 2005/4, 06.01.2005). Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

35 TCK'nın bazı hükümlerinde (TCK 22/IV-V; TCK 40; TCK 61/I) kusur ilkesinin izlerine rastlanmaktadır (Zafer (n 32) 48). Hemen belirtmek gerekir ki TCK 21/I ve TCK 22/Id'e suçun oluşmasının kural olarak kastın varlığına bağlanmış olması ve taksirle işlenen fiillerin yalnızca kanunun açıkça belirttiği durumlarda cezalandırılabilmesinin ifade edilmesi, ilk bakışta (özellikle özel hukukcular nezdinde) kusur ilkesinin açıkça benimsendiği izlenimini uyandırabilir. Ancak günümüzde hâkim olan ceza hukuku öğretisinde kast ve taksir, kusurun türleri olarak görülmemekte, suçun manevi unsurları olarak nitelendirilmektedir (19. yüzyılda hâkim olan klasik suç teorisinin, 20. yüzyılın başından itibaren değişimi hakkında özet bilgi için Roxin and Greco (n 13) §19, para 10 vd. Daha kapsamlı bilgi için bkz Hans Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre* (Schweitzer 1974) [Roxin and Greco (n 13) §19, para 10'dan naklen]).

öğretide kabul edilmektedir.³⁶

3. Ceza Kavramı

a. Genel Olarak

Kanun cezayı “suç karşılığında uygulanan yaptırım” olarak tanımlamakta ve biri özgürlüğü bağlayıcı nitelikte (hapis cezası), diğeri malvarlığına yönelik (adli para cezası) iki ceza türü düzenlemektedir (TCK 45). Ceza, devletin yargı organları tarafından, ceza hukuku kurallarına dayanarak ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar çerçevesinde uygulanan bir yaptırım³⁷ olarak tanımlanabilir. Ancak bu tanım son tahlilde şekli bir tanımdır. Yalnızca bu tanımın benimsenmesi ne tür bir yaptırımın cezai nitelikte olduğunun devlet tarafından belirlenebileceği anlamına gelir.³⁸ Bu nedenle maddi bir ceza kavramına da ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir. Ceza olarak nitelenecek yaptırım ne gibi özelliklere sahiptir ki bu yaptırımın uygulanması için belirli kurallara tabi bir yargılama gerekmekte ve bu yaptırımın özel olarak meşru kılınması ihtiyacı doğmaktadır?

Roxin/Greco bu soruya cevap verirken öğretilerdeki klasik yaklaşım ile modern yaklaşımı mezcetmektedirler. Yazarlara göre cezanın birinci özelliği, klasik yaklaşıma uygun olarak, özel ağırlıkta bir yaptırım³⁹ içermesidir; bu yaptırım kişinin insan olması nedeniyle, doğuştan sahip olduğu haklara (yaşama hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği (Anayasa⁴⁰ (AY) 17, 19)) yöneliktir.⁴¹ Esasen sonradan kazanılan bir hak olan (AY 35 anlamında) mülkiyet hakkına yönelik olan adli para cezası ise özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebilme ihtimali (TCK 52/IV) nedeniyle “ceza” niteliğinde görülmektedir.⁴²

Yazarlar cezanın ikinci özelliği olarak da yaptırma maruz tutulan kişinin, sosyal açıdan yüksek ölçüde zararlı davranışı nedeniyle kınanıyor olmasını göstermektedirler. Son yıllarda ağırlık kazandığı ifade edilen bu yaklaşıma göre cezai yaptırımın fiili sonuçlarından ziyade, verdiği mesaj özellik arz etmektedir.⁴³

b. AİHS 6 Bağlamında

Şekli tanıma göre ceza niteliğinde olmayan bir yaptırımın maddi anlamda ceza niteliğinde olup olmadığı belirlenmesinde, yürürlükteki hukuk bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

36 Özgenç (n 15) 698 vd. İlkenin hukuk devletinin bir gereği olduğu yönünde Zafer (n 32) 47-49. TCK 4’ün gerekçesinde de “Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesi”nden bahsedilmektedir.

37 Söz konusu yaptırımın, yaptırma maruz kalan kişi bakımından olumsuz (zararlı, tatsız) sonuçlar doğuran nitelikte olduğu (Hakeri (n 32) 667), hatta klasik suç teorisi uyarınca kötülük (*Übel*) olarak nitelenebileceği (Roxin and Greco (n 13) §2 para 1d) ifade edilmektedir. Cezanın günümüzde bir kötülük olarak düşünülmemesi gerektiği yönünde Özgenç (n 15) 697, dn 3.

38 Roxin and Greco (n 13) §2 para 1b.

39 Yazarlar bu yaptırımı, klasik yaklaşım çerçevesinde kötülük (*Übel*) olarak niteliyorlar (bkz yuk dn 37).

40 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

41 Roxin and Greco (n 13) §2 para 1f.

42 ibid §2 para 1g.

43 ibid §2 para 1e; Heizmann (n 1) para 34.

(AİHS) 6'yı da değerlendirmek gerekir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS 6'nın ilk fıkrasında "medeni hak ve yükümlülükler" ile ilgili uyuşmazlıklar⁴⁴ ile "cezai alanda ... yöneltilen suçlamalar"ın ikisini de kapsayan bir düzenleme bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü fıkralarda ise "bir suç ile itham edilen herkes"e yönelik korumalar getirilmiştir.⁴⁵ Bu nedenle AİHS 6'nın biri medeni, diğeri cezai olmak üzere iki ayağı olduğundan bahsedilmekte⁴⁶ (*civil limb, criminal limb*) ve adil yargılanmaya ilişkin koşulların hükmün cezai ayağı bakımından daha sıkı olduğu⁴⁷ ifade edilmektedir. Bu açıklamalar gösteriyor ki ceza kavramına ilişkin maddi bir tanım benimsenmesi AİHS 6 uygulaması bakımından önemlidir. Nitekim bu kavramın AİHS bakımından otonom (özerk) bir tanımı olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸ Böylece bir yaptırımın ulusal hukukta ceza olarak sınıflandırılmaması, o yaptırım bakımından AİHS 6'nın masumiyet karinesine ilişkin ikinci ve diğer usuli güvencelere ilişkin üçüncü fıkralarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Aksinin kabulü devletlere hangi yaptırımlar bakımından AİHS 6 II-III'te öngörülen güvencelerin uygulanacağı konusunda mutlak bir takdir yetkisi vermek anlamına gelir ki, bu durum AİHS'nin amacıyla bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir.⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına göre bir yaptırımın AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken, mahkemenin 1976 yılında verdiği *Engel* kararında⁵⁰ benimsediği üç ölçüt dikkate alınmalıdır. Buna göre ilk olarak söz konusu yaptırımın ulusal hukuktaki tasnifine bakılır. Şayet ulusal hukuk yaptırımı cezai olarak sınıflandırmışsa diğer aşamalara geçilmeksizin AİHS 6 cezai ayağıyla uygulanır.⁵¹

Ulusal hukukun bir yaptırımı cezai olarak sınıflandırmadığı durumlarda bile *Engel* kararında benimsenen diğer iki ölçüt uyarınca yaptırımın cezai nitelikte olduğu sonucuna varılabilir. Söz konusu iki ölçüt, 1) yaptırıma tabi tutulan davranışın ve yaptırımı düzenleyen normun niteliğine⁵² ve 2) bu davranışta bulunan kişinin göze aldığı yaptırımın ağırlığına ilişkindir. Çalışma konumuz bakımından önem arz eden ölçütler, anılan bu iki ölçüttür. Zira "özel hukuk cezaları" şekli olarak cezai nitelikte olmayan yani ulusal hukukta yapılan sınıflandırmaya göre bir özel hukuk yaptırımı olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Bu iki ölçütün mutlaka kümülatif olarak uygulanmadığı, bunlardan birinin yerine geldiği durumlarda ilgili normun/yaptırımın AİHS 6'nın cezai ayağı kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.⁵³

44 Bu uyuşmazlıklar hukuk yargılaması (medeni yargı) ve idari yargıda görülen uyuşmazlıklardır (William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary* (OUP 2015) 270).

45 AİHS 7'de düzenlenen kanunilik ilkesi de yalnızca "cezalar" bakımından uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır.

46 Heizmann (n 1) para 62.

47 Guide on Article 6 (criminal limb), para 5.

48 Guide on Article 6 (criminal limb), para 15.

49 Guide on Article 6 (criminal limb), para 21.

50 *Engel and Others v The Netherlands* App no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (ECtHR, 8 June 1976).

51 Guide on Article 6 (criminal limb), para 24.

52 Ölçüt genellikle kısaca yaptırıma tabi davranışın niteliği (*nature of the offence*) olarak anılmaktadır. Ancak bu ölçüt kapsamında yapılan değerlendirmelerde yaptırımı düzenleyen normun niteliğinin de dikkate alındığı görüldüğünden daha geniş bir ifade kullanılmıştır.

53 Guide on Article 6 (criminal limb), para 27; Schabas (n 44) 277.

AİHS 6'nın cezai ayağına ilişkin rehberine göre, AİHM içtihadında, yaptırıma tabi davranışın ve buna ilişkin normun niteliği ölçütü bakımından göz önünde tutulması gereken birçok etmen tespit etmek mümkündür.⁵⁴ Bunların biri, söz konusu normun düzenlediği davranış kuralının belirli bir gruba yönelik mi yoksa genele yönelik mi olduğudur. Normda düzenlenen davranış kuralının genele yönelik olması yaptırımın cezai niteliği lehine bir emare olarak değerlendirilebilir.⁵⁵ İkinci olarak, norma aykırılık durumunda işletilen sürecin, kanundan kaynaklanan infaz yetkisine sahip bir kamu kurumu tarafından işletilip işletilmediğidir. Bunlara ek olarak; söz konusu normun cezalandırıcı ve caydırıcı bir amacı olup olmadığı, normun koruma amacının genellikle ceza hukuku tarafından korunan toplumun genel menfaatlerine ilişkin olup olmadığı, yaptırımın uygulanması için kusur aranıp aranmadığı ve son olarak da muadil süreçlerin diğer Avrupa Konseyi üyesi devletlerde nasıl sınıflandırıldığı da dikkate alınmaktadır.⁵⁶ Belirtmek gerekir ki bu ölçüt uyarınca bir yaptırımın cezai nitelikte olduğu sonucuna varılabilmesi için sayılan etmenlerin tamamının sağlanıyor olması şart değildir.

Yaptırımın ağırlığına ilişkin üçüncü ölçüt bakımından, yaptırımın cezai nitelikte olacak kadar ağır olup olmadığı değerlendirilirken, normun ihlali nedeniyle uygulanması muhtemel en yüksek ceza dikkate alınır.⁵⁷ Normda özgürlüğü bağlayıcı bir yaptırım düzenlenmiyor olmasının tek başına belirleyici olamayacağı ifade edilmektedir.⁵⁸ Yüksek tutarda para ödenmesine ilişkin bir yaptırım (özgürlüğü bağlayıcı yaptırıma dönüşme bile) ceza niteliğinde görülebilmektedir.⁵⁹ Bununla birlikte para cezasının (tutarı yüksek olmasa da) özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebildiği durumlarda hükmün cezai niteliği daha kolay kabul edilmektedir.⁶⁰ Ayrıca para ödenmesine ilişkin yaptırımın tutarı yüksek olmasa bile, şayet ikinci ölçüt (yaptırıma tabi tutulan davranışın ve yaptırımı düzenleyen normun niteliği) cezai niteliği açıkça gösteriyorsa bu durum yaptırımın ceza niteliğinde olmasına engel olmaz.⁶¹

Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM içtihadında yararlanılan *Engel* ölçütleri, esas olarak disiplin yaptırımlarını ve idari yaptırımları cezai yaptırımlardan ayırmak amacıyla kullanılmaktadır.⁶² Bu çalışma kapsamında, AİHM içtihadında bir özel hukuk normunun AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığına dair bir değerlendirme tespit edilememiştir. Bununla birlikte yukarıda açıklanan ölçütler, hangi özel hukuk normlarının “özel hukuk cezası” niteliğinde olduğunun tespiti konusunda belirli ölçüde yol gösterici olabilir.

54 Guide on Article 6 (criminal limb), para 25.

55 Heizmann (n 1) para 72.

56 Guide on Article 6 (criminal limb), para 25; Schabas (n 44) 277.

57 Guide on Article 6 (criminal limb), para 26; Schabas (n 44) 278.

58 Guide on Article 6 (criminal limb), para 27.

59 Heizmann (n 1) para 77.

60 AİHM'nin 500 İsviçre Frangı tutarında ödeme yapılmasına ilişkin yaptırımı, özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşebilme ihtimaline binaen cezai nitelikte gördüğü bir kararı için bkz *Weber v Switzerland* App no 11034/84 (ECtHR, 22 May 1990).

61 Schabas (n 44) 278.

62 Schabas (n 44) 282-284.

C. CEZAI NİTELİKTEKİ KURALLARIN ÖZEL HUKUKTAKİ YERİ VE AMACI

Cezanın amacı ile ilgili tartışmalarla bağlantılı olarak özel hukukta cezai nitelik taşıyan hükümlerin yer alıp alamayacağına ilişkin görüşler iki kutupta toplanmaktadır. Özel hukuk cezası kavramına oldukça katı yaklaşan görüşe göre özel hukuk cezalandırma amacı gütmeyen ve cezai nitelikte olduğu söylenebilecek az sayıdaki hüküm de tabiri caizse arkaiktir.⁶³ Özel hukukun cezai nitelik taşıyan hükümler öngörerek belirli davranışları caydırabileceğini ya da kişileri belirli davranışlara yönlendirebileceğini savunarak özel hukuk cezası kavramına daha ılımlı yaklaşan görüşe göre ise özel hukuk cezası kavramını tamamen reddetmemek ve olası faydalarını göz önünde tutmak gerekir.⁶⁴ Aşağıda her iki görüşün ileri sürdüğü argümanlar ve birbirlerine yönelttikleri eleştiriler ele alınacaktır.

1. Cezanın Özel Hukukta Yeri Olamayacağını Savunan Görüşler ve Bu Görüşlere Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Özel hukuk cezasının genel olarak hukuk düzenine ve ayrıca özel hukukun kendi içerisindeki sistemine aykırı olmadığını savunan görüşlere geçmeden önce, özel hukukun cezalandırıcı amaçlar gütmesine karşı çıkan görüşleri ve bu görüşlerin ileri sürdüğü argümanlara karşı öğretilerde verilen cevapları açıklamak faydalı olacaktır. *Weinrib*'e göre özel hukuk, ne sorumluluk kavramıyla bir araya getirdiği hukuki ilişkinin taraflarıyla birbirinden bağımsız olarak ilgilenir, ne de bir bütün olarak bu ilişkinin dışında kalan toplumun çıkarlarını gözetir. Özel hukuk daha ziyade iki taraflı sorumluluk ilişkisinin kendisine odaklanır.⁶⁵ Bu sebeple, yazarın benimsediği düzeltici adalet (*corrective justice*) anlayışına göre özel hukuk yaptırımları yalnızca faile ya da mağdura odaklanmamakta, her ikisini birden bir bütün olarak dikkate almaktadır.⁶⁶ Ceza ise niteliği gereği asıl olarak faili odağına almaktadır. Bu sebeple cezai nitelikli yaptırımlar özel hukukun doğasına aykırıdır. Özel hukuk yaptırımları daha ziyade bir davranışın olumsuz sonuçlarını telafi etmeyi amaçlar, bu davranışı cezalandırmayı değil.⁶⁷

Benzer şekilde *Honsell*'e göre özel hukukta ceza ya da önleme amacı taşıyan yaptırımlar amacı aşmaktadır, çünkü özel hukuk eşitler arasındaki ilişkileri düzenler ve kişilerin birbirini cezalandırma

63 Honsell (n 19) 320.

64 Heizmann (n 1) para 162-169; Allan Beever, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages' (2003) 23(1) Oxford Journal of Legal Studies 87, 109.

65 Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (OUP 2012) 1-2.

66 ibid 75-76. Benzer şekilde cezalandırıcı tazminatın (*punitive damages*) aslında failin salt mağdura karşı bir yükümünü ihlal ettiğinde değil, topluma karşı bir ödevin ihlal halinde uygulandığı, bu sebeple söz konusu yaptırımın iki kişi arasındaki ilişkiye odaklanmadığı ve özel hukukun yapısına aykırı olduğu yönünde: Beever, *Damages* (n 64) 108. *Beever*'a göre topluma karşı bir ödevin ihlali halinde cezanın kişisel olarak zarar gören kişi aracılığıyla uygulanması gerekmez, nitekim ceza hukukunda da durum böyledir. Bu sebeple ceza hukuku ve özel hukukun mantiki yapıları burada birbirinden ayrılmaktadır. *Weinrib* ise cezalandırıcı tazminatın önerdiği teoriyle çelişmediğini, bu yaptırımın kâr elde etme amacı güden faile karşı uygulandığını ve bu yüzden aslında bir tür menfaat devri olduğunu belirtmektedir (*Weinrib* (n 65) 135). Bu görüşe, cezalandırıcı tazminatın yalnızca failin kâr elde etme amacı güttüğü hallerde uygulanmadığı gerekçesiyle karşı çıkılmakta ve *Weinrib*'in teorisinin cezalandırıcı tazminatın varlığını açıklayamadığı belirtilmektedir: Wayne Courtney and James Goudkamp, 'Punishment and Private Law' in Elise Bant and others (eds), *Punishment and Private Law* (Hart 2021) 3, 5.

67 Weinrib (n 65) 135.

gücü yoktur. Özel hukukun temelinde *Weinrib*'in savunduğu gibi düzeltici adalet (*corrective justice*) fikri yatmaktadır. Ceza yaptırımları ise kamu hukukuna aittir ve ceza hukuku özel hukukun aksine eşit olmayanlar arasında bir hukuktur. Ceza hukukunda dağıtıcı adalet (*distributive justice*) anlayışı söz konusudur.⁶⁸

Bu görüşlere karşı olarak, özel hukukun hem faili hem de mağduru dikkate alan karşılıklı bir yapıya sahip olduğu kabul edilse bile, özel hukukun yalnızca tek tarafı dikkate alan birtakım amaçlar güdebileceği savunulmaktadır.⁶⁹ Nitekim hem ceza hukuku hem de özel hukuk kural olarak kusurlu davranışlara yaptırım uygulamaktadır ve bu türden davranışlara karşı benimsenen caydırıcılık ya da kefaret gibi amaçlar çerçevesinde faili temel alan yaptırımlar uygulanmasını özel hukuk hâkiminden esirgemek için bir sebebin olmadığı ileri sürülmektedir.⁷⁰

Genel bir prensip olarak özel hukukta cezalandırıcı normların yer almaması gerektiği görüşünü desteklemek için cezalandırıcı normların yol açtığı problemlere işaret edilmektedir. İlk olarak, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların genellikle mağduru zenginleştirdiği ve onun aslında hak etmediği bir menfaate kavuştuğu ileri sürülmektedir.⁷¹ Buna karşı olarak ise aslında bu argümanın cezai nitelikte bir özel hukuk yaptırımına karşı çıkmadığı, mağdurun zenginleşmesine karşı çıktığı belirtilmektedir.⁷² Ayrıca davacının en azından süreci başlatarak bir tür özel savcı gibi hareket ettiği ve bunu yapmaya teşvik edilmesi için kendisine bir menfaat sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁷³ Nitekim mağdur, failin cezalandırılması uğruna süreci başlatarak kendi kaynaklarını feda etmiştir ve en nihayetinde ödemenin birisine yapılması gerekmektedir. Böyle bir külfetin altına giren mağdurun adil olmayan bir şekilde zenginleştiğinin söylenemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁴

İkinci olarak, özel hukukta sorumluluk sigortaları oldukça yaygın olduğundan özel hukuk cezasının uygulandığı birçok ihtimalde aslında haksızlığa yol açan kişinin nihai olarak yaptırıma katlanmayacağı ve bunun cezalandırıcı adaletin mantığına ters olduğu belirtilmektedir.⁷⁵ Pratikte temel olarak cezalandırıcı tazminat için geçerli olan bu argümana karşı bu problemin sigorta hukukundaki sigortalanabilir menfaat kavramıyla çözülmesi gerektiği ileri sürülebilir.⁷⁶ Ayrıca özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların doğurduğu risklerin sigortalanabilir olması halinde dahi bu yaptırımların klasik özel hukuk yaptırımlarına kıyasla daha ağır olması sigorta primlerine de

68 Honsell (n 19) 335.

69 Courtney and Goudkamp (n 66) 5.

70 Gregory S. Pipe, 'Exemplary Damages after Camelford' (1994) 57(1) *The Modern Law Review* 91, 96.

71 Franz Bydliniski, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204(3/4) *Archiv für die civilistische Praxis* 309, 107.

72 Courtney and Goudkamp (n 66) 7.

73 *ibid* 7.

74 Pipe (n 70) 99.

75 Courtney and Goudkamp (n 66) 46.

76 Nitekim cezalandırıcı tazminatın mümkün olduğu Amerikan Birleşik Devletleri'nde eyaletlerin neredeyse yarısında cezalandırıcı tazminatın sigortalanamadığı belirtilmektedir. Bkz Ina Ebert 'Punitive Damages and Liability Insurance' in Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 213, para 7.

yansıyacak ve sigorta şirketleri söz konusu davranışları caydırmak için çeşitli önlemler alacaktır. Bu sebeplerle normun amaçladığı caydırma amacı dolaylı da olsa yine sağlanabilir.

Üçüncü olarak özel hukuk cezası aleyhine ileri sürülen bir diğer argüman ise özel hukuk cezasının ekonomik etkinliği düşürebileceğidir.⁷⁷ Özellikle cezalandırıcı tazminat bağlamında ileri sürülen bu argümana göre, alacaklının zararından fazla tazminata hak kazanabilmesine imkân tanıyan bir kuralın mevcudiyeti hâlinde sözleşmenin tarafları sözleşmeyi ekonomik etkinliğin gerektirdiğinden daha az ihlal edeceklerdir. Bunun sebebi şudur: Sözleşmenin ihlali halinde müspet zararın tazmin edilecek olması durumunda sözleşmeyi ihlal eden taraf, ihlalin mağdurunu sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma getirmektedir. Dolayısıyla borçlu ihlal kararını verirken mağdurun uğrayacağı zararı da dikkate almak zorunda kalmaktadır. Bu sebeple rasyonel bir borçlu, ancak ihlal sonucu elde edeceği fayda mağdurun zararından fazla ise sözleşmeyi ihlal edecektir. Bu durumda alacaklı sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmeyecek, borçlu ise ihlalde bulunarak daha iyi bir duruma gelecektir. Dolayısıyla bir *Pareto ilerlemesi* sağlanmış olacaktır.⁷⁸ Sözleşme ihlali sonucu ödenecek bedelin müspet zararı aştığı durumlarda ise borçlu aslında *Pareto ilerlemesi* sağlayabilecek bazı ihlallerden kaçınacaktır. Ayrıca ödenecek tazminat *ex-ante* daha belirsiz hale geleceğinden borçlu ifa yerine sahip olduğu alternatifin ne kadar iyi olduğunu değerlendiremeyecektir.⁷⁹ Cezalandırıcı tazminat da bu şekilde bir yaptırım olduğundan ekonomik etkinliği düşüreceği iddia edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki cezalandırıcı tazminatın mümkün olduğu hukuk sistemlerinde bu yaptırıma genellikle haksız fiil sonucu doğan zarar bakımından hükmedilmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla cezalandırıcı tazminatın sözleşmenin etkin ihlalinin önüne geçtiği iddiası yeterince güçlü değildir. Ayrıca bu görüşün aksine cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin altında yatan fikirlerden biri ekonomik etkinliği artırabilecek niteliktedir. Kural olarak haksız fiil hukukunda kusurlu failin mağdurun uğradığı zarara eşit miktarda tazminatla yükümlü tutulmasının ekonomik gerekçesi, kişilerin verecekleri zararı içselleştirmeleri (*internalize*) ve bu sebeple zararı önlemek için en uygun (*optimal*) önlemleri almalarıdır.⁸¹ Potansiyel failin işlediği fiil sonucu tazminatla yükümlü tutulma ihtimalinin yüzde yüzün altına olması halinde fail bunu hesaba katacağı için zarar tam olarak içselleştirilemeyecek ve *optimal* önlem alınamayacaktır. Yani fail bazı fiillerden yeterince caydırılmış

77 Courtney and Goudkamp (n 66) 8-9.

78 Bir *Pareto* ilerlemesinden söz edebilmek için, söz konusu değişikliğin toplumdaki kimseyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir duruma getirmeksizin en az bir kişiyi daha iyi bir duruma getirmesi gerekir. Bu şekilde bir ilerlemenin mümkün olmadığı halde, yani yapılan herhangi bir değişikliğin en azından bir kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma getireceği noktaya ulaşıldığında, *Pareto* etkinliğinden söz edilir. Bkz Robert Cooter and Thomas Ulen, *Introduction to Law and Economics* (6th edn, Pearson 2016) 14.

79 Courtney and Goudkamp (n 66) 8.

80 İngiliz Hukuku'nda sözleşme ihlalinin bir yaptırımı olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği yönünde: James Goudkamp ve Eleni Katsampouka, 'Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law' (2021) 84(6) *Modern Law Review* 1257, 1264; Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalet hukukunda sözleşme ihlalinin ancak bağımsız bir haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği yönünde William S. Dodge, 'The Case for Punitive Damages in Contracts' (1999) 48(4) *Duke Law Journal* 629, 636-637. Ayrıca *Restatement (Second) of Contracts* - §355 de bu yöndedir.

81 Cooter and Ulen (n 78) 206-207.

olmayacaktır. Cezalandırıcı tazminat ise failin yakalanma ihtimalinin kesin olmamasından doğan eksik caydırıcılığı düzeltici etki doğurabilir.⁸² Ancak cezalandırıcı tazminatın uygulandığı ülkelerde bu yaptırıma hükmedilirken asıl dikkate alınan unsurun failin kusuru olduğu ve caydırıcılık kaygısının ikinci planda olduğu da belirtilmektedir.⁸³

Dördüncü ve son olarak, özel hukuktaki cezalandırıcı nitelikteki yaptırımların aleyhine ileri sürülen bir diğer gerekçe ise fail olduğu iddia edilen kişinin bu tür yaptırımlar karşısında ceza hukukundaki usuli güvencelerden mahrum kalmasıdır.⁸⁴ Buna ek olarak mağdurun aynı fiil sebebiyle hem ceza hukuku hem de özel hukuk tarafından iki kez cezalandırılmasının söz konusu olabileceği ve böylece *ne bis in idem* ilkesinin ihlal edilebileceği belirtilmektedir.⁸⁵ *Beever*'a göre söz konusu problemler cezanın özel hukukun yapısına yabancı olmasının birer semptomudur.⁸⁶ Bu görüşe karşı, ceza hukuku yaptırımları oldukça ağır sonuçlar doğurup kişinin özgürlüğünün sınırlanması ve daha sonrasında iş bulma ihtimalinin azalmasına yol açabileceği için hatalı mahkumiyet kararlarından mümkün olduğu ölçüde kaçınılması gerektiği ve bu sebeple söz konusu güvencelerin öngörüldüğü, özel hukuk cezaları bakımından bu tür sonuçlar doğmayacağı için söz konusu güvencelerin uygulanmasının şart olmadığı savunulmaktadır.⁸⁷ Kanımızca özel hukuk cezaları bakımından failin ceza hukukundaki usuli güvencelerden mahrum kaldığına ilişkin bu son eleştiride bir haklılık payı bulunmaktadır. Bu eleştiri, bu çalışmada da benimsenen görüş uyarınca özel hukuk cezası yaptırımlarına, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ceza hukukunun genel prensipleri ve sanığı koruyucu güvencelerin bazılarının uygulanabileceğinin kabulüyle cevaplanabilir.⁸⁸

2. Cezanın Özel Hukukun Yapısı ile Bağdaştığını Savunan Görüşler ve Bu Görüşlere Karşı İleri Sürülen Eleştiriler

Özel hukukun cezalandırma amacı güdemeyeceği görüşünün karşısında yer alan ve bu tür amaçlar güden normlara daha ılımlı yaklaşan görüşe göre yasa koyucunun belirli davranışları caydırmak ya da kişileri belirli davranışlara yönlendirmek için özel hukuk araçlarını kullanmasına bir engel yoktur.

82 ibid 261; Heizmann (n 1) para 165. Aynı sonuca idari/adli para cezalarını artırarak ya da failin yakalanma ihtimalini artıracak yollara başvurarak ulaşılabileceği savunulabilir. Ancak öğretilerde bu iki yolun dezavantajları olduğu belirtilmektedir. Ödenen miktar ile işlenen fiil arasında idari/adli para cezalarının oluşturduğu sistem içerisinde bir orantı olması gerektiğinden belirli fiiller/failler için bu yönde bir artışa başvurmak mümkün olmayabilir. Ayrıca failerin yakalanma ihtimalini artırmak hem maliyetli olacak hem de özgür bir toplumda istenmeyen sonuçlara yol açabilecektir. Bkz Gerhard Wagner, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht —Anmaßung oder legitime Aufgabe' (2006) 206(2/3) Archiv für die civilistische Praxis 352, 444.

83 Courtney and Goudkamp (n 66) 9.

84 ibid 9. Öğretilerde bir görüş, bu gerekçeyi özel hukuku cezası lehine bir argüman olarak ileri sürmektedir. Yani özel hukuk cezası yaptırımları bakımından ceza hukukundaki prensiplere uyma gereği olmadığından kanun koyucunun hareket alanı daha genişleyecek ve yaptırımlar daha kolay uygulanabilecektir (bkz Gül, 2015 (n 5) 419-420). Kanımızca bu görüş anayasal prensipleri dolanmak anlamına gelmektedir; kaldı ki AİHS 6 uyarınca yapılan otonom tanım çerçevesinde böyle yaptırım bakımından da ceza hukuku prensiplerine uyma gerekliliği doğabilecektir (bkz yuk II/B/3/b).

85 *Beever*, *Damages* (n 64) 110. *Ne bis in idem* ilkesinin özel hukuk cezası olarak sınıflandırılan yaptırımlar bakımından uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin bkz aş IV/D.

86 *Beever*, *Damages* (n 64) 110.

87 *Pipe* (n 70) 97-98.

88 Bkz aş IV/A.

Her ne kadar yasaklanan davranışları cezai yaptırıma bağlamak aslında kamu hukukunun görevi olsa da kamu hukuku araçları bu görevi tek başına yerine getirmekte yetersiz kalabilmektedir. Kamu hukuku yaptırımlarının eksik kaldığı noktalarda özel hukuk tamamlayıcı rol oynayarak daha etkin bir sistemin oluşturulmasını sağlayabilir.⁸⁹

Nitekim başka hukuk sistemlerinde de caydırıcılığı ve kişilerin davranışlarını yönlendirmeyi amaçlayan çeşitli özel hukuk düzenlemeleri mevcuttur.⁹⁰ Ayrıca özel hukukun eşitler arasında irade serbestisinin geçerli olduğu bir alan olduğu ve bu sebeple cezanın özel hukukun doğasına yabancı olduğu anlayışının terk edilmesi gerektiği, özel hukukun irade serbestisini maksimize etmeyi amaçlamadığı ve fiili sözleşme ilişkileri örneğinde olduğu gibi birçok durumda tarafların aslında iradeleri dışında kendilerini bir sözleşme ilişkisine taraf olarak bulabildikleri belirtilmektedir. Bu görüşe göre özel hukuk daha ziyade irade serbestisi ile güvenin korunması arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.⁹¹

Özel hukuktaki cezalandırıcı yaptırımların aslında pratikte birçok faydasının olabileceği savunulmaktadır. İlk olarak failerin yakalanma oranının ciddi suçlar için yüksek olsa da daha basit nitelikteki fiiller için oldukça düşük olabileceği ve bu durumu kamu hukuku araçlarıyla çözümlenin belki de tek ve oldukça masraflı yolunun devleti bir gözetleme aracına çevirmek olduğu ileri sürülmektedir.⁹² Dolayısıyla bu tür fiillere karşı özel hukuk yaptırımları tercih edilirse kamunun sınırlı kaynaklarından tasarruf edilecek⁹³ ve devletin kolluk güçleri toplum için çok daha büyük tehdit arz eden fiillere daha çok zaman ayırabilecektir.⁹⁴ Yine bu bağlamda söz konusu önemsiz fiilleri ceza hukuku ile yaptırıma bağlamak yerine özel hukuk cezası niteliğinde yaptırımlar tercih etmek ceza hukukunun damgalayıcı (*stigmatizing*) etkisi de düşünüldüğünde ölçülülük ilkesi bakımından daha yerinde olabilir.⁹⁵

89 Wagner (n 82) 434-435; Courtney and Goudkamp (n 66) s. 41; Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 1997) Part V para. 1.27. Eğer amaç ceza hukukunun eksik kaldığı noktaları tamamlamaksa, bunun neden özel hukukun prensipleri kullanılarak yapıldığı sorgulanabilir. Nitekim bir görüş, bu amacın *a priori* özel hukukun araçları ve prensipleri ile gerçekleştirilmesi gerektiğinin söylenemeyeceği, bu amacın gerçekleştirilmesi gerçekten isteniyorsa bunun en etkin yöntemle yapılması gerektiği, en etkin yöntemin ise ampirik çalışmalarla ortaya konması gerektiğini savunmaktadır. Beaver, *Damages* (n 64) 103-104.

90 Alman Hukuku bakımından örnekler için Wagner (n 82) 426-431.

91 Wagner (n 82) 424.

92 ibid 442.

93 Peter Jaffey, 'The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages' *The Modern Law Review* (1998) 61(6) 860, 863.

94 Wagner (n 82) 442. Heizmann'a göre bu görüş çok da isabetli değildir. Yazara göre ceza hukukunun, önemsiz addettiği olaylara (*Bagatellfälle*) kaynak ve zaman harcamamak için çeşitli yöntemleri varken özel hukukta her tür talep kural olarak dava edilebilir ve mahkemeler davaya bakmak zorundadır. Ayrıca yazar, İsviçre'de hukuk mahkemelerinin iş yükünün halihazırda yüksek olduğunu ve taraflardan alınan yargılama giderlerinin bu mahkemelerin masraflarını karşılayamadığını belirtmektedir. Yazara göre ilgili görüşün savunduğu gibi kamu kaynaklarından tasarruf edilebilse bile söz konusu tasarruf en azından kısmen de olsa artan masraflara harcanacaktır (Heizmann (n 1) para 185-186).

95 Heizmann (n 1) 180-182. Belirtmek gerekir ki özel hukuk yaptırımlarının da damgalayıcı etkisinin olabileceği, nitekim damgalamaya yol açan unsurun aslında yaptırım değil, failin yaptırıma yol açan ve toplumca kınanan davranıştan sorumlu olduğunun tespit edilmesi olduğu ve bunun özel hukuk tarafından yaptırıma bağlanmış bir davranış da olabileceği belirtilmektedir: bkz Pipe (n 70) 97. Ancak yazar, bu gerekçe ile, özel hukuk ve ceza hukukunun damgalayıcı etkiye dayanarak birbirinden ayrılması ve özel hukuktaki cezalandırıcı yaptırımların bu sebeple reddedilmemesi

Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların bir diğer avantajı ise, birçok durumda faile verilen ceza mağdura zararının giderilmesi ötesinde bir fayda sağlayacağından, mağdurun harekete geçmek için ek bir menfaatinin bulunmasıdır.⁹⁶

Tüm bu faydaların yanında, bazı hükümler bakımından herhangi bir yaptırım maliyetinin olmadığı da ifade edilmektedir. Örneğin ısmarlanmamış malların gönderilmesi halinde alıcının bu malları geri gönderme yükümünün olmadığı ve üzerinde istediği gibi tasarruf edebileceğine ilişkin hüküm bakımından bu sonucun doğması için dava açmaya gerek yoktur.⁹⁷ Son olarak, bazı ülkelerde tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanması mümkün olmadığından özel hukuk cezası niteliğindeki hükümlerin bu boşluğu doldurabileceği belirtilmektedir.⁹⁸

Sonuç olarak, özel hukukun kişileri cezalandırma amacı ile hareket edip edemeyeceği konusunda her iki tarafın ileri sürdüğü görüşlerin de güçlü ve zayıf yanları vardır. Bir hukuk sisteminde ağırlıklı olarak caydırma ve cezalandırma amacıyla özel hukuk yaptırımları düzenlenip düzenlenmeyeceği son tahlilde bir hukuk politikası tercihidir. Mevcut duruma bakıldığında, aşağıda örnekleri görüleceği üzere, Türk hukuku da dâhil olmak üzere birçok hukuk sisteminde cezalandırma amacı güden özel hukuk normları mevcuttur. Bazı normlar için bu amaç açık olsa da, cezalandırma amacının açık olmadığı ya da normun belirli bir davranışı cezalandırma dışında başka amaçlar da taşıdığı gri örnekler mevcuttur. Dolayısıyla yürürlükteki hukuk bakımından bir özel hukuk kuralının cezai nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı ve bir özel hukuk cezasının söz konusu olduğu sonucuna varılması durumunda bunun ne gibi hukuki sonuçları olacağı üzerinde durmaya değer meselelerdir.

Ç. ÖZEL HUKUK CEZASININ CEZA İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Özel hukuk cezalarını, cezadan ayıran temel unsur, özel hukuk cezalarının şekli anlamda ceza olmamasıdır. Kanun koyucu bu nitelikte yaptırımları ceza hukuku yaptırımı olarak değil, özel hukuk yaptırımı olarak belirlemiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak bu normlar uyarınca yapılacak yargulamalarda ceza yargılamasına ilişkin kurallar değil, hukuk yargılamasına ilişkin kurallar uygulanır. O hâlde özel hukuk cezalarına ilişkin yargılamalar bakımından, kural olarak,

gerektiğini belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların adli sicile işlenmesi söz konusu olmadığından, damgalayıcı etkinin ceza hukuku yaptırımları kadar güçlü olmayacağı savunulabilir.

96 Heizmann (n 1) para 174; Wagner (n 82) 446. Bu görüşe karşı olarak eğer amaç ceza hukukunu tamamlayıcı şekilde belirli davranışları cezalandırmak ve caydırmak ise özel hukuk prensiplerinin bir sonucu olarak bu süreci mağdurun başlatması yerine, herkesin dava açarak tazminat talep edebilmesinin amaca daha uygun olabileceği ileri sürülmektedir. Yine aynı görüş, böyle bir sistemin benimsenmesi halinde olası bir dava selinin kaybedilen davanın masraflarının davacıya yüklenerek ya da mesnetsiz açılan davalar için çeşitli cezalar öngörülerek önlenebileceğini savunmaktadır. Beaver, *Damages* (n 64) 103-104.

97 Wagner (n 82) 448. Belirtmek gerekir ki kanaatimizce bu hüküm bir özel hukuk cezası değildir (bkz aş III/F).

98 Heizmann (n 1) para 188.

tasarruf ilkesi⁹⁹ ve taraflarca getirilme ilkesinin¹⁰⁰ geçerli olduğu söylenebilir.¹⁰¹ Dolayısıyla ceza yargılamasında kural olarak geçerli olan kendiliğinden harekete geçme ilkesi uygulanmayacak; özel hukuk cezasına ilişkin yargılama süreci, yaptırıma bağlanmış davranıştan olumsuz olarak etkilenen bir kişinin talebi üzerine başlayacaktır. Aynı gerekçeyle ceza yargılamasına özgü koruma tedbirlerinin de özel hukuk cezasına ilişkin yargılamalarda uygulanması mümkün olmaz.

Ayrıca özel hukuk cezası ile özgürlüğü bağlayıcı bir yaptırım uygulanamaz; bu tür yaptırımlar ceza hukukuna özgüdür.¹⁰² Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar karşımıza bir miktar para ödenmesi veya talep hakkının kaybı (veya normal koşullarda doğacak bir talep hakkının doğmaması) şeklinde çıkar. Özel hukuk cezası ile öngörülen bu yaptırımların, ceza hukukundaki benzer yaptırımlardan (örneğin adli para cezası) bir farkı da bu yaptırımlardan çoğu zaman mağdurun yararlanmasıdır.¹⁰³ Özel hukuk cezalarında kural olarak, söz konusu para mağdura ödenir veya hak kaybından mağdur yararlanır.¹⁰⁴

Ceza, özel hukuk cezasından, adli sicil kaydına geçmesi sebebiyle de ayrılır. Bu durum, cezanın özel hukuk cezasına nazaran damgalayıcı etkisinin ön plana çıkmasına neden olmaktadır.¹⁰⁵

Türk hukukunda suç faili olarak sayılmayan (TCK 20) tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olup olmadığı konusu (özellikle olması gereken hukuk bakımından) tartışmaya değer, güç bir meseledir.¹⁰⁶ Özel hukuk cezalarının ise tüzel kişilere uygulanabileceği konusunda ise bir tereddüt bulunmamaktadır.

Özel hukuk cezasının, ceza ile benzer yanı ise amacına ilişkindir. Özel hukuk cezası öngören düzenlemelerin yapılmasının temelinde yatan ağırlıklı amaç, kişilerin davranışlarını etkileyerek belirli davranışların gerçekleştirilmesini önlemek, bir başka deyişle caydırıcılıktır. Tipik özel hukuk yaptırımı olan tazminatın birincil amacı ise zararın giderilmesidir.

99 Güray Erdönmez, 'Medeni Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr), *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017), 783 vd.

100 ibid 795 vd.

101 Bu ilkelerin istisnası niteliğinde kanuni düzenlemeler bulunduğu takdirde farklı sonuca varılabilir. Konumuz bakımından TBK 81 örnek verilebilir. Bu hüküm uyarınca sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade davasında hâkim, bu yönde bir talep olmamasına rağmen, talep edilen şeyin devlete mal edilmesine karar verebilir.

İsviçre hukuku bakımından *Heizmann*, hukuk yargılamasında da istisnai bazı hâllerde kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin geçerli olduğunu vurguladıktan sonra, aynı sonuca, medeni usul hukukuna ilişkin düzenlemeler göz ardı edilerek, özel hukuk cezalarına ilişkin yargılamalar bakımından da varılması gerektiğini ifade etmektedir (Heizmann (n 1) para 808-812). Kanımızca olması gereken hukuk bakımından savunulabilir nitelikte olan bu görüşün, açık bir yasal dayanak olmadığı müddetçe yürürlükteki hukuk bakımından benimsenmesi güç görünmektedir.

102 ibid para 129. Adli para cezası da özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşme ihtimali bakımından bir miktar para ödenmesine ilişkin özel hukuk cezasından ayrılır (ibid para 143).

103 Heizmann (n 1) para 131.

104 ibid para 121 vd.

105 ibid para 180.

106 Bu konuda bkz Nur Centel, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu - Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması', (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3313 - 3326.

D. ÖZEL HUKUK CEZASININ UNSURLARI

Bir özel hukuk cezasının varlığından söz edebilmek için aşağıda açıklanacak şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.

1. Malvarlığına İlişkin Bir Özel Hukuk Yaptırımının Bulunması

Özel hukuk cezasından bahsedebilmek için öncelikle yaptırım öngören bir hukuk kuralı (norm) söz konusu olmalıdır. Yaptırım kavramı öğretide “*buyruk veya yasak içeren eksiksiz (komple) hukuk kuralına aykırılık edilmesine karşı devletin ve onun hukuk düzeninin tepkisi*” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁷ Yaptırım, her ne kadar hukuk kurallarını din, ahlak ve görgü kuralları gibi diğer kurallardan ayırt eden temel bir unsur olarak görülse de¹⁰⁸ her hukuk kuralı yaptırım içermez.¹⁰⁹ Bununla birlikte konumuz bakımından önem arz eden kurallar yaptırım öngören hukuk kurallarıdır.

Bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelenebilmesi için aranacak ilk şart bu yaptırımın bir özel hukuk yaptırımı olmasıdır. Hangi yaptırımların özel hukuk yaptırımı olduğu hususunda kamu hukuku – özel hukuk ayrımında¹¹⁰ benimsenen ölçütlerden faydalanılır.¹¹¹ Bu ayrım yapılırken sadece normun hangi alana ilişkin bir kanunda düzenlendiğini dikkate almak yanıltıcı olabilir. Şöyle ki ağırlıklı olarak özel hukuk meselelerinin düzenlendiği kanunlarda da cezalar düzenlenebilmektedir (örn. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹¹² 71 vd.; Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)¹¹³ 30). Bu normlara aykırılık hâlinde konuya ilişkin yargılama ceza mahkemelerince¹¹⁴ ceza muhakemesi kurallarına göre yapılır, dolayısıyla burada bir kamu hukuku yaptırımı söz konusudur. O hâlde bu ayrım bakımından söz konusu yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirmeyi yapma konusunda hangi yargı yerinin görevli olduğunu dikkate almak daha sağlıklı bir yaklaşımdır.¹¹⁵ Bu değerlendirmeyi hukuk mahkemelerinin yaptığı durumlarda bir özel hukuk yaptırımının söz konusu olduğu söylenebilir.

107 Serozan, *Yöntem* (n 7) 44; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25.

108 M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (25. Bası, Vedat 2019) para 4; Serozan, *Yöntem* (n 7) 20; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 36.

109 Yaptırım içermeyen kural örnekleri hakkında açıklamalar için bkz Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris C, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1995) 74 vd.; Serozan, *Yöntem* (n 7) 20 vd.

110 Bu konuda bkz Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 54 vd; Oğuzman ve Barlas (n 108) para 11 vd.

111 Heizmann (n 1) para 87.

112 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

113 Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

114 Verilen örnekler bakımından yargılama görevi özel mahkeme niteliğindeki fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerine aittir (SMK 156 I; FSEK 76 I).

115 Benzer şekilde Gül, 2015 (n 5) 307; İbrahim Gül, “Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?” (2019) 9(17) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343, 357. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının pratik öneminin kuralı uygulayacak yargı yerlerinin farklılaşması olduğu yönünde Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 54.

Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların bir diğer özelliği de bu yaptırımların doğrudan ya da dolaylı olarak failin malvarlığına yönelik olmasıdır.¹¹⁶ Örneğin velâyetin kaldırılması (TMK 348 vd.), bir özel hukuk yaptırımı olmakla beraber malvarlığına ilişkin olma şartını yerine getirmemektedir.¹¹⁷

İsviçre öğretisinde *Heizmann*, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımın üç farklı görünüm şekli olduğunu ifade etmektedir: (i) Bir miktar para ödenmesi, (ii) bir talep hakkının kaybı (*Anspruchsverlust*), (iii) bir talep hakkının doğumunun engellenmesi (*Anspruchsausschluss*). Türk öğretisinde de özel hukuk cezasının sadece bir miktar para ödenmesi şeklinde değil, haktan (veya hak ümidinden) yoksun kalma şeklinde bir yaptırım olarak da düzenlenmiş olabileceğine dikkat çekilmiştir.¹¹⁸

2. Cezalandırma Amacının Bulunması

a. Genel Olarak

Özel hukuk normlarında, bu normlara aykırı davranılması durumunda uygulanmak üzere öngörülen yaptırımların, çoğunlukla, amaçlarına göre oluşturulmuş şu üç kategoriden birine gireceği kabul edilmektedir: (i) koruyucu yaptırımlar, (ii) icrai yaptırımlar, (iii) denkleştirici / telafi edici yaptırımlar.¹¹⁹ Özellikle bir miktar para ödenmesi şeklinde öngörülen bir yaptırım özel hukukta kural olarak telafi edici amaç taşır (tazminat yaptırımı). Bu yaptırımın amacı hukuka aykırı davranış nedeniyle zarar gören kişiyi, mümkün olduğu ölçüde, davranış öncesi eski durumuna getirmektir (*restitutio in integrum*).¹²⁰ Dolayısıyla bu türden yaptırımların odak noktasında zarara uğrayan kişi vardır. Bir an için tazminat yaptırımının da caydırma amacı taşıdığı düşünülebilir. Ancak burada yaptırımın temel amacı caydırmak olmayıp caydırıcılık bir “yan etki” olarak kendini göstermektedir.¹²¹

Bir özel hukuk yaptırımının temel amacının cezalandırma olması ise istisnai bir durumdur. İşte bu tür istisnai kurallarda öngörülen yaptırımlara “özel hukuk cezası” adı verilir. Belirtmek gerekir ki hangi hükümlerin cezalandırma amacı güttüğünün tespiti her zaman çok kolay değildir. Bu tespit yapılırken ne gibi ölçütlerin yol gösterici olabileceği hususunda yukarıda cezanın amacı ve ceza kavramına ilişkin yapılan açıklamalardan yararlanmak mümkündür.

116 Benzer şekilde *Heizmann* (n 1) para 108.

117 Belirtmek gerekir ki bu yaptırım, özel hukuk cezasının diğer bazı unsurlarını da yerine getirmemektedir. Her şeyden önce bu normun ağırlıklı amacı cezalandırma değil, velâyet altındaki kişinin korunmasıdır. Ayrıca, aşağıda açıklanacağı üzere, cezalandırma amacından söz edebilmek için yaptırımın yalnızca fiili işleyen kişinin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması gerekir ki velâyetin kaldırıldığı her durumda yaptırıma maruz kalanın kusurlu olduğu söylenemez (bkz TMK 348/I, b 1).

118 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6), 1044; Oral ve Baş (n 6) 533.

119 Serozan, *Yöntem* (n 7) 46 vd; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 27-28.

120 Serozan, *Yöntem* (n 7) 47; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 27-28.

121 Honsell (n 19) 319; Halûk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996) 35-36.

b. Cezalandırma Amacının Tespitinde Yol Gösterici Ölçütler

Yukarıda günümüzde cezanın amacı bakımından önleyiciliğin ön planda olduğu açıklanmıştı. Dolayısıyla cezalandırma amacı taşıyan bir özel hukuk normunda aranması gereken ilk özellik, normun temel amacının kişilerin davranışlarını yönlendirerek, arzu edilmeyen bazı davranışlardan kaçınmasını sağlamak (önleyicilik) olmasıdır.¹²² Bir başka deyişle özel hukuk cezası içeren kuralların koyulması neticesinde ulaşılmak istenen etki caydırıcılıktır.¹²³

Bir hukuk kuralının bu nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınabilecek bir ölçüt, kuralda öngörülen yaptırımın, bu yaptırımın uygulanacağı kişinin hukuka aykırı bir davranışına bağlanmış olmasıdır. Durumun böyle olmaması hâlinde normun önleyici / caydırıcı amacından bahsetmek güçtür. Örneğin TMK 513'te miras bırakana, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilme imkânı tanınması bu nedenle bir özel hukuk cezası niteliğinde görülemez.¹²⁴

Cezalandırma amacı taşıyan normların odak noktası faildir.¹²⁵ Özel hukuk cezası, bu yönüyle ilk planda mağdurun zararını gidermeyi (telafi edici yaptırımlar) veya zarar görmesini önlemeyi (koruyucu yaptırımlar) amaçlayan tipik özel hukuk yaptırımlarından ayrılır. Bu nedenle hükümde öngörülen yaptırımın uygulanması için aranan şartların, mağdurdan çok faille ilişkin olması da hükmün cezalandırma amacı taşıdığı lehine bir emare olarak görülebilir.

Keza hukuk kuralında öngörülen yaptırımın sadece failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanabiliyor olması da hükmün cezai niteliği lehine bir emare olarak görülebilir. Zira bir kişiyi hiçbir kusuru olmamasına rağmen yaptırıma tabi tutmanın caydırıcılık amacıyla bağdaştığını söylemek güçtür ve kusurlu olmayan bir kişinin cezayı hak ettiği de söylenemez. Şayet yaptırımın bu durumlarda da uygulanması söz konusuysa anılan hükmün cezalandırma amacı dışında bir amaç güdüyor olması muhtemeldir. Örneğin ismarlanmamış malların gönderilmesi durumunda TBK 7'de öngörülen sonucun, gönderenin hiçbir kusuru olmadığı durumlarda da uygulanabilmesi gerekir. Zira bu hükümle takip edilen temel amaç cezalandırmadan ziyade gönderilen şey kendisine ulaşan kişinin korunmasıdır.¹²⁶ Hemen belirtmek gerekir ki bir hükmün lafzında açıkça kusur şartının aranmamış olması, o hükmün özel hukuk cezası niteliğinde görülmesine engel değildir. Şayet hükmün amacı ışığında yorumlanması neticesinde temel amacının cezalandırma olduğu konusunda bir tereddüt bulunmuyorsa, hüküm "özel hukuk cezası" olarak nitelendirilmeli ve ceza hukukundaki kusur ilkesine kıyasen kusur şartı aranmalıdır.¹²⁷ Örneğin bu çalışmada bir özel hukuk cezası öngördüğü

122 Heizmann (n 1) para 106; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017) para 46.67.

123 Antalya, *Cilt V/1*, 2 (n 6) para 2349; Büşra Cömert Akbay, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149, 152-153; Gül, 2015 (n 5) 307; Gül, '2019' (n 115) 357.

124 Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümler hakkında değerlendirme için bkz aş III/C.

125 Heizmann (n 1) para 114, 160; Oral ve Baş (n 6) 527.

126 Bu hükme ilişkin açıklamalar için bkz aş III/F.

127 Bu konuda bkz aş IV/C.

kabul edilen TTK 783/III bakımından durum, öğretilerdeki aksi yöndeki yaygın kabule rağmen, kanımızca böyledir.¹²⁸

Cezanın yaratmak istediği etki caydırıcılık olsa da işlenen fiilin beklenen olumsuz sonuçları ve fiilden beklenen fayda somut olayın şartlarına göre değişeceğinden yaptırım tehdidinin fiili işleme ihtimali olan herkesi caydırması elbette mümkün değildir. Örneğin fiilin işlenmesi sonucu elde edilecek maddi menfaatler kişinin içinde bulunduğu şartlara göre değişiklik gösterebilir. Ancak her halükârda kişilerin bir davranıştan caydırılabilmesi için fiili işleme ihtimali olan kişilerin uygulanacak yaptırım sonucu fiili işlemeyen önce içinde bulunacakları durumdan kötü duruma düşürülmeleri ihtimalinin yeterince yüksek olması gerekir. Eğer fiilin işlendiği hemen hemen her durumda kişi, uygulanan yaptırım neticesinde çeşitli sebeplerle¹²⁹ içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşmüyorsa söz konusu fiil için caydırıcılık sağlanamayacaktır.¹³⁰ Böyle bir durumda iki olasılık söz konusudur: ya ortada bir ceza vardır ancak kanun koyucu amaca uygun olmayan, kötü bir düzenleme yapmıştır ya da kanun koyucu aslında cezalandırma amacı gütmemekte, söz konusu yaptırımın öngörülmesinin altında daha baskın başka bir sebep yatmaktadır.

Ceza hukukuna ilişkin yaptırımlar bakımından böyle bir durumla karşılaşılması halinde ilk ihtimalin söz konusu olduğu sonucuna kolayca varılabilecektir, çünkü kişileri caydırmayı amaçlamayan bir ceza hukuku normunun öngörülmüş olması ihtimal dâhilinde değildir. Bir özel hukuk yaptırımı söz konusu olduğunda ise ikinci ihtimalin ciddi biçimde ele alınması gerekir. Daha önce de belirtildiği üzere özel hukuk yaptırımlarının cezalandırıcı amaç taşıması istisnai bir durumdur. Aşağıda detaylı biçimde tartışılacağı üzere, bir özel hukuk yaptırımının özel hukuk cezası olduğu sonucuna varılması ceza hukukunun genel prensiplerinin fiili işleyen kişiye sağladığı güvencelerin (bazı durumlarda kıyasen) uygulanması sonucunu doğuracaktır.¹³¹ Bir özel hukuk yaptırımının, istisnai olarak bu güvencelerin fiili işleyen kişiye bahşedilmesini gerektirdiğinin kabul edebilmesi için yaptırımın cezalandırıcı amaç taşıdığı yeterince açık olması gerekir.

Sonuç olarak bir özel hukuk yaptırımının sonuçları incelendiğinde fiili işleyen kişinin birçok durumda fiili işlemeyen önce içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir duruma düşmediği görülüyorsa, bu yaptırımın söz konusu davranışı caydırmaktan daha baskın başka bir amaç taşıyor olması kuvvetle muhtemeldir. Örnek vermek gerekirse, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK 530 hükmü uyarınca iş görenin kendi menfaatine hareket etmesi halinde iş sahibi, iş görenin

128 Bu konuda bkz aş III/M.

129 Örneğin, yakalanma ihtimali göz önüne alındığında yaptırım yeterince ağır olmayabilir.

130 Benzer yönde Cooter and Ulen (n 78) 463-467. Cezanın caydırıcılığına davranışsal ekonomi öğretisinin bulguları ile yaklaştığında ve kayıptan kaçınma (*loss aversion*) davranışı sebebiyle cezaların caydırıcılığının rasyonel ekonomik yaklaşımın varsaydığından daha yüksek olduğu kabul edildiğinde dahi, fiili işleyen yakalanıp cezai yaptırımın uygulandığı birçok durumda kişi fiili işlemeyen önceki durumuna kıyasla daha kötü bir duruma düşmüyorsa net bir kayıptan söz edilemeyecektir ve varılan sonuç değişmeyecektir. Suç ve cezai yaptırımlara davranışsal ekonomik yaklaşımla ilgili daha detaylı bilgi için bkz Frans van Winden ve Elliott Ash, 'On the Behavioral Economics of Crime' (2012) 8(1) Review of Law and Economics 181-213.

131 Bkz aş IV/A.

elde ettiği menfaatin devrini talep edebilecektir. Kanımızca bu hükmün caydırmaya nazaran daha ağır basan başka bir amacının olduğu yönünde kuvvetli bir emare söz konusudur.¹³²

TTK 1530/I hükmü üzerinden yapılacak bir inceleme de benzer bir sonuca varacaktır. İlgili hüküm uyarınca ticari hükümlerle belirli bir sınırın üzerinde yapılması yasaklanmış sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılacak ve burada ilgili hüküm olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı yani sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılması yönündeki itiraz dinlenmeyecektir. Bu hükmün uygulanması sonucu yasaklanan sınırın üzerinde bir miktarı dayatan tarafın bu fiili gerçekleştirmeseydi içinde bulunacağı durumdan¹³³ daha kötü bir duruma düşmesi olası değildir, çünkü en kötü ihtimalle yasal üst sınır geçerli olacaktır. Hatta sözleşmenin karşı tarafının ilgili hükmün geçerli olduğunu düşünerek hareket etmesi halinde bu hükmü dayatan tarafın bir menfaat sağlaması bile olasıdır.¹³⁴ Dolayısıyla tek başına bu hükmün yasal üst sınırı aşan sözleşmeler yapmayı caydırmayı asli olarak amaçlamadığı söylenebilir.¹³⁵

3. Cezalandırma Amacından Daha Ağır Basan Başka Bir Amacın Mevcut Olmaması

Cezalandırma amacıyla ilgili yapılan değerlendirme sonucunda bir hükmün caydırma amacı taşıdığı sonucuna varılsa dahi bir özel hukuk cezası ile karşı karşıya olduğumuz her zaman söylenemez. Caydırma amacı bazı durumlarda başka bir amacın yanında, ikincil nitelikte var olabilir. Başka bir amacın daha ağır bastığı bu gibi durumlarda bir özel hukuk cezasından söz etmemek gerekir.¹³⁶ Örneğin bu çalışmada savunulan görüşe göre ısmarlanmamış şeyin gönderilmesine ilişkin TBK 7 ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹³⁷ 7 bakımından cezalandırma amacına nazaran daha ağır basan amaç tüketicinin korunmasıdır.¹³⁸

132 Menfaat devri yaptırımının kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmediği gerekçesiyle cezalandırıcı nitelikte olmadığı yönünde Allan Beaver, 'Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis' in Charles EF Rickett (ed) *Justifying Private Law Remedies* (Hart 2008) 249, 296. Menfaat devri hakkında bkz III/I.

133 Sözleşmeyi doğrudan geçerli bir biçimde üst sınırdan yapmış olsaydı içinde bulunacağı durum kastedilmektedir.

134 Amerika Birleşik Devletleri'nin Boston kentinde ev sahiplerinin kira sözleşmesine geçersiz olduğu açık olan hükümler koyduklarını ve birçok kiracının uyuşmazlık çıktığında kira sözleşmesindeki hükümlere uyduğunu tespit eden çalışma için bkz Meirav Furth-Matzkin, 'On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market' (2017) 9(1) *Journal of Legal Analysis* 1-49.

135 Nitekim Alman ve İsviçre öğretilerinde, en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin üst sınırı indirilerek geçerli kılınması (*geltungserhaltende Reduktion*) halinde bu tür sözleşmelerin yapılmasının caydırılmayacağı, aksine teşvik edileceği, gerekçesiyle TTK 1530'da benimsenen çözüme benzer bir yaklaşımın uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu konudaki görüşlerin bir özeti için bkz Heizmann (n 1) para 510-512. Türk hukukunda üst sınırı indirim yaptırımının yeterince caydırıcı olmadığını kabul etmekle beraber kanunda öngörülen üst ya da alt sınır hükümlerinin cezalandırma işlevi gördüğü yönünde Nagehan Kırkbeşoğlu, 'Türk Özel Hukukuna Kısmi Hükümsüzlük' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010) 199. Kanaatimizce hükmün esas amacı caydırıcılık olmadığından burada bu çalışmada benimsenen anlamıyla bir özel hukuk cezasından söz edilemez.

136 Nitekim Heizmann'a göre bir özel hukuk cezasından bahsedebilmek için ilgili yaptırımın başka bir amaçtan bağımsız olarak cezalandırıcı amaç taşıması gerekir. Bir özel hukuk normu caydırıcı olsa da cezalandırıcı karakter taşımayabilir. Eğer ilgili yaptırım, caydırıcılığı sağlamak için fiili işleyen kişiyi fiilin yol açtığı zararın tazmininin ötesinde olumsuz bir sonuç ile karşı karşıya bırakıyorsa cezalandırıcı bir normdan söz edilebilir. Bkz Heizmann (n 1) para 100-103.

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

138 Bkz aş III/F.

Benzer şekilde bazı durumlarda ilgili hüküm dürüstlük kuralının özel bir görünümünü teşkil ediyor olabilir. Örnek vermek gerekirse, TMK 236/II hükmü uyarınca *zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*. İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hüküm Türk öğretisinde genel olarak özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir.¹³⁹ Kanımızca bu hükümde bir özel hukuk cezası bulunmamaktadır.¹⁴⁰

4. Yaptırımın Taraf İradelerinden Bağımsız Olarak Kanun Koyucu Tarafından Öngörülmesi Olması

Bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu yaptırımın doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir.¹⁴¹ Tarafların (özellikle yaptırımı maruz kalacak tarafın) yapacakları bir sözleşmeyle gönüllü olarak bir yaptırımı kabul etmeleri durumunda, bu yaptırımın temel amacı cezalandırma veya caydırma olsa bile, özel hukuk cezasından bahsedilemez. Örneğin ceza koşulu (TBK 179 vd.) ve dernek cezası bu koşulu yerine getirmedikleri için özel hukuk cezası sayılmaz.¹⁴² Bununla birlikte doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenen bir yaptırımın emredici olmayan bir hukuk kuralıyla öngörülmesinin, bu yaptırımın özel hukuk cezası sayılmasına engel olmadığı kabul edilmektedir.¹⁴³

III. MÜNFERİT HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Çalışmamızın bu bölümünde, çoğunluğu TMK ve TBK'da bulunan, bazı hükümlerin özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı incelenecektir. Bu incelemede yukarıda tespit ettiğimiz ölçütlerden faydalanılacaktır. Belirtmek gerekir ki, aşağıda incelenmek için seçilen hükümler mevzuatımızdaki tüm özel hukuk cezalarını kapsamamaktadır. Özellikle bazı hâllerde bir kişinin uğradığı zararın birkaç katı ödeme yapılmasına ilişkin öngörülen yaptırımların (örn FSEK 68/I-II; Rekabetin

139 Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (4. Bası, Seçkin 2014) 263; Emel Badur, 'Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 39; Gülşah Sinem Aydın, 'Türk Medeni Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu', (2018) 13(165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 24; Mustafa Alper Gümüş Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008) 397.

140 Bkz aş III/B.

141 Heizmann (n 1) para 86.

142 Honsell (n 19) 319; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Heizmann (n 1) para 92 vd. Alman hukukunda ceza koşulu bakımından aynı şekilde Peter Gottwald, 'BGB §339' in Wolfgang Krüger (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, (9th edn, Beck 2022) para 3. Taraflarca kararlaştırılan bu tür yaptırımların ceza hukuku anlamında cezadan ayrıştırılmak amacıyla özel hukuku cezası (*Privatstrafe*) olarak nitelenmesi (bkz Roxin and Greco (n 13) §2 para 140-141) bu nedenle yanlıttır.

143 Heizmann (n 1) para 91.

Korunması Hakkında Kanun (RKHK) 58/II)¹⁴⁴ özel hukuk cezası niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁴⁵ Ayrıca İş Kanunu (İŞK)¹⁴⁶ ile İcra ve İflas Kanunu'ndaki (İİK)¹⁴⁷ birçok hükmün (örn. İİK 67/II; İŞK 17/VI) de özel hukuk cezası içerdiği ifade edilmektedir.¹⁴⁸ Ayrımcılık yasağının ihlali suretiyle sözleşme kurmaktan kaçınan kişinin birçok Avrupa ülkesinde tabi tutulduğu yaptırımlar da özel hukuk cezası niteliğindedir.¹⁴⁹ Bu hükümler bu çalışma kapsamında değerlendirilmemiştir.

B. ZİNA VEYA HAYATA KAST SEBEBİYLE BOŞANMA HÂLLERİNDE KATILMA ALACAĞININ AZALTIMASI VEYA KALDIRILMASI

TMK 236/II¹⁵⁰ hükmü uyarınca zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan bu hüküm Türk öğretisinde genel olarak özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir.¹⁵¹

Hüküm her ne kadar hukuka aykırı bir fiil işleyen eşin kusurlu olduğu durumlarda uygulanmakta ve eşin malvarlığında bir eksilmeye yol açsa da kanımızca hükmün asli amacı eşleri zina ya da hayata kast fiillerinden caydırmak değildir.¹⁵² Nitekim hayata kast fiiline ilişkin caydırıcılık ceza hukuku kuralları uyarınca sağlanmaktadır. Hatta bu fiilin eşe karşı işlenmesi ise TCK 82 uyarınca nitelikli hâl teşkil etmektedir. Bu durum TMK 236/II'nin ceza hukukuna ek bir caydırıcılık sağlamayı amaçlamadığını düşündürmektedir. Ayrıca zinayı suç olmaktan çıkararak kanun koyucunun bu fiili mal rejimine ilişkin bir hüküm yoluyla caydırmayı amaçlıyor olması pek muhtemel değildir.

Hükmün daha baskın olan amacı, söz konusu fiilleri kusurlu olarak işleyen eşin, mal rejiminin tasfiyesi sonucu artık değere katılmasının birçok durumda hakkaniyete uygun düşmeyeceği düşüncesiyle hâkimin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek bu yönde bir talebin önüne geçmesine açıkça imkan tanımaktır.¹⁵³ Hükmünde açıkça hakkaniyete vurgu yapılması ve hâkimin pay oranını azaltmak ya da kaldırmak zorunda olmayıp bu hususta takdir yetkisine sahip olması da

144 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi: 07.12.1994, RG 13.12.1994/22140.

145 Bu konuda bkz. Gül, 2015 (n 5) 340 vd.

146 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134

147 İcra İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

148 Gül, 2015 (n 5) 309 vd, 372 vd.

149 Türk hukukunda bu konuda düzenleme yapılması gereği hakkında bkz. Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; İsviçre hukukunda bu hükümler hakkında Heizmann (n 1) 373 vd. Ayrımcılık yasağına aykırılığa ilişkin AB yönergelerinin üye devletlerin iç hukuklarına aktarımı konusunda bir değerlendirme için Mark Bell, 'The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?' (2008) 79(1) The Political Quarterly 36-44.

150 Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin TMK 252 hükmü de aynı yöndedir.

151 Acar (n 139) 263; Badur (n 139) 39; Aydın, 'TMK 236' (n 139) 24; Gümüş, *Mal Rejimleri* (n 139) 396-397.

152 Hükmün açık ve tek amacının söz konusu fiilleri işleyen eş cezalandırmak olduğu yönünde: Gümüş, *Mal Rejimleri* (n 139) 397; hükmün amacının caydırıcılık olduğu yönünde Badur (n 139) 60.

153 Hükmün temelinde hakkaniyet düşüncesinin yattığı yönünde Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (4. Bası, Seçkin 2020) para 703; Aydın, 'TMK 236' (n 139) 11 ve 23-24; Yazar, hükmün ayrıca cezalandırma amacı taşıdığını da belirtmektedir (Aydın, 'TMK 236' (n 139) 24).

bu sonucu destekler niteliktedir. Ayrıca hükümde hakkaniyete yapılan vurgu, hükmün sayılan fiilleri işleyen eşi değil, katılma alacağı borçlusunu eşi odak noktasına aldığını göstermektedir. Zira hüküm, mağdur eşin hakkaniyete aykırı düşecek şekilde bir ödeme yapmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu da hükmün bu çalışmada benimsenen anlamıyla bir özel hukuk cezası olmadığı yönünde bir başka emaredir.

Her ne kadar bu hüküm İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) yer almasa da, TMK'da yer almayan ve amacı bakımından benzer görülebilecek bir başka hüküm ZGB'de mevcuttur. ZGB 125/III'e göre nafakaya hükmedilmesi açıkça hakkaniyete aykırı olursa nafaka sınırlanabilir veya kaldırılabilir. Bu durum hükme göre özellikle şu hâllerde söz konusu olur: nafakaya hak kazanacak eş, ailenin geçinmesine ilişkin yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmişse; nafakaya ihtiyaç duyacak duruma bilerek geldiyse ya da nafaka borçlusuna veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlediyse. İsviçre öğretisinde, bu hükmün altında yatan düşüncenin hakkaniyeti sağlamak olduğu ve hükmün hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü niteliğinde olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁴ İsviçre öğretisinde *Heizmann*, hükmün her ne kadar cezai bir boyut taşıdığını kabul etse de hükmün açıklanan amacı ve faile yönelik olmaması sebebiyle özel hukuk cezası niteliğinde olmadığını savunmaktadır.¹⁵⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki, hükmün özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hâlinde bu yaptırım kanunilik ilkesi ve bu kapsamda kıyas yasağına tabi olacaktır. O hâlde eşlerden birinin diğerinin hayatına kastederek onu öldürdüğü varsayımında (evlilik boşanma ile sona ermiş olmamasına rağmen) TMK 236/II'de düzenlenen yaptırımı uygulamak mümkün müdür? Öğretide hükmün özel hukuk cezası olduğunu belirten yazarların birçoğu hükmü kıyasen kasten öldürme haline de uygulamaktadır.¹⁵⁶ Kanımızca bu yaklaşım çelişkilidir.¹⁵⁷

C. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA

Mirasçılıktan çıkarma (ıskat), miras bırakana, şartlarının gerçekleşmesi durumunda saklı paylı mirasçısını tek taraflı olarak saklı paydan mahrum bırakma olanağını tanıyan bir ölüme bağlı

154 Heizmann (n 1) para 530; Basler Kommentar-ZGB I-Gloor and Spycher, Art 125 para 37; Orel Füssli Kommentar-Renata, ZGB 125 para 15 (Yazar yasada örnek olarak sayılan fiilleri işleyen eşin evlilik sonrası dayanışma düşüncesine dayanan nafaka talep etmesinin çelişkili davranış teşkil edeceğini belirtmektedir); Rüedi'ye göre hüküm cezai etki doğurmakla birlikte asıl amacı cezalandırmak olmayan özel hukuk normlarına bir örnektir (yazar hükmün asıl amacının ne olduğunu belirtmemektedir) Yves Rüedi, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/2 - Ausschluss der Rückforderungen*, Art. 66 OR *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Art. 62-67 OR (Stämpfli 2011) para 197.

155 Heizmann (n 1) para 531-532.

156 Acar (n 139) 263; Badur (n 139) 48; Aydın, "TMK 236' 29; Zeytin (n 153) para 704.

157 Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ceza hukuku öğretisinde bir hükmün uygulama alanının evleviyet (öncelik) yoluyla genişletilmesi bir görüşe göre kıyas olarak değil genişletici yorum olarak nitelenmekte ve mümkün görülmektedir (Zafer (n 32) 77). O hâlde bu görüş kabul edilirse TMK 236/II'deki yaptırımın bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu kabul edilse bile, yaptırım bu ihtimalde de evleviyet yoluyla uygulanabilecekti. Öte yandan hukuk metodolojisine ilişkin eserlerde evleviyet ve kıyasın boşluk doldurma araçları olduğu ifade edilmekte (bkz. Larenz and Canaris (n 109) 202 vd) ve hatta bazı eserlerde evleviyetin kıyasın nitelikli bir türü olarak incelendiği görülmektedir (Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016) 219; Serozan, *Yöntem* (n 7) 119-120). Gerçekten de tüm geniş yorumlama çabalarına rağmen metnin lafzının kapsamına girmeyen durumlar bakımından artık yorum değil, boşluk doldurma söz konusudur.

tasarruftur. Mirasçılıktan çıkarma imkânını ortaya çıkaran sebeplere göre, çıkarma, öğretide ve mahkeme kararlarında iki başlık altında incelenmektedir: cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarma (cezai ıskat) ve koruyucu mirasçılıktan çıkarma (aciz sebebiyle ıskat).¹⁵⁸

Koruyucu mirasçılıktan çıkarma TMK 513'te düzenlenmektedir. Bu hüküm, miras bırakana, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilme imkânı tanımaktadır. Bu hükmün altında yatan amacın miras bırakana, aile içinde kalmasını arzu ettiği malvarlığı değerlerine, çıkarılan mirasçının alacaklıları tarafından el koyulmasına (belirli ölçüde de olsa) engel olma imkânı tanımak olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁹ Koruyucu mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükmün özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Her şeyden önce çıkarılanın hukuka aykırı bir davranışta bulunması ve kusurlu olması söz konusu değildir. Bu hükümle güdülen amacın cezalandırmayla bir ilgisi yoktur.¹⁶⁰ Hükmün temel amacı miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır. Şöyle ki, saklı payın kabulü tasarruf özgürlüğünü sınırlar ve bu sınırlamanın kabul edilebilir olmasının nedeni yakın aile bağları nedeniyle malvarlığı değerlerinin aile içinde kalmasını sağlamaktır.¹⁶¹ TMK 513'ün düzenlediği ihtimaldeyse bu amaca ulaşılması mümkün görünmediğinden miras bırakana (kısmen de olsa)¹⁶² mirasçısını saklı payından mahrum bırakma imkânı tanınmıştır.

Cezalandırıcı mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin hükümlerde (TMK 510-512) düzenlenen yaptırımların özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı çözümü daha güç bir sorundur. Öğretide bu hükümlerde bir özel hukuk cezasının öngörüldüğünü kabul eden görüşler bulunmakta¹⁶³ ve cezai çıkarmanın temel amacının saklı paylı mirasçıyı cezalandırmak olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁴ Bu tür ıskatta, koruyucu çıkarmadan farklı olarak, mirasçının saklı payını kaybetmesine yol açan davranışlar¹⁶⁵ hukuka aykırı

158 Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz 1978) 305; M Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995) 210; Paul Piotet, *Erbrecht, 4. Band, 1. Halbband* (Helbing & Lichtenhahn 1978) 417; Rona Serozan ve Baki İlkey Engin, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022) §4 para 183, 193; Rıza Çubukgil, 'Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) VII (1-2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441, 443; Basler Kommentar-ZGB I-Bessenich Art 477 para 1; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013) 63 vd; Yargıtay 3 HD, E 2013/151481 K 2013/6683, 26.11.2013 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

159 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 318-319; Piotet (n 158) 417.

160 Heizmann (n 1) para 540.

161 Piotet (n 158) 417. Miras bırakana bu yetkinin tanınmasının amacının miras bırakanın teresini borca batmış mirasçısının alacaklılarının yağmasına karşı korumak olduğu yönünde Serozan ve Engin (n 158) §4 para 193.

162 Bu imkânın yalnızca saklı payın yarısı oranında tanınmış olmasının sebebi alacaklıların da menfaatinin gözetilmesidir (Piotet (n 158) 417).

163 Oğuzman (n 158) 210; Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183; Peter Weimar, *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB (Stämpfli 2009), ZGB 477 para 3; Gümüş, Borçlar Genel (n 6) 1044; Doruk Gönen 'Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' iç Tufan Öğüz, Halil Akkanat, Emrehan İnal, Bilgehan Çetiner, Başak Zeynep Baysal ve Doruk Gönen (edr) Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der 2015) 327, 336; Çubukgil (n 158) 443; Oral ve Baş (n 6) 533; M Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi' (2019) 2019(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325, 357-358.*

164 Yağcı (n 158) 33; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha 2018), TMK 510 para 426.

165 *TMK 510: "Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir: 1. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,*

niteliktedir¹⁶⁶ ve yaptırım mirasçının kusurlu olduğu¹⁶⁷ durumlarda uygulanabilmektedir. Ayrıca çıkarmanın yalnızca kişisel etkiye sahip olması (altsoyu etkilememesi)¹⁶⁸ ve çıkarma sebeplerinin yorum yoluyla genişletilip çoğaltılamayacağını ifade edilmesi¹⁶⁹ de bu yaptırımın cezalandırıcı bir yönü olduğu yaklaşımını destekler niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle ve öğretide bu tür ıskata “cezalandırıcı” (“cezaî”) sıfatının yakıştırılmasından da anlaşılacağı üzere, TMK 510-512 hükümlerinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarmanın, çıkarılana yönelik cezalandırıcı bir etkisi olduğu yadsınamaz. Ancak unutmamak gerekir ki, bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezasından bahsedebilmek için bu yeterli değildir. Buna ek olarak cezalandırma amacının yaptırımın birincil amacı olması, bir başka deyişle cezalandırma amacından daha ağır basan başka bir amacın mevcut olmaması aranmaktadır.¹⁷⁰ Kanımızca kanun koyucunun mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK 510-511 hükümlerini düzenlemesinin arkasında yatan birincil amaç miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır.¹⁷¹ Şöyle ki, bu özgürlüğün saklı pay koruması ile sınırlanmasının arkasında yatan düşünce yakın aile bağlarıdır. Aile bağlarının TMK 510’da tanımlanan fiiller sonucu ağır bir şekilde zedelenmesi üzerine miras bırakanın tasarruf özgürlüğünü sınırlandırmanın meşru bir tarafı kalmaz.¹⁷² İşte miras bırakana söz konusu mirasçıyı saklı payından yoksun bırakma imkânı bu yüzden verilmiş olup burada bir özel hukuk cezası söz konusu değildir.

İsviçre öğretisinde *Heizmann* da benzer düşüncelerle mirastan çıkarmanın özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.¹⁷³ Yazara göre, bu düzenlemelerin temelinde cezadan ziyade hakkaniyet düşüncesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı yatmaktadır. Aile bağlarını kusurlu olarak ağır bir şekilde zedeleyen mirasçı artık yakın aile bağlarının sağladığı hukuki avantajlardan faydalanamamalıdır.¹⁷⁴ İsviçre Medeni Kanunu’nun hazırlık çalışmalarından hareketle yapılan subjektif tarihi yorumun da bu sonucu desteklediği ifade edilmektedir.¹⁷⁵

2. *Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.*”

166 Piotet (n 158) 418.

167 ibid 419; mirasçılıktan çıkarma bir özel hukuk cezası olduğu için kusurun arandığı yönünde Oğuzman (n 158) 211.

168 Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183.

169 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021) 168.

170 Bkz yuk 2/D/3. Belirtmek gerekir ki bu hükümlerde öngörülen yaptırım özel hukuk cezasından bahsedebilmek için aradığımız diğer koşulları sağlamaktadır. Yaptırım, malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımıdır; yaptırım kanun koyucu tarafından öngörülmüş olup yaptırma uğrayan kişi bu yaptırım riskini gönüllü olarak üstlenmiş değildir ve hükümde bir cezalandırıcı etki tespit etmek mümkündür.

171 Benzer şekilde BSK-ZGB I-Bessenich (n 158) Art. 477 para 4; Heizmann (n 1) para 534.

172 Arnold Escher and Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, (3rd edn, Schulthess 1959) Art 477 para 1; BSK-ZGB I-Bessenich (n 158) Art 477 para 1; Heizmann, para 534.

173 Heizmann (n 1) para 539: Yazar düzenlemedeki yaptırımın doğrudan faille yönelik olmaktan ziyade mağdurun (miras bırakan) perspektifinden hakkaniyetin sağlanmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir.

174 ibid para 534.

175 Heizmann (n 1) para 535-538.

Yukarıda vardığımız sonuç, atanmış veya kendisine belirli mal bırakılmış mirasçının, çıkarma sebebi teşkil eden davranışları neticesinde, miras bırakana miras sözleşmesinden tek taraflı dönme imkânı tanyan TMK 546/II bakımından da geçerlidir.¹⁷⁶

Yapılan bu nitelendirmenin pratik bir sonucu şu örnekte ortaya çıkabilir: Mirasçı, miras bırakanın yakını olan kişiye karşı ağır bir suç işlemiştir. Fakat bu fiili işlediği sırada bu kişinin miras bırakanın yakını olduğunu bilmediği gibi bilebilecek durumda da değildir. Acaba buna rağmen mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilir mi? Bu konunun öğretilde tartışmalı olduğu görülmektedir.¹⁷⁷ Bu çalışmada savunulan görüş uyarınca hükümde öngörülen yaptırımın odak noktası fail ve onun fiili değil, miras bırakan bakımından çıkarılması istenen mirasçı ile aralarındaki aile bağlarının zedelenip zedelenmediği olduğuna göre bu ihtimallerde de mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilmelidir.¹⁷⁸

Ç. MİRASTAN YOKSUNLUK

TMK 578-579'da düzenlenen mirastan yoksunluk hâllerinde TMK 578/I'de sayılan davranışları¹⁷⁹ gerçekleştiren mirasçı kendiliğinden mirastan yoksun kalır. Mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak, bu ihtimallerde miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufla iradesini açıklamasına ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁸⁰ Aslında TMK 578'de düzenlenen ihtimallerin çoğunda¹⁸¹ miras bırakanın bir çıkarma tasarrufunda bulunma imkânı elinden alınmış olmaktadır. Bu bakımdan mirastan yoksunluk kurumunun mirasçılıktan çıkarmanın tamamlayıcısı olduğu ifade edilmektedir.¹⁸² Kanun koyucunun, miras bırakanın bu durumlardaki farazi iradesi doğrultusunda bir sonuç düzenlediği söylenebilir.¹⁸³

Mirastan yoksunluğun temelinde yatan düşüncenin ne olduğu oldukça tartışmalı bir meseledir.¹⁸⁴ Bu kurumun mirastan çıkarmanın tamamlayıcısı olduğu daha önce belirtilmişti. Mirastan yoksunluk bakımından da ıskatta olduğu gibi yaptırıma bağlanan davranışların hukuka aykırı ve failin (burada

176 Aynı şekilde ibid para 540.

177 Tartışma için bkz Yağcı (n 158) 140-143.

178 Bu şekilde Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 311; hükmün temel amacının cezalandırma olduğu gerekçesiyle aksi fikirde Yağcı (n 158) 142-143.

179 TMK 578 I: "Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:
1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,
2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,
3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,
4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar."

180 Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 532; Piotet (n 158) 415; Baki İlkay Engin, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010) 44.

181 TMK 578/I b 1'de öldürmeye teşebbüsün de yoksunluk sebebi olarak sayılmasının bu açıdan bir tutarsızlık teşkil ettiği, zira miras bırakanın dilerse mirasçılıktan çıkarma imkânına sahip olduğu yönünde Engin (n 180) 69.

182 ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6; Kocayusufoğlu, *Miras* (n 158) 532; Engin (n 180) 44; Yağcı (n 158) 58.

183 Engin (n 180) 44.

184 Bu konuda ibid 51 vd.

kast derecesinde) kusurlu olması gereği,¹⁸⁵ yoksunluğun şahsiliği (altsoya etki etmemesi, TMK 579)¹⁸⁶ ve yoksunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunun kabul ediliyor olması¹⁸⁷ hükmün cezalandırıcı bir amaç güttüğüne ilişkin emareler olarak görülebilir. Gerçekten de mirastan yoksunluğun söz konusu olduğu durumlarda doğan sonucun fail üzerinde cezalandırıcı bir etkisi olduğu yadsınamaz.¹⁸⁸

Bununla birlikte mirastan yoksunluğa ilişkin hükümlerin temel (birincil) amacının cezalandırma olduğu söylenemez.¹⁸⁹ Bu nedenle mirastan yoksunluğa ilişkin hükümlerde (en azından bu çalışmada tanımlanan şekliyle) bir özel hukuk cezasının bulunduğu sonucuna varılamaz.¹⁹⁰ Özel hukuk cezası niteliğindeki hükümler, hükmün muhatabı olan kişi veya kişilerin davranışlarını yönlendirerek onları belirli davranışlardan caydırmayı amaçlamaktadır. Mirastan yoksunluk sebepleri bakımından ise temel amacın bu olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, mirastan yoksunluk sebebi oluşturan davranışlar neredeyse her zaman bir ceza hukuku kuralının da ihlali anlamına gelir. Bu davranışlardan caydırma işlevi esasen söz konusu ceza hukuku kuralları (örneğin TCK 81, 157, 207, 208) tarafından yerine getirilmektedir. Bir an için yoksunluğa ilişkin hükümlerin, özel olarak miras hukukuna özgü saiklerle bu fiillerin işlenmesini caydırmayı amaçladığı düşünülebilirdi. Ancak öğretilerde de belirtildiği üzere, hükümlerin uygulanması için miras hukukuna ilişkin saiklerle hareket edilmiş olması aranmamaktadır.¹⁹¹ Kanımızca mirastan yoksunluk hükümleri ile güdülen temel amaç (ıskatta olduğu gibi) miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün korunmasıdır¹⁹² ve bu amaç cezalandırma amacına nazaran daha baskındır. Kanun koyucu, bu düzenlemeyle miras bırakanın açıklamaya imkân bulamadığı farazi iradesine uygun bir sonuç bağlamayı amaçlamaktadır.¹⁹³

Hükmün (ZGB 540) İsviçre Medeni Kanunu'na alınışı sırasında düzenlemenin amacı konusunda açık bir tavır alınmamış,¹⁹⁴ bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu'nu bu konuda etkilediği ifade edilen Alman Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesinin (BGB §2339) amacı üzerinde hazırlık çalışmaları sırasında ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.¹⁹⁵ Bu tartışmalar neticesinde de kanun koyucunun bu düzenlemeyi yapmasının altında yatan temel düşüncenin miras bırakanın farazi iradesinin gerçekleştirilmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.¹⁹⁶

185 ibid 77-78.

186 Oğuzman (n 158) 269.

187 ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 533; Oğuzman (n 158) 265; Engin (n 180) 72 vd. Sebepler sınırlı sayıda olsa da hükmün amacına göre, genişletici yoruma tabi tutulması ihtiyacının doğduğu hatta bazı durumlarda TMK 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının devreye sokulabileceği yönünde açıklamalar için bkz Engin (n 180) 73-77.

188 Engin (n 180) 64-65; Heizmann (n 1) 550.

189 Cezalandırma amacının geri planda kaldığı yönünde Engin (n 180) 66. Benzer şekilde Heizmann (n 1) para 550-552.

190 Bununla birlikte öğretilerde mirastan yoksunluğun sıklıkla bir özel hukuk cezası olarak nitelendiği görülmektedir: Serozan ve Engin (n 158) §4 para 183; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044; Gülerüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 357; Oral ve Baş (n 6) 533.

191 Engin (n 180) 78.

192 Bununla birlikte hükmün düzenleniş tarzının bu amaca ulaşmak bakımından yer yer yetersiz kaldığı ve bazı tutarsızlıklar barındırdığı ifade edilmektedir (ibid 69-72).

193 ibid 66-68; Heizmann (n 1) para 543.

194 Engin (n 180) 57; Heizmann (n 1) para 544-545; ZK-Escher/Escher^{II} (n 172) Art 540 para 6.

195 Engin (n 180) 53-57.

196 ibid 57.

D. BAĞIŞLAMANIN GERİ ALINMASI

Bağışlamanın geri alınması TBK 295'te düzenlenmektedir. Bağışlananın hükümde sayılan üç sebepten¹⁹⁷ birini gerçekleştirilmesi hâlinde kanun, bağışlayana sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş olsa bile bağışlama konusu şeyi geri alma hakkı¹⁹⁸ tanımaktadır. Bu üç sebepten ilk ikisi daha önce incelenen mirasçılıktan çıkarma sebepleri (TMK 510) ile aynıdır.

TBK 296/İ'de ise bağışlamaya ilişkin borçlandırıcı işlem kurulduktan sonra fakat henüz bağışlayan borcunu ifa etmezden önceki dönemde belirli şartların gerçekleşmesi durumunda bağışlayana “sözünü geri alma” ve ifadan kaçınma hakkı verilmiştir. TBK 295'te sayılan sebeplere ek olarak, bu hükümde borçlandırıcı işlem sonrasında bağışlayanın maddi durumunun kötüleşmesine neden olan iki sebep¹⁹⁹ daha sayılmıştır. Son olarak, bağışlayanın ödeme güçsüzlüğüne düştüğünün sabit olması veya iflas etmesi durumunda borcun kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir (TBK 296/II).

Bağışlayanın geri alma hakkını, geri alma sebebini öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde kullanması gerekir (TBK 297/I). Bağışlayanın bu süre dolmadan önce ölmesi durumunda hakkı mirasçıları kullanabilir (TBK 297/II). Bağışlayanın geri alma sebebini öğrenmeden ölmesi (TBK 297/II), bağışlananın bağışlayana kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmesi veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellenmesi durumunda mirasçılar geri alma hakkını kullanabileceklerdir (TBK 297/IV). Bu son iki ihtimal mirastan yoksunluk sebeplerini çağrıştırmaktadır.²⁰⁰

Mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma hükümlerinin birincil amaçlarının cezalandırma olup olmadığının tartışmalı bir mesele olduğu daha önce açıklanmıştı. Geri alma sebepleri arasında mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebeplerine benzer sebeplerin bulunması bu tartışmayı bu konu bakımından da gündeme getirmektedir. Nitekim öğretilerdeki bir fikre göre geri alma hakkının tanınması bağışlananın iyilikbilmezliğinin cezalandırmasına yöneliktir.²⁰¹

Kanımızca bu sebeplerin hiçbirini bakımından bağışlayana geri alma hakkının tanınmasının (veya borcunun kendiliğinden sona ermesinin) arkasında yatan temel düşüncenin cezalandırma olduğu söylenemez.²⁰² Bağışlayanın borçlandırıcı işlemi yaptıktan sonra mali durumunun kötüleşmesine

197 TBK 295: “... 1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlardan birine karşı ağır bir suç işlemişse.

2. Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa.

3. Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse.”

198 Bağışlayanın bu ihtimalde kullanacağı hakkın niteliği, hakkın kullanılması üzerine doğan hukuki sonuçlar ve iade talebinin dayanağının ne olacağı tartışmalı meselelerdir. Bu konular çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığı için tartışmaya atf ile yetiniyoruz (Gümüş, *Borçlar Özel* (n 7) 219-220).

199 TBK 296 I: “... 2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse. 3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa.”

200 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019) 306.

201 Ahmet Türkmen, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019) 172.

202 TBK 295 b 2 (OR 249 b 2) bakımından hükmün ceza sonucunu doğursa da asıl amacının bu olmadığı yönünde Rüedi (n 154) para 197; geri almanın amacının bağışlananı cezalandırmaktan ziyade bağışlayanın menfaatlerini korumak olduğu yönünde Heizmann (n 1) para 616. Geri almada cezalandırma amacının değil, bağışlananın şükranlılığının ödüllendirilmesinin engellenmesi suretiyle bağışlayanın malvarlığının korunması amacının ön planda olduğu

ilişkin sebeplerin (TBK 296/I, b 2-3; TBK 296/II) cezalandırma amacı taşımadığında hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu hükümleri işlem temelinin çökmesinin özel bir görünümü²⁰³ olarak nitelendirmek gerekir. Kanun koyucu bu hükümlerle, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen, önceden öngörülemeyen durum değişiklikleri neticesinde bağışlayanın yaptığı ivazsız kazandırmadan dönülmesinin haklı görülebileceğine ilişkin bir değer yargısı benimsemiştir.

Bu çalışmada savunulan görüşe göre bağışlananın, ilk bakışta bağışlananın cezalandırılmaya layık nitelikteki fiilleri olarak görülebilecek diğer sebeplerle (TBK 295, b 1-2; TBK 297/IV) geri alınmasına imkân tanınmasının amacı da aynıdır. Bağışlayanın gerçekleştirdiği ivazsız kazandırma sonrasında bağışlanan öyle davranışlar gerçekleştirmiştir ki, artık bağışlananın kendisine yüce gönüllülükle yapılan kazandırmayı hak etmediği ortaya çıkmış; işlemin temeli ortadan kalkmıştır.²⁰⁴

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kanunda bağışlayana geri alma hakkının tanınmasına ilişkin hükümler özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım öngörmemektedir. Hükümlerin odağı bağışlananın davranışları değil bağışlayanın menfaatidir. Bu nedenle TBK 295 b 1-2'de düzenlenen sebepler bakımından, bağışlanan davranışının yöneldiği kişinin bağışlayanın yakını veya onun ailesinden bir kimse olduğunu bilmiyor ve bilebilecek durumda olmasa bile geri alma sebebinin gerçekleştiği kabul edilmelidir.²⁰⁵

E. MİRASI RET HAKKININ DÜŞMESİ

TMK 610/II hükmü uyarınca ret süresi sona ermeden terekenin olağan yönetimini aşacak şekilde tereke işlemlerine karışan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçının mirası reddetme hakkı düşmektedir. Türk öğretisinde genel olarak olağan yönetimi aşacak şekilde tereke işlerine karışma şeklindeki fiillerin mirası iradeyi gösteren hareketlerle ya da örtülü olarak kabul anlamına geldiği ifade edilmektedir.²⁰⁶ Tereke mallarını gizleme ya da kendine mal etme niteliğindeki davranışlar bakımından ise öğretilerde burada mirasçının cezalandırılmasının amaçlandığını

gerçekesiyle bu yönde Cüneyt Pekmez, 'Bağışlananın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 213, 222 dn 27, 227.

203 Eğer saikte yanılmanın gelecekteki olaylara ilişkin olarak da gerçekleşebileceği yönündeki görüş kabul edilirse (tartışma ve bu yönde görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014) §36 para 25-26) bu hükmü saikte yanılmanın özel bir görünümü olarak nitelendirmek de düşünülebilir.

204 TBK 295-296'da bağışlananın geri alınmasına ilişkin kuralların kanuni uyarılma kuralları olduğu yönünde Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020) 179, 331.

205 Aksi fikirde Pekmez (n 202) 222 dn 27.

206 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 615; Serozan ve Engin (n 158) §6 para 68; Osman Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2021) para 1846; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2020) 359; İlhan Helvacı, *Mirasın Reddi* (Filiz 2002) 130. Tereke işlerine karışma sonucu ret hakkının düşmesi için mirasçının bu yönde bir iradesinin bulunmasının gerekçesi gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu yönde subjektif bir irade şart olmayıp değerlendirme tamamen objektif olarak yapılacaktır. Bir diğer görüşe göre mirasçının somut olaydaki subjektif amacı dikkate alınacaktır. Nihayet son görüşe göre bu konuda güven prensibinden hareket edilecektir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 615-616, Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020) TMK 610 para 898-899.

savunanlar olduğu gibi,²⁰⁷ bu tür fiilleri tereke işlerine karışma halinde olduğu gibi iradeyi gösteren hareket olarak değerlendirilenler de vardır.²⁰⁸

Kanaatimizce burada kanun koyucunun baskın amacı hiçbir fiil bakımından mirasçıyı caydırmak değildir. Tereke işlerine karışma niteliğindeki fiillerde olduğu gibi, tereke malını gizleyen ya da kendisine mal eden mirasçı da terekeye ait bir değere sahip çıkmakta ve adeta mirasçılık sıfatı (en azından söz konusu değer bakımından) kesinleşmiş gibi hareket etmektedir. Bu davranış somut olayın koşullarına göre iradeyi gösteren davranış olarak mirasın kabulü sonucunu doğurabilir. Somut olayın özelliklerine göre bu sonuca varılamasa bile, mirasçının bu davranıştan sonra mirası reddetmeye kalkması çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.

Öğretide tereke mallarını gizleyen ya da kendine mal eden kişinin mirası ret hakkının düşebilmesi için söz konusu fiilleri mirasçılık sıfatını bilerek yapması gerektiği²⁰⁹ belirtilmektedir.²¹⁰ Bu şartın aranması hükümde tanımlanan davranışların mirasçılık sıfatının benimsenmesi olarak görüldüğü veya bundan sonra mirası reddetmenin çelişkili davranış teşkil edeceği yaklaşımıyla tutarlıdır. Zira ancak mirasçılık sıfatını bilen kişinin davranışı mirası kabul iradesi taşıyabilir. Sonuç olarak burada, bu çalışmada benimsenen anlamda, bir özel hukuk cezası mevcut değildir.²¹¹

F. ISMARLANMAMIŞ MALLARIN GÖNDERİLMESİ

TBK 7 hükmü uyarınca ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz ve alıcı ürünü geri göndermek ya da saklamakla yükümlü değildir. Hatta alıcının gönderilen şeyi kullanabileceği veya tüketebileceği de kabul edilmektedir.²¹² Öğretide bu hükmün tüketiciyi korumayı amaçladığı

207 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 614; Serozan ve Engin (n 158) §6 para 69; Çabri (n 206) TMK 610 para 904; Müge Ürem, 'Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller' (2019) 14(175) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 779, 805; hükmün amacının bir mirasçının diğer mirasçılar ya da alacaklılar aleyhine malvarlığı değerlerini kendine hasretmesini önlemek ve bu şekilde diğer mirasçılar ile alacaklıları korumak olduğu, hükmün cezalandırıcı bir nitelik taşıdığı yönünde Helvacı (n 206) 128. İsviçre öğretisinde Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts* (5th edn, Stämpfli 2002) para 36; caydırıcı etki doğurmayı amaçlayan bir cezanın söz konusu olduğu yönünde Matthias Häuptli, 'Art. 571' in Daniel Abt and Thomas Weibel (eds), *Erbrecht - Praxiskommentar* (Helbing & Lichtenhahn 2007) 953-956 (yazar ayrıca diğer mirasçılar ya da alacaklıları kötü duruma düşürme veya onların aleyhine kendine bir menfaat sağlama kastı aramaktadır). İmre ve Erman ise bu tür fiillerin miras hukukuna ilişkin bir haksız fiil teşkil ettiğini, Fransız Hukuku'nda benimsenen tereke mallarını gizleyen ya da zimmetine geçiren mirasçının mal üzerinde hiçbir miras hakkı ileri süremeyeceği hükmü bir medeni hukuk cezası iken, Türk kanun koyucunun herhangi bir cezai hüküm koymadığını savunmaktadır ((n 206) 361-362).

208 Antalya ve Sağlam (n 206) para 1846; İsviçre öğretisinde Orel Füssli Kommentar-Müller and Stamm-ZGB 571 (n 154) para 1; hükümdeki bütün fiiller bakımından mirasçının, mirasçılık sıfatı kesinleşmiş gibi davrandığı ve bu kişinin daha sonra mirası reddetmesinin dürüstlük kuralının bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceği yönünde Basler Kommentar-ZGB-II-Schwander Art 571 para 4; Heizmann (n 1) para 555.

209 Örneğin atanmış mirasçılar bakımından henüz vasiyetname açılmadan mirasçılık sıfatının bilinmediği söylenebilir.

210 Kocayusufpaşaoğlu, *Miras* (n 158) 614, Helvacı (n 206) 129.

211 Aynı yönde Heizmann (n 1) 557.

212 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 154; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Bası, Seçkin 2019), para 1321; Muzaffer Şeker, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)' (2013) 12(24) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 81, 92.

belirtilmekte²¹³ ve yalnızca alıcının tüketici olduğu durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.²¹⁴ Nitekim TKHK 7 hükmü de benzer yöndedir ve sipariş edilmediği hâlde gönderilen mallar ya da sunulan hizmetler bakımından tüketiciye karşı herhangi bir hak sürülemeyeceğini açıkça belirtmektedir. Bu hükümler uyarınca yalnızca sözleşmesel talepler dışlanmamakta, tüketici haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanarak da sorumlu tutulamamaktadır.²¹⁵ Her ne kadar bu hükmün teşebbüsleri tüketicilere ısmarlanmamış malların gönderilmesi davranışından caydırmayı amaçladığı söylenebilir de²¹⁶ bizce burada hüküm doğrudan gönderene odaklanmamakta ve tüketicinin korunması amacı daha ağır basmaktadır.²¹⁷

Hükmün temel amacının göndereni cezalandırmak olmadığını gösteren önemli bir nokta şudur: Hüküm yalnızca ısmarlanmamış malı gönderenin kusurlu olduğu hallerde uygulanmamaktadır. ısmarlanmamış ürün gönderenin hiçbir kusuru olmaksızın, ürünü sipariş eden bir kişiye gönderdiği ancak örneğin kargo şirketinin hatası sonucu, ürünün bir başkasına teslim edildiği ve bu durumun alıcı tarafından anlaşılamayacağı varsayılın. Bu durumda TBK 7 veya TKHK 7 uygulama alanı bulur mu?

213 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 153; M. Murat İnceoğlu ve Başak Başoğlu, 'Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi' iç Baki İlkay Engin, Başak Baysal ve Tülay Aydın Ünver (edr) *Prof. Dr. Rona Serozani Armağan Cilt II* (On İki Levha 2010) 981, 982.

214 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 153 (Yazar burada bir açık kanun boşluğu olduğunu ve bu boşluğun TKHK 7 hükmü ile doldurulması gerektiğini belirtmektedir); aksi yönde Ömer Çınar, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre ısmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi ve Sonuçları' (2012) 2(1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 126-127. İsviçre hukuku bakımından hükmün hazırlık çalışmaları ve gerekçesi de dikkate alınarak bu yönde Basler Kommentar-OR I-Zellweger-Gutknecht ve Bucher, Art 6a para 4.

215 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1011 (yazarlara göre tüketici malı satması halinde sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borcu söz konusu olur, bkz. 1018-1019); tüketicinin haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde Antalya, *Cilt V/1, I* (n 212) para 1324. Gümüş, bazı yazarların medeni hukuk cezası olarak gönderene iade talebi tanımadığını ancak hâkim görüş uyarınca gönderenin istihkak talebinin mevcut olduğunu belirtmektedir (Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 156). İstihkak talebi tanınması gerektiği yönünde: İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1012, Çınar (n 214) 133; gönderene iade konusunda talep hakkı tanınmaması gerektiği yönünde: Antalya, *Cilt V/1, I* (n 212) para 1323.

216 Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar* (n 203) §18 para 22; hükmün tüketiciyi koruma amacının yanında işletmelerin ısmarlanmamış mal ya da hizmet sunarak belirsiz bir durum yaratıp bunu kötüye kullanmalarını önlemeyi amaçladığı yönünde Aydın Zevkililer ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016) 141; hükmün tüketiciyi koruma amacına ek olarak haksız pazarlama tekniklerinin önüne geçmeyi ve malı göndereni cezalandırmayı amaçladığı yönünde İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1016; İsviçre Hukuku'nda Heizmann (n 1) para 434; Alman Hukuku'nda benzer nitelikteki BGB §241a hükmü bakımından hükmün caydırıcı amaç taşıdığı yönünde Heinz-Peter Mansel, 'BGB §241a' in Rolf Stürner (ed) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (18th edn, Beck 2021) para 1; Christian Berger, 'Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB' (2001) *Juristische Schulung* 649, 650; Günter Christian Schwarz, '§ 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik - Zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie' (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 1449, 1450. Belirtmek gerekir ki Alman Hukuku'nda BGB §241a hükmü bakımından hâkim görüşe göre, Türk öğretisinden farklı olarak, gönderenin istihkak talebi mevcut değildir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz. İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1013.

217 İsviçre Hukuku öğretisinde ve ilgili kanun değişikliğinin gerekçesinde hükmün genellikle düşük değerli şeylere ilişkin olmasından hareketle, tüketicinin ekonomik menfaatlerinin korunmasından ziyade ısmarlanmamış şeyi alanın bunu muhafaza yükümlülüğü olup olmadığı konusunda hukuki belirliliği sağlamayı amaçladığı belirtildiği gibi (Claire Huguenin, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd edn, Schulthess 2019) para 219; *Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Förderung der Konsumenteninformation und zu einem Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Die Entstehung von Obligationen)* vom 17. Mai 1986, BBl 1986 II 354 ff, 385), hükmün bu iki amaca birlikte hizmet ettiği de savunulmuştur (bkz Heizmann (n 1) para 432).

Aslında bu soruya verilecek cevap, hükmün temel (ağır basan) amacının ne olduğu konusunda da yol göstericidir. Eğer hükmün ağır basan, öncelikli amacı tüketiciyi korumak ise hükmün bu ihtimalde de uygulanması beklenir. Zira ısmarlanmamış şeyi alan kişinin perspektifinden gönderenin kusurlu olup olmadığı bir fark yaratmamaktadır. Şayet hükmün ağır basan amacı göndereni (daha doğrusu ısmarlanmamış şeyi gönderme gibi agresif bir pazarlama yöntemine başvuranı) cezalandırmak ise hükmün bu ihtimalde uygulanmaması gerekir. Zira gönderen bu ihtimalde böyle bir agresif pazarlama tekniğine başvurmadığı gibi kusuru da bulunmamaktadır.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 6a/III uyarınca yalnızca ürünün yanlışlıkla gönderildiğinin açık olduğu durumlarda alıcının göndericiyi bilgilendirme yükümü söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yer alan bu hüküm yasalaşan metinde yer almasa da öğretide dürüstlük kuralından yola çıkarak aynı sonuca varılabileceği belirtilmektedir.²¹⁸ Bu yaklaşım da hükümde esasen fiili gerçekleştiren kişiye değil, tüketicie odaklanıldığını göstermektedir. Bu çalışmada savunulan görüşe göre malı gönderenin herhangi bir kusurunun olmadığı ve yanlışlıkla gönderildiğinin de tüketici tarafından açıkça anlaşılmadığı hâllerde hükmün uygulanması yerinde olur.²¹⁹ Hükmün bu durumlarda da uygulanacak olması kanun koyucunun ağır basan amacının göndereni cezalandırmak değil, tüketici bakımından hukuki belirlilik sağlayarak onu korumak olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak TBK/TKHK 7 hükümleri (en azından bu çalışmada tanımlandığı şekliyle) özel hukuk cezası niteliğinde değildir.²²⁰

G. MANEVİ TAZMİNAT

TBK 58/I uyarınca “*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*”. Manevi tazminat talebine ayrıca kişiliğin korunmasına ilişkin davalara ilişkin düzenlemede de yer verilmiştir (TMK 25/III). Bu genel düzenlemeler dışında TMK ve TBK'da çeşitli bağlamlarda manevi tazminata ilişkin düzenlemelere de rastlanmaktadır (örn. TMK 26/II; TMK 121; TMK 174/II; TBK 56).

Manevi tazminatın amacının ne olduğu çok tartışmalı bir konudur ve bu konudaki görüşler birçok başlık altında incelenir (denkleştirme, tatmin, telafi, cezalandırma, önleme/caydırma vb.).²²¹ Konumuz bakımından bu görüşleri iki başlık altında toplamak amaca uygun olur: mağdur odaklı yaklaşımlar ve fail odaklı yaklaşımlar.

218 Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 22; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 155; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Yetkin 2017) 271; Şeker (n 212) 92; Antalya, *Cilt V/1, 1* (n 212) para 1237; Zevkliler ve Özel (n 216) 142; İnceoğlu ve Başoğlu (n 213) 1020; tüketicinin iyi niyetli olmadığı durumlarda böyle bir yükümlülüğün söz konusu olacağı yönünde Çınar (n 214) 134.

219 Aksi fikirde Heizmann (n 1) para 752: Yazar bu yaptırımı özel hukuk cezası niteliğinde görmekte ve bunun sonucu olarak kusur ilkesinin uygulanacağını savunmaktadır. Yazar bu görüşüyle tutarlı olarak ısmarlanmamış bir malı kusuru olmadan gönderen bakımından bu yaptırımı uygulamamaktadır.

220 Aksi yönde: Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Heizmann (n 1) para 434-436.

221 Görüşler hakkında Çiğdem Kırcı, 'Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği' *Yargıtay Dergisi* (1999) 25(3) 242, 244 vd.; Erlütle (n 7) 70 vd.; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha 2019) para 6.5 vd.

Manevi tazminat yaptırımının temel amacının cezalandırma veya caydırma olduğunu kabul eden görüşler²²² fail odaklı bir yaklaşım benimsemiş olur. Bu yaklaşıma göre yaptırımla öncelikli olarak failin cezalandırılması veya muhtemel failerin bu tür davranışlardan caydırılması hedeflenir; mağdur ikinci plandadır. Bu yaklaşım benimsenirse manevi tazminat yaptırımının bir özel hukuk cezası olduğu savunulabilir.

Manevi tazminat yaptırımının temel amacının mağdurun duyduğu acı ve üzüntünün kendisine bir miktar para ödenmesi suretiyle hafifletilmesi veya dindirilmesi (denkleştirme görüşü)²²³, onun uğradığı (objektif olarak belirlenecek) manevi zararın telafi edilmesi (telafi görüşü)²²⁴ ve onun uğradığı haksızlık karşısında oluşan öfke ve intikam duygularının tatmin edilmesi (tatmin görüşü)²²⁵ olduğunu kabul eden görüşler ise mağdur odaklı bir yaklaşım benimsemiş olur. Bu yaklaşımların neredeyse hiçbiri²²⁶ manevi tazminat yaptırımını bir özel hukuk cezası niteliğinde görmez.²²⁷

222 Bu görüşler hakkında bkz Kırcı (n 221) 249-252; Erlüle (n 7) 70-74; Şeref Ertaş, 'Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti' iç Yavuz Alangoya (ed) *Prof Dr İlhan E Postacıoğlu'na Armağan* (Bayrak 1990) 73-77; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuki Sorumluluk* (3. Bası, Turhan 2008) 388-389. Türk hukuku bakımından bu yönde görüşler için bkz. Yaşar Karayalçın, 'Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması' (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 274; Çelik Ahmet Çelik, *Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı* (Legal 2006) 53 dn 6.

223 Bu görüş, Türk ve İsviçre hukuklarındaki hâkim görüştür: Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 715; Selâhattin Sulhi Tekinay ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 655-656; Kılıçoğlu, *Basın* (n 222) 391; Henrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013) §10 para 2; Heinz Rey and Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018) para 498; Roland Brehm, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (3rd edn, Stämpfli 2006) para 9; Koller (n 122) para 46.63. Yargıtay ve İFM kararları için Yargıtay 3 HD, E 2020/9615 K 2021/104, 19.01.2021; Yargıtay 3 HD, E 2015/9194 K 2015/13913, 10.09.2015; BGE 123 III 15; BGer, 21.2.2001, 1A.235/2000, Erw 5d. Buna karşılık manevi tazminatın bir "özel hukuk cezası" olarak nitelendiği bir BAM kararı için bkz İzmir 4 BAM, E 2021/305 K 2021/2178, 8.11.2021. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

224 Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 808-809; Erlüle (n 7) 81 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 221) para 6.13; Yargıtay'ın bu görüşe yakın, güncel bir kararı için bkz Yargıtay HGK, E 2017/2602 K 2021/1448, 18.11.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; bazı farklılıklar içermekle birlikte benzer şekilde Rona Serozan, 'Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım' iç *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990) 67, 86; Yazar, manevi tazminatın maddi tazminatı tamamlayıcı ve bir sosyal gereksinimi karşılayıcı şekilde telafi edici işleve sahip olduğunu savunmaktadır.

225 Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn, Schulthess 1995) §8 para 11-12.

226 Yalnızca tatmin görüşü bakımından bu hususun tereddüt uyandırdığı söylenebilir. Zira Alman hukukunda yüksek mahkemelerce manevi tazminat yaptırımının denkleştirme işlevinin yanında tatmin işlevinin de bulunduğu kabulü [BGHZ 18, 149 (154 ff); BGHZ 128, 117 (120 ff); BGHZ 212, 48, 48 ff] öğretilerde manevi tazminatın bir özel hukuk cezası olduğu yönünde görüşlerin ileri sürülmesi neden olmuştur (Kırcı (n 221) 248-249; Erlüle (n 7) 73; Alman hukukunda manevi tazminatın çifte etkisi (denkleştirme ve tatmin) olduğunu kabul etmekle birlikte, failden çok mağdurun ön planda olduğu, bu yaptırımda cezai bir unsur olmadığı, caydırıcılığın ise yalnızca bir yan etki olduğu yönünde Hartmut Oetker, 'BGB §253' in Wolfgang Krüger (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, (9th edn, Beck 2022) para 10-14). İsviçre hukukunda ise tatmin görüşünü kabul eden Oftinger ve Stark manevi tazminatın temelinde cezanın (özellikle kefaletin) yattığı düşüncesinin çoktan aşıldığını ifade ederek, ön planda mağdurun maruz kaldığı haksızlığın bulunduğu ifade etmektedirler (Oftinger and Stark (n 225) §8 para 8).

227 Manevi tazminatın cezai nitelikte olmadığı yönünde Yargıtay İBGM, E 1966/7 K 1966/7, 26.06.1966 (RG, 28.7.1966/12360); Yargıtay 4 HD, E 2016/13536 K 2018/7775, 10.12.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Schulthess 1979) 127; Serozan, 'Manevi Tazminat' (n 224) 85; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010) 330-331 ("cezai

Günümüzde manevi tazminatı mağdur odaklı bir yaptırım olarak gören yaklaşımın hâkim olduğu söylenebilir.

Bu çalışmada da manevi tazminatın mağdur odaklı bir yaptırım olduğu görüşü benimsenmekte ve bu yaptırımın bir özel hukuk cezası olmadığı sonucuna varılmaktadır.²²⁸ Manevi tazminata kefaret işlevi yükleyen anlayışın artık yalnızca tarihsel önemi olan,²²⁹ çoktan aşılış bir anlayış olarak görülmesi gerekir.²³⁰ Caydırıcı/önleyici işlev ise manevi tazminatın temel işlevi değil, olsa olsa ikincil bir işlevi ya da bir yan etkisi olarak görülebilir.²³¹ Manevi tazminatın kusursuz sorumluluk hâllerinde de talep edilebilmesi²³² bu yaptırımın bir özel hukuk cezası olmadığı yönünde önemli bir gösterge teşkil eder.²³³ Ayrıca manevi tazminat yükümlüsünün ölümü hâlinde mirasçılarının bu borçtan sorumluluklarının devam etmesi de manevi tazminatın özel hukuk cezası niteliğinde olmadığını göstermektedir.²³⁴

Ğ. HUKUKA VE AHLAKA AYKIRI AMAÇLA VERİLEN ŞEYİN GERİ İSTENEMEMESİ

Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında yer alan TBK 81 hükmü uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemeyeceği gibi, açılan davada hâkimin söz konusu şeyin devlete mal edilmesine karar vermesi de mümkündür. Türk ve İsviçre öğretilerinde savunulan bir görüşe göre söz konusu hüküm hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesini sağlamayı amaçlayan kişiyi cezalandırmayı amaçlamaktadır.²³⁵ Bir başka görüşe göre ise hükmün amacı hukuka veya ahlaka aykırı amaçla

faktörün ehemmiyetinin” tamamen inkâr edilemeyeceği çekincesiyle); Rey and Wildhaber (n 223) para 498; Honsell, Isenring and Kessler (n 223) §10 para 3; Water Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012) para 2615; Baysal, *Haksız Fiil* (n 221) para 6.12; BGer, 21.2.2001, 1A.235/2000, Erw 5d; BGE 123 III 16.

228 Aynı şekilde Heizmann (n 1) para 608. Bu çalışmanın kapsamını aştığı için mağdur odaklı görüşlerden hangisine üstünlük tanınması gerektiği hususunda bir fikir beyan edilmemektedir.

229 Manevi tazminatın tarihsel gelişimi için Erlüle (n 7) 64-70.

230 Serozan, ‘Manevi Tazminat’ (n 224) 85.

231 Erlüle (n 7) 86; Baysal, *Haksız Fiil*, para 6.18; Serozan, *Manevi Tazminat* (n 224) 88-89; MüKo-Oetker (n 226) BGB §253 para 10-14; Ertaş (n 222) 82. Yargıtay Soma maden faciasına ilişkin kararlarında manevi tazminatın caydırıcılık unsuruna da vurgu yaparak bu hususu takdir edilecek tazminat miktarı bakımından dikkate almıştır. Bu yöndeki bir karar örneği için Yargıtay 21 HD, E 2016/16351 K 2017/10445, 12.12.2017 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

232 Yargıtay İBGK, E 1966/7 K 1966/7 26.6.1966 (RG, 28.07.1966/12360); Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 134.9.

233 Erlüle (n 7) 82; Ertaş (n 222) 81; Gülleryüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 344.

234 von Tuhr and Peter (n 227) 127; Ertaş (n 222) 81.

235 Pınar Çağlayan Aksoy, ‘Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme’ (2015) 31(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 131, 136; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)* (İstanbul Üniversitesi 1976) 613; Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990) 113; TBK 81’deki iade yasağının özünde ceza anlayışının yattığı yönünde Serozan, Baysal ve Sanlı (n 6) §25 para 13; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 25 (yazarlar açıkça bu hükmün bir medeni hukuk cezası olduğunu belirtmektedir); Antalya, *Cilt V/1, 2* para 3159; yeni düzenlemenin (Devlete mal etme) bu görüşü desteklediği yönünde Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 620; Yazar bu hükmü, özel hukukla bağdaşmayan

hareket eden ve bu davranışına dayanarak talepte bulunan kişi/kişileri hukuk düzeninin sağlayacağı korumadan yoksun bırakmaktır.²³⁶ Benzer bir başka görüşe göre ise hükmün amacı, mahkemelerin hukuka ve ahlaka aykırı amaçla hareket eden kişi/kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarla uğraşmamasını sağlayarak mahkemelerin hukuka aykırı bir edime hükmetmek zorunda kalmasını ve kaynaklarının bu gibi uyuşmazlıklara harcanmasını önlemektir.²³⁷

Hükmün kişileri cezalandırma amacı güttüğü görüşüne karşı olarak, her iki tarafın da kınanan amaçla hareket ettiği durumda yalnızca ifade bulunan tarafın cezalandırıldığı²³⁸, cezanın fiili işleyen kişinin kusuruyla orantılı olarak artıp/azalmadığı²³⁹ ve hukuka/ahlaka aykırı amacın gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınmadığı²⁴⁰ ileri sürülmektedir. Belirtmek gerekir ki bu gerekçeleri ileri süren yazarlardan bazıları, hükmün caydırma amacı taşıdığını savunmaktadır.²⁴¹ Söz konusu yazarlar caydırma amacı ile cezayı birbirinden ayırmaktadır. Bu yaklaşım “ceza” kavramının kefaret ile sınırlı tutulduğu izlenimini uyandırmaktadır.²⁴² Bu çalışmada benimsenen görüşe göre özel

bir tür müsadere hükmü olarak nitelenmektedir; İsviçre öğretisinde von Tuhr and Peter (n 227) 491; Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964) 302; Heizmann (n 1) para 466. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde kararları vardır. Bkz BGE 74 II 23, 27 f.; BGE 75 II 293, 298; BGE 102 II 401, 411 (caydırıcılık).

236 Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 922; Tekinay ve diğerleri (n 223) 739; “eli kirli olanın” hukuki korumadan yararlanamamasının doğal olduğu yönünde Serozan, Baysal ve Sanlı (n 6) §25 para 13; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri C. 3* (Sulhi Garan 1971) 149; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku* (3. Bası, Güney 1950) 617. Alman öğretisinde bu görüşün hâkim olduğu yönünde: Adrian Schmidt-Recla, ‘Von Schneebällen und Drehkrankheiten – Vergleichende Überlegungen zur Restitutionsperre des § 817 S. 2 BGB’ (2008) 63(2) *JuristenZeitung* 60, 62. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararları için: BGE 84 II 179, S. 184; BGE 75 II 293, S. 298 ve BGE 102 II 401, 411. Bu görüş, hükmün neden kişileri hukuki korumadan yoksun bıraktığını açıklamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir: Claus-Wilhelm Canaris, ‘Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen’ in Jürgen F Baur, Klaus J Hopt and K. Peter Mailänder (eds) *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* (de Gruyter 1990) 519, 523; Lars Klöhn, ‘Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts’ (2010) 210(6) *Archiv Für Die Civilistische Praxis* 804, 816; Heizmann (n 1) para 467. Ayrıca bu görüşün öğretilde, hukukun kategorik olarak bazı uyuşmazlıkları göz ardı edemeyeceği gerekçesiyle eleştirildiği yönünde Rüedi (n 154) para 162.

237 Klöhn (n 236) 818-819 (yazar hukuka aykırı edime örnek olarak, Alman Hukuku bakımından, silah satış yetkisi olmayan satıcının sattığı silahı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri istemesini vermektedir). Klöhn caydırma amacı ile birlikte bu görüşü kabul etmektedir (bkz 817-819). Mahkemelerin talebi reddedebilmesi için her hâlikârda vakiaları incelemesi gerekeceği ve dolayısıyla hukuka/ahlaka aykırı olayların mahkeme önünde tartışılmasının engellenemeyeceği yönünde: Honsell (n 19) 334. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün tarafları hukuka/ahlaka aykırı uyuşmazlıkları hukuk mahkemesi önüne getirmekten caydırması olasıdır. Son olarak, ceza mahkemelerinin bu türden uyuşmazlıklarla hâlihazırda ilgilendikleri, bu sebeple hükmün amacının mahkemeleri bu tür “kirli” uyuşmazlıklarla uğraştırmamak olamayacağı yönünde Rüedi (n 154) para 171.

238 Klöhn (n 236) 815; Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn, Oxford 2015) 714-715; Honsell (n 19) 334; Rüedi (n 154) para 198; 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’ndaki ilgili düzenlemelerde de şeyin devlete mal edilebilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

239 Klöhn (n 236) 815; Virgo (n 238) 714-715; Honsell (n 19) 334; Rüedi (n 154) para. 199. Bir görüşe göre hüküm, kusurun ağırlığını esas almaması sebebiyle, bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesi hâlinde anayasaya aykırı olur: bkz Schmidt-Recla (n 236) 64. Ayrıca hükmün ahlaka aykırı davranışları yaptırma bağlaması ve neyin ahlaka aykırı olduğunun kanun değil mahkeme tarafından belirleneceği sebebiyle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı yönündeki görüş için Rüedi (n 154) para 187 (yazar şu esere atıf yapmaktadır: Werner Thommen, *Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht*, Diss Zürich 1953, 11).

240 Rüedi (n 154) para 199.

241 Canaris (n 236) 523-525; Klöhn (n 236) 817; İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında hükmün önleyici amaç taşıdığını vurgulamıştır: BGE 102 II 401, 411.

242 Wagner’e göre de hükmün amacının kefaret olduğunun kabulü hâlinde yerinde görülebilecek söz konusu itirazlar,

hukuk cezasının belirleyici unsuru caydırma amacı olduğundan,²⁴³ hükmün neden caydırma amacı taşıdığı ve buna karşı ileri sürülen görüşlerin açıklanması önem arz etmektedir.

Hükmün caydırma amacı taşıdığını savunan görüşlere göre hüküm, hem söz konusu amaçları gerçekleştirmek için ifada bulunan tarafı caydırmakta, hem de ifa lehtarını ifayı elde ettikten sonra hukuka ya da ahlaka aykırı fiili gerçekleştirmemek yönünde teşvik etmektedir.²⁴⁴ Bu görüşe karşı olarak ise her iki tarafın da söz konusu amaç bakımından kınanabilir olduğu hâllerde hükmün adeta iki ucu keskin bir bıçak olduğu belirtilmektedir. Örneğin, kaçak çalıştırılan işçi örneğinde eğer işçinin emeğinin karşılığını alabilmesi ve işverenin ödediği bedeli geri alamaması çözümü benimsenirse işçilerin kaçak çalışmaya karar vermesi daha kolay olabilecektir.²⁴⁵ İşçilerin emeklerinin karşılığını alamadığı hâlde ise işçiler caydırılacak ancak işveren caydırılmamış olacaktır.²⁴⁶ Yine benzer bir görüşe göre, iki tarafın da caydırılması gerektiğinde hangisinin daha çok caydırılması gerektiğini tespit etmek mümkün olmayabilir ve bu durumda caydırıcılık fonksiyonu anlamsızlaşır.²⁴⁷

Kanaatimizce, yukarıda açıklanan gerekçeler göz önünde alındığında, caydırıcılığı fiilen sağlayabileceği tartışmaya açık olsa da hüküm hukuka aykırı fiilleri caydırmayı amaçlamaktadır ve hükmün olası diğer amaçları bu amaçtan daha baskın görünmemektedir.²⁴⁸ TBK 81 hükmünün (özellikle verilen şeyin devlete mal edildiği durumlarda) bir tür müsadere hükmüne benzetilmesinde²⁴⁹ haklılık payı bulunmaktadır. Aslında suç teşkil eden fiiller bakımından eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin TCK 54 ile 55 hükümleri bu hükmün amaçladığı sonucu büyük ölçüde yerine getirmektedir.²⁵⁰ Ancak hüküm yine de ek bir caydırıcılık sağlamaktadır. Zira hukuka aykırı olmakla birlikte suç teşkil etmeyen fiiller ve yalnızca anlaşma aşamasında kalıp henüz icrasına başlanmayan davranışlar bakımından TCK

hükmün amacı olarak genel önleyicilik düşüncesi ele alındığında ikna gücünü kaybetmektedir: Wagner (n 82) 366-367.

243 Benzer şekilde Heizmann (n 1) para 454.

244 Zira bu kişi kendi edimini yerine getirmese bile elde ettiği edimi elinde tutabilecektir. Heizmann (n 1) para 460; Rüedi (n 154) para 182. Ancak Türk hukukunda olduğu gibi şeyin devlete mal edilebilmesine karar verilebilmesi durumunda, hükmün ifa lehtarını elde ettiği ifayı kaybetmemek için hukuka aykırı fiili işlemeye teşvik edebileceği belirtilmektedir. Heizmann (n 1) para 465.

245 Benzer bir düşünceyle, hükmün hukuka aykırı işlerle uğraşan kişileri, ödemeyi önce alacakları ihtimalini gözeterek bu türden sözleşmeler yapmaya teşvik edeceği yönündeki görüş için bkz. Rüedi (n 154) para 177 ve orada anılan eserler.

246 Schmidt-Recla (n 236) 64.

247 Gerhard Dannemann, 'Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims' in David Johnson and Reinhard Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* içinde (Cambridge 2004) 310, 314-315. Ancak bir başka görüş ise hükmün hangi taraf ilişkisi bozabilmek için en iyi pozisyondaya o tarafı hedef alacak şekilde uygulanması gerektiğini, böylece bu tarafın sözleşmeye uyacağı hususunda karşı tarafı ikna etmesinin zorlaşacağını savunmaktadır. Bkz Klöhn (n 236) 845-846.

248 Farklı olarak hükmün cezalandırıcı bir etkisinin olduğu ancak bunun hükmün amacı katına çıkarılamayacağı, öğretilde ileri sürülen amaçlardan hiçbirinin baskın olmadığı ve hükmün amaçsız olduğu yönünde Rüedi (n 154) para 198-202.

249 Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 620.

250 Türk Ceza Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesi yaptırımı bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir (Bkz Özgenç (n 15) 853; Zafer (n 32) 597 vd). Müsadere kurumu cezanın caydırıcılığını pekiştirici bir işleve sahiptir. Şöyle ki bu kurum sayesinde failin işlediği suçla bağlantılı olarak elde ettiği kazanç kendisinden alınmaktadır. Böylece failin elde ettiği kazancı elinde tutabileceği düşüncesiyle cezaya razı olup suçu yine de işleme yönünde bir güdüye kapılması engellenmiş olur. Müsaderenin caydırıcı etki taşıdığı yönünde Hüseyin Acar, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019) 153-154.

54-55 uygulanabilir değildir.²⁵¹ İşte, TBK 81 hükmü, hukuka aykırı bir fiili teşvik etmeyi amaçlayan kişinin, söz konusu amacın gerçekleşmemesi hâlinde sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediği bedeli geri almasını engelleyerek bu kişinin malvarlığında bir eksilmeye yol açmakta ve dolayısıyla bu türden fiilleri teşvik etmeyi düşünen kişiler için hukuk düzeninde hâlihazırda yer alan olası caydırıcı hükümlere ek bir caydırıcılık sağlamayı amaçlamaktadır. Bunlara ek olarak hüküm hukuka aykırı hâllerde uygulandığından ve kasıt arandığından²⁵² burada bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezası söz konusudur.²⁵³

Son olarak, TBK 81 hükmünün aynı talepleri dışlayıp dışlamayacağı öğretide tartışmalıdır.²⁵⁴ Bu çalışmada tanımlanan şekliyle bir özel hukuk cezası olarak kabul edildiğinde, TBK 81 hükmü kıyas yasağına tabi olacaktır.²⁵⁵ Kıyas yasağı bu hükmün istihkak taleplerine uygulanmasına engel olur mu? Belirtmek gerekir ki hükmün sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ayırımı düzenlenmesinin olası sebebi, hükmün tipik olarak uygulanacağı hâlin bir miktar para ödenmesi olduğunun düşünülmüş olmasıdır. Hükmün lafzının da genel biçimde kaleme alındığından yola çıkarak, hükmün amacının iade yasağını sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerle sınırlamak olmadığı görüşü kabul edilirse, kıyas yoluna başvurmadan doğrudan amaca yönelik yorumla istenen sonuca varılabilir. Nitekim ceza hukukunda da (kıyas teşkil etmediği müddetçe) amaca yönelik genişletici yorum mümkün görülmektedir.

H. TEMERRÜT FAİZİ

Para borçlarında temerrüdün önemli bir sonucu, borçlunun temerrüt faizi ödemek zorunda kalmasıdır (TBK 120). Temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun kusuru veya alacaklının temerrüt sebebiyle zarara uğramış olması gerekmez.²⁵⁶ Ödenecek olan temerrüt faizinin alacaklının zararını aşmasına kanun tarafından izin verilmiş olması burada bir özel hukuk cezasının olup olmadığı

251 Belirtmek gerekir ki kural olarak bir fiil suç teşkil etse dahi bu fiilin işlenmesi için yalnızca bir anlaşma yapılması hukukumuzda suç teşkil etmemektedir. Bunun istisnası TCK 316'da devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar için düzenlenmiştir. "Suç işlemeye tahrik" başlıklı TCK 214 hükmü ise yalnızca bu tahrikten alenen yapıldığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır.

252 Çağlayan Aksoy (n 235) 141-142; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 923; Rüedi (n 154) para 8.

253 Aynı yönde Heizmann (n 1) para 466-470.

254 Konuda savunulan görüşler ve dayanakları hakkında detaylı bir inceleme için bkz Çağlayan Aksoy (n 235) 163-165; Taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı olduğu için, TBK 81'in taşınmazların iadesine engel olacağı yönündeki kararlardan Yargıtay'ın hükmün istihkak talepleri bakımından da uygulanacağı görüşünde olduğu sonucuna varılabilir: Yargıtay 1 HD, E 2021/1687 K 2022/1118, 14.02.2022 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E 2016/2533 K 2018/15158, 03.12.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E. 2014/5752 K. 2015/5642, 16.4.2015 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 1 HD, E 2013/16427 K 2014/1373, 17.02.2014 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023; Yargıtay 4 HD, E 1957/2346 K 1957/6727, 11.11.1957, Sungurbey (n 236) 147'den naklen).

255 Bkz aş IV/B.

256 M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022) para 1600; Nomer, *Borçlar Genel* (n 5) para 190; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 925-926; Orell Füssli Kommentar-Kostkiewicz-OR 104 para 4; Tekinay ve diğerleri (n 223) 930; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 1123-1124; Rolf H. Weber and Susan Emmenegger, *Berner Kommentar - Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR (2. Bası, Stämpfli 2020)* Art 104 para 5; Yargıtay HGK, E 2012/418 K 2012/874, 28.11.2012; Yargıtay 15 HD, E 2019/1494 K 2019/932, 04.03.2019. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için temerrüt faizinin hukuki niteliği ve amacı ortaya konmalıdır.

Türk ve İsviçre öğretilerinde, kanunun, para borçlarında temerrüt sonucu alacaklının temerrüt faizi tutarında zarara uğradığını varsaydığı kabul edilmektedir.²⁵⁷ Dolayısıyla burada zararın giderilmesini amaçlayan, tazminat niteliğinde bir yaptırım söz konusudur. Her ne kadar temerrüt faizinin amaçlarından birinin borçluyu temerrüde düşmekten caydırmak olduğu söylenebilirse de tazminat niteliğindeki bu yaptırımın baskın amacı zararı gidermektir.²⁵⁸ Nitekim temerrüt faizi istenebilmesi için borçlunun kusurunun aranmaması da hükmün baskın amacının borçluyu caydırmak olmadığını göstermektedir. Zira yaptırımın birincil amacı bu olsaydı, borçlunun kusurlu olmadığı durumlarda bu yaptırımın uygulanmaması beklenirdi. Sonuç olarak temerrüt faizi bu çalışmada tanımlanan şekilde bir özel hukuk cezası niteliğinde değildir.²⁵⁹

Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde temerrüt faizine ilişkin özel bir düzenleme içeren TTK 1530/VII hükmü ayrıca ele alınmalıdır. Zira bu hükümle TBK uyarınca uygulanacak temerrüt faizi yaptırımını aşan bir yaptırım öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, alacaklıya yapılan geç ödemelere ilişkin temerrüt faizi oranı sözleşmede öngörülmemişse ya da öngörülse bile ilgili hüküm geçersizse uygulanacak temerrüt faizi oranı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından her yıl ilan edilecek orana göre belirlenecektir. Söz konusu faiz oranı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da²⁶⁰ öngörülen ticari işlere ilişkin temerrüt faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olacaktır.

Hükmün kaynağını, 2011/7/EU sayılı "Ticari İşlemlerde Geç Ödemeye Mücadele Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi" (Yönerge) teşkil etmektedir.²⁶¹ Yönerge'de, getirilen hükümlerin amacının ticari işlemlerde geç ödemeyi caydırmak olduğu belirtilmiştir.²⁶² TTK'nin 1530. maddesine 2-8. fıkraların eklenmesine ilişkin önergede de hükümlerin amacının büyük ve güçlü ticari işletmelerin geç ödemeyi bir finansman aracı olarak kullanmasının önüne geçmek olduğu belirtilmiştir.²⁶³ Nitekim öğretide

257 Oğuzman ve Öz, *Cilt I* (n 256) para 1602; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 925; Eren, *Borçlar Genel* (n 218) 1123; Tekinay ve diğerleri (n 223) 930; Weber and Emmenegger (n 256) Art 104 para 7; OFK-Kostkiewicz-OR 104 (n 256) para 4; Heizmann (n 1) para 520. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları vardır: Yargıtay HGK, E 1999/353 K 1999/929, 10.11.1999; ("Borçlu para borcunu vadesinde ödemediğinde (temerrüdü oluştuğunda) sözleşme veya yasa da belirlenen "gecikme faizi" ödeme yükümü altına girer. Bu durumda BK'nın 103. maddesi uyarınca alacaklının mutlak ve tartışmasız bir zarara uğradığı kabul edilmektedir. O nedenle alacaklıya, uğradığı zararı ispat yükümü verilmeksizin, en önemlisi borçlunun, kusuru olup olmadığı araştırılmaksızın yasa gereği kabul edilen zararı giderme hakkı tanınmıştır."); benzer yönde Yargıtay HGK, E 2012/418 K 2012/874, 28.11.2012; Yargıtay 15 HD, E 2021/967 K 2021/859, 15.03.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

258 Benzer yönde Heizmann (n 1) para 520.

259 Aynı yönde ibid para 520.

260 Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 3095, Kabul Tarihi: 04.12.1984, RG 19.12.1984/18610.

261 Yönerge'nin 7. maddesinin 6. fıkrasında, Yönerge kapsamında uygulanacak yasal temerrüt faizi oranının, Avro Bölgesi'ndeki ülkeler için Avrupa Merkez Bankasının 7. fıkrada belirtilen işlemlerde kullandığı faiz oranından en az sekiz puan fazla olması gerektiği belirtilmiştir. Avro Bölgesi'nde olmayan ülkeler bakımından temerrüt faizi ise, kendi merkez bankalarının uyguladığı eşdeğer faiz oranının en az sekiz puan fazlası olacaktır.

262 Yönerge, para 12.

263 Bkz TBMM Tutanak Dergisi Cilt 90, 51. Birleşim, 13 Ocak 2011, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?Id=e40ed3d1-ad9a-4dc6-b87b-0185ceac6fdb> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2023.

temerrüt faizine ilişkin 7. fıkranın amacının, ödeme borcunu zamanında yerine getirmeyen işletmeyi yüksek bir temerrüt faizi ödemek zorunda bırakarak cezalandırmak olduğu belirtilmektedir.²⁶⁴

Kanaatimizce hükmün odak noktası temerrüde düşen borçludur ve hükmün baskın amacı caydırıcılıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TTK 1530/II hükmü borçlunun temerrüde düşmesi için gecikmeden sorumlu tutulabiliyor olmasını aramaktadır.²⁶⁵ Nitekim Yönerge'nin 3. maddesinin ilk fıkrası da yüksek temerrüt faizi oranının uygulanabilmesi için borçlunun gecikmeden sorumlu tutulabiliyor olmasını şart koşmaktadır. Buradan, kanun koyucunun iradesinin söz konusu yaptırımını yalnızca kusurlu borçluya uygulamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu da hükmün baskın amacının caydırıcılık olduğu yönünde bir başka emaredir. Sonuç olarak söz konusu hüküm, bu çalışmada tanımlandığı şekliyle bir özel hukuk cezası niteliğindedir.²⁶⁶

I. YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya verenin belirli sebeplerle kiralananın tahliyesini sağlaması hâlinde onun, haklı bir sebebi olmadığı takdirde, kiralananı yeniden kiraya vermesi üç yıl süreyle yasaklanmıştır (TBK 355). Söz konusu tahliye sebepleri, gereksinim²⁶⁷ ile yeniden inşa ve imardır. Yeniden inşa ve imar amacıyla tahliye söz konusu olduğunda kiraya veren kiralananı eski hâliyle

264 Pınar Çağlayan, 'Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukuku'ndaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)' (2011) 27(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 173, 236; AB Yönergesi bakımından aynı yönde Yeşim M. Atamer ve Gül Okutan Nilsson, 'Para alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı' (2013) 29(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 31, 57 (yazarlar, TCMB'nin söz konusu faizi 3095 Sayılı Kanun'daki oranın 8 puan fazlası değil, %8 fazlası olarak belirlediği için küçük bir faiz farkı doğduğunu ve caydırıcı etkinin doğmayacağını belirtmektedir); hükmün cezalandırma yoluyla caydırma işlevi gördüğü yönünde Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26 dn. 11. Honsell de benzer şekilde AB Yönergesi'ndeki hükmün caydırma amacı taşıdığını ve ceza niteliğinde olduğunu belirlemekte ve hükmün İsviçre hukukuna alınmasına bu sebeple karşı çıkmaktadır (Honsell (n 19) 328-329).

265 Belirtmek gerekir ki öğretilerde bir görüş, bizce de yerinde olarak, hükmün lafzıyla uyumlu şekilde yüksek temerrüt faizi oranının ancak borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğu hâllerde uygulanabileceğini belirtmekte, borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâllerde ise temerrüdün şartlarının ve faiz oranının genel hükümlere göre belirleneceğini ileri sürmektedir (bkz Çağlayan (n 264) 230 vd). Bir başka görüş ise, hükümdeki gecikmeden sorumlu tutulamama ifadesinin gecikmenin objektif olarak borca aykırı bir davranış niteliği taşımadığı hâllerle sınırlı olarak anlamaktadır (Serkan Ayan, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı) 717, 368). Atamer ve Okutan Nilsson da ikinci görüşe katılmakta, TCMB'nin yüksek faiz oranını yasal oranın yüzde sekiz fazlası olarak belirlediği için yaptırımın ceza mahiyetinde yüksek olmadığı gerekçesiyle kusursuz borçluya uygulanmasının bir sorun doğurmayacağını belirtmektedirler (Atamer ve Okutan Nilsson (n 264) 60). Kanaatimizce hükümde açıkça kusur aranmamış olsaydı bile, hükmün baskın amacı caydırıcılık olduğu için hüküm yine de bir özel hukuk cezası teşkil ederdi ve bu sebeple yalnızca borçlunun kusurlu olduğu hâllerde uygulanması gerekirdi (bkz aş IV/C). Özel hukuk cezası niteliğindeki bir hükmün amaçlanan caydırıcılığı fiilen yaratmıyor olması ceza hukukunun genel prensiplerinin uygulanmasına engel değildir.

266 İsviçre'de de 2010 yılında, ticari işlerde geç ödemeyi caydırmak ve borçluların temerrüde düşerek adeta ucuz kredi kullanmalarını önlemek için, temerrüt faizi oranının %5'ten %10'a çıkarılmasını öngören benzer bir hüküm gündeme gelmiştir. Daha sonra söz konusu değişikliğin yapılmamasına karar verilmiş, bunun bir gerekçesi olarak ise bu yönde bir yaptırımın İsviçre hukukuna o ana dek yabancı olan bir tür cezalandırıcı tazminat niteliğinde olacağı belirtilmiştir. Bu konuda daha detaylı açıklamalar için bkz Heizmann (n 1) 521-523. Yazar da bu yönde bir yaptırımın cezalandırıcı nitelikte olacağını düşünmektedir.

267 Hükümde belirtilen gereksinim amacıyla tahliyenin kapsamına, TBK 350 b 1'e ek olarak kiralananın yeni malik tarafından TBK 351 I uyarınca gereksinim sebebiyle tahliyesi de girer (M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, 2. Cilt (On İki Levha 2014) 402-405).

kiraya vermesi durumunda bu yasağı ihlal etmiş olur (TBK 355/II c 1). İmar ve inşaa sonrasında ise kiraya verenin eski kiracıya yazılı bildirimde bulunarak bir ay içinde öncelik tanınması gerekmektedir (TBK 355/II c 2-3). Eğer kiraya veren kiracıya bu bildirimde bulunarak onun bu öncelik hakkını kullanmasına imkân tanımazsa, onarımın tamamlanmasından ve kiralananın kullanıma hazır hâle gelmesinden itibaren²⁶⁸ üç yıl içinde taşınmazı kiralarsa yeniden kiralama yasağına aykırı davranmış olur.

Yeniden kiralama yasağının ihlal edilmesine kanun koyucunun bağladığı yaptırım kiraya verenin “eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat” ödemesidir (TBK 355/III).²⁶⁹ Yaptırıma ilişkin bu düzenleme TBK ile getirilmiş bir yeniliktir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un (GKHK)²⁷⁰ 15. maddesinde de yeniden kiralama yasağı TBK’ya benzer şekilde düzenlenmişti²⁷¹ Ancak bu yasağı aykırılığa bağlanan yaptırım altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezasıydı (GKHK 16). Bir başka deyişle bu yasağı aykırılık bir kamu hukuku yaptırımına bağlanmıştı. TBK 355/III’te ise bir özel hukuk yaptırımı söz konusudur.

TBK 355/III’teki yaptırımın hukuki niteliğinin izahında iki ihtimal düşünülebilir. Birincisi burada öngörülen yaptırımın temel amacının kiracının zararını gidermek olduğu söylenebilir. Bu görüş benimsense dahi kanun koyucunun tazminatın bir yıllık kira bedelinden az olamayacağını açıkça belirtmiş olması karşısında ödenecek tutarın kiracının gerçek zararını aşması ihtimal dahilindedir. Kiraya veren kiracının daha az zarara uğradığını hatta hiç zarara uğramadığını ispat etse bile bu tutarı ödemek durumundadır. Nitekim öğretide TBK 355/III’ün bir tür götürü tazminat olduğu ileri sürülmüştür.²⁷² Bu görüş kabul edildiği takdirde kanun koyucunun böyle durumlarda kiracının en az bir yıllık kira bedeli kadar zarara uğradığına yönelik aksi ispat edilemeyen bir varsayımda bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu çalışmada da üstün tutulan ikinci bir fikre göre yaptırım özel hukuk cezası niteliğindedir.²⁷³ Öncelikle burada kiraya verenin malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımı mevcuttur. Bu yaptırımın cezalandırma amacı taşıdığı açıktır. Her şeyden önce yaptırımın, TBK hazırlanırken

268 İbrahim Gül, ‘Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği’ (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı’ya Armağan) 931, 939.

269 Yasağın sonucu aslında yapılması yasaklanan kira sözleşmesinin geçersiz olması değildir (Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (10. Bası, Beta 2014) 676).

270 Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6570, Kabul Tarihi: 18.05.1955, RG 27.05.1955/9013.

271 İki düzenleme arasındaki önemli bir farklılık yeniden kiralama yasağının uygulanmayacağı hâllerin kapsamına ilişkindir. GKHK’da mücbir sebebin varlığı durumunda yasağın uygulanmayacağı düzenlenmişken. TBK’da haklı sebep kavramı tercih edilmiştir. Haklı sebep kavramının mücbir sebep kavramına nazaran daha geniş olduğu ifade edilmektedir.

272 Ercan Akyiğit, *Kira Sözleşmesi* (4. Bası, Seçkin 2012) 217 (Gül, ‘2021’ (n 268) 945’ten naklen).

273 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 26; Yavuz, Acar ve Özen (n 269) 676; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 7) 340; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012) 328; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1046; İnceoğlu (n 267) 402, 422, 541; Aydoğdu ve Kahveci, 632, 634; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 349-350; Gül, ‘2021’ (n 268) 947. Belirtmek gerekir ki bu yaptırımın kanunda düzenlenen bir ceza koşulu olduğunun ifade edilmesi (bu şekilde İnceoğlu (n 267) 403-404, 541-542) yaptırımın özel hukuk cezası niteliğinde olduğu görüşüyle tutarsız değildir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, ceza koşulunun özel hukuk cezası niteliğinde olmamasının sebebi yaptırıma maruz kalan taraf bakımından gönüllü olarak üstlenilmiş bir yaptırım olmasıdır.

GKHK 16'daki yaptırımın ikamesi olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır.²⁷⁴ GKHK 16'daki ceza hukuku anlamındaki cezai yaptırımın yeterince işlevsel olmadığı, kiracıların tahliye ettikleri yerin sonradan kiralanıp kiralanmadığını takip etmedikleri belirtilmektedir.²⁷⁵ Yaptırım olarak öngörülen ödemenin kiracıya yapılacak olması kiracıları bu hususu araştırıp harekete geçmeye teşvik edecektir.²⁷⁶ Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, kanun koyucu kiracıyı belirli bir gerekçeyle tahliye eden kiraya verenin sonradan bu tahliye sebebiyle bağdaşmayan davranışlarını yaptırıma bağlamak suretiyle, kiraya vereni bu tür davranışlardan caydırmayı amaçlamaktadır. Yaptırımın hukuka aykırı bir davranışa²⁷⁷ bağlanmış olması ve haklı sebeplerin var olduğu (dolayısıyla kiraya verenin kusursuz olduğu) hâllerde uygulanmayacak olması da vardığımız bu sonucu desteklemektedir. Yaptırımın daha ağır basan bir amacı da bulunmamaktadır.

Öğretide yaptırımın bir özel hukuk cezası olduğunu kabul etmekle beraber, bir yıllık kira bedelini aşan tutarda talepte bulunulması için bunu aşan zararın ispat edilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar²⁷⁸ bulunduğu gibi, zararın bulunması durumunda bunun cezaya ek olarak, ayrıca ödeneceğini savunan yazarlar²⁷⁹ da vardır.

Kanımızca bu iki görüşe de katılmak mümkün değildir. Hâkime bir yıllık kira bedelini aşan tutarda yaptırım uygulama konusunda takdir yetkisi verilmesinin arkasında yatan düşünce caydırıcılığın sağlanması olsa gerekir. Şöyle ki somut olayda kiraya veren, kiralananı başkasına kiralayarak, eski kiracıya ödemek durumunda kalacağı bir yıllık kira bedelinden daha fazla gelir elde ederse bu yaptırım caydırıcı etkisini yitirebilir. Bu ihtimalde kiracının uğradığı zarar da daha fazla değilse (örneğin kendisi daha uygun şartlarda bir kiralanan bulduysa) kiraya veren yasaklanan davranıştan caydırılmamış olur. Caydırıcı etki, somut olayın bu şekilde gerektirdiği durumlarda hâkimin daha fazla tutarda ödemeye hükmedebiliyor olması sayesinde sağlanmış olur. Bu nedenle bir yıllık kira bedelini aşan tutarda talepte bulunulabilmesi için bunu aşan zararın ispatı aranmamalıdır.

Kiracının uğradığı zararlar için borca aykırılık veya haksız fiil hükümlerine dayanarak TBK 355'e aykırı davranan kiraya verenden tazminat talep edebileceği konusunda bir şüphe yoktur. Ancak böyle

274 Gereket metninde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Maddenin son fıkrasında, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlerin, eski kiracıya bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü oldukları belirtilmektedir. Fıkra yapılan düzenleme ile, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlere, 6570 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinde öngörülen cezai yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, eski kiracıya, fıkra belirtilen tazminatın kendisine ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bu tazminatın belirlenmesinde, eski kiracının kiraya verene ödemiş olduğu son dönemin kira bedeli göz önünde tutulacaktır.*” Ayrıca bkz Halûk Burcuoğlu, ‘Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler’ iç Derya Ateş ve Alper Bulur (edr) *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’ün Armağanı* (Beta 2008) 17, 43.

275 Alev Güler, ‘6570 Sayılı Kira Kanunu’nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar’ (1978) 4 Ankara Barosu Dergisi 632, 633; İnceoğlu (n 267) 402.

276 İnceoğlu (n 267) 402; Gül, ‘2021’ (n 268) 947.

277 Buradaki davranışın sözleşmenin art etkisi teorisi uyarınca mevcut olan sözleşme sonrası bir yükümlülüğün ihlali niteliğinde olması nedeniyle borca aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. Aynı zamanda bir davranış normuna aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun şartı olan hukuka aykırılık da mevcuttur.

278 İnceoğlu (n 267) 403, 422, 541.

279 Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (4. Bası, Adalet 2019) 634-635; Gümüş, *Kira* (n 273) 333; Gül, ‘2021’ (n 268) 947.

bir tazminat talebinin ileri sürülmesi durumunda kiracının TBK 355/III uyarınca hak kazandığı “ceza alacağı” tazminattan düşülmesi gerekir.²⁸⁰ Bunun sebebi zararın tespitinde yararların mahsubununun gerekmesidir.²⁸¹

İ. MENFAAT DEVRİ

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK 530 uyarınca, başkasının hukuk alanına müdahalede bulunarak bir iş gören kişinin işini gördüğü kişinin değil, kendi menfaatine hareket etmesi hâlinde iş sahibi, iş görenin elde ettiği yararları ondan talep edebilir. Bu yaptırıma öğretide menfaat devri ismi verilmektedir.²⁸² Hukuk sistemimizde bu yaptırımın özel görünümü niteliğinde hükümler de bulunmaktadır (örneğin bkz TMK 25/III).

Öğretide bazı yazarlarca bu yaptırımın bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu savunulmaktadır.²⁸³ Buna gerekçe olarak ise yaptırımın yalnızca failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması, fail odaklı olması, zarardan bağımsız olması ve caydırıcı amaç taşıması ileri sürülmektedir.²⁸⁴

Ancak menfaat devri yaptırımı iş görenin bakış açısından incelendiğinde, iş gören için en kötü ihtimal iş sahibinin durumdan haberdar olup harekete geçmesi ve elde ettiği yararları iş sahibine vermek durumunda kalmasıdır. Bu durumda iş gören birçok durumda fiili işlemeden önce içinde bulunduğu duruma dönmüş olacaktır, çünkü elde edilen menfaatten TBK 530 hükmü uyarınca masrafları düşülecektir.²⁸⁵ Ayrıca tartışmalı olmakla beraber Türk hukukunda bir görüşe göre iş gören makul bir ücret bile talep edebilmelidir.²⁸⁶ Fiili işleme ihtimali olan kişinin daha kötü duruma gelmesi bir yana, hem iş sahibinin harekete geçmeme ihtimali hem de harekete geçse dahi ücret ödemesinin gerekebileceği düşünüldüğünde, iş görenin daha iyi duruma gelmesi bile olasıdır. Dolayısıyla bu hükmün caydırıcılığı oldukça zayıftır.

280 Caydırıcı etkinin kuvvetlendirilmesi gerekçesiyle aksi yönde Gül, ‘2021’ (n 268) 947. Kanımızca yürürlükteki hukuk bakımından bu sonuca varılabilmesi ancak tarafların özel olarak bu şekilde anlaşması durumunda mümkündür. Kiracının TBK 355’e aykırılık durumunda cezaya ek olarak zararını isteyebileceği yönündeki kiracı lehine anlaşma hükmün nispi emredici niteliği nedeniyle geçerli olur.

281 Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 265 vd.

282 Baş Süzel (n 6) 143 vd; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 481.

283 Baş Süzel (n 6) 179-182; Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 481; Hüseyin Can Aksoy, ‘Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?’ (2017) 75(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 109 dn 75; TBK 530’daki yaptırımın özel bir görünümü olan TMK 25/III bakımından Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 111. Menfaat devrinin cezalandırma işlevinin bulunduğu yönünde Jörg Schmid, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR* (3rd edn, Schulthess 1993) Vorb OR 419-424, para 25; aksi görüşte Gül, 2015 (n 5) 358 (yazar menfaat devri yaptırımının telafi tazminatına yakın olduğunu savunmaktadır).

284 Baş Süzel 180-181. İsviçre öğretisinde Roberto, yaptırımın zarardan bağımsız olmasından yola çıkarak burada bir özel hukuk cezası olduğunu savunmaktadır: Vito Roberto, ‘Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen’ (2008) Schweizerisches Patent-, Muster- und Marken-Blatt 2008(I) 23, 28.

285 Heizmann da bu gerekçeyle, her ne kadar caydırıcı bir tarafı olsa da menfaat devri yaptırımının fiili işleyen kişiye odaklanan ve malvarlığında bir kayba sebep olan bir yaptırım olarak işlev görmesinin şart olmadığını belirtmektedir (Heizmann (n 1) para 636).

286 Baş Süzel (n 6)115-116.

Sonuç olarak, menfaat devri yaptırımının cezalandırmaya nazaran daha ağır basan başka bir amacının olduğu yönünde kuvvetli deliller söz konusudur.²⁸⁷ Kanaatimizce bu yaptırım, esas olarak hakkaniyet düşüncesiyle bir başkasının hukuk alanından elde edilen zenginleşmenin ait olduğu hukuku alanına iade edilmesini amaçlamaktadır.²⁸⁸ Sonuç olarak burada (bu çalışmada tanımlanan şekliyle) bir özel hukuk cezasından söz etmemek gerekir.²⁸⁹

J. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEL VERİLMEKSİZİN FESHİ

TBK 617 I c 1 uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinden “doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir.”

Aynı fıkranın ikinci cümlesinde bu şekilde bir fesih durumunda kusurlu tarafın aldığı şeyi geri vermekle ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

Hükmün lafzından kanun koyucunun burada öngördüğü tazminat yaptırımının zararı giderime yönelik olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte burada tazmin edilecek zararın, sözleşmeden dönüldüğü için olumsuz zararlar mı sınırlı olduğu, yoksa bunu aşan tutarda da tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği tartışmalı bir meseledir.²⁹⁰ Bu tartışmada olumsuz zararı aşan tutarda tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğunu savunan bazı yazarlar görüşlerini hükümde cezai bir unsur bulunduğuna dayandırmaktadır.²⁹¹

Meselenin tartışmalı olduğu İsviçre hukuku bakımından kanunda bu tazminatın “zarara karşılık” olduğuna dair açık bir ifadenin bulunmadığına dikkat çekmek gerekir. Hükümde yalnızca uygun bir tazminattan (*angemessene Entschädigung*) bahsedilmektedir.²⁹² Bununla birlikte İsviçre Federal

287 Menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı amacının yoğun olmadığı yönünde Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1045; bu yaptırımın kişiyi içinde bulunduğu durumdan daha kötü duruma düşürmediği gerekçesiyle cezalandırıcı nitelikte olmadığı yönünde Beever, ‘Tort’ (n 132) 296.

288 Heizmann, yaptırımın caydırma amacı taşıdığını kabul etmekle beraber temelinde hakkaniyet düşüncesinin olduğunu belirtmektedir (Heizmann (n 1) para 636). Benzer yönde, Güleryüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 354 (ancak yazarlar, yaptırımın esashi amacının cezalandırma ve önlemeden ziyade adaletin tesisi olduğunu belirtmelerine rağmen burada bir özel hukuk cezası olduğunu sonucuna varmaktadırlar).

289 Benzer gerekçelerle aynı yönde: Heizmann (n 1) para 636. Çeşitli müşterek hukuk (*Common Law*) ülkelerinin mahkemeleri de menfaat devri yaptırımının cezalandırıcı amaç taşımadığını vurgulamışlardır. Örneğin bkz. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669 (HL) 723 (İngiliz Lordlar Kamarası) ve *Dart Industries Inc v Décor Corp Pty Ltd* (1993) 179 CLR 101 (HCA) 111 (Avustralya Yüksek Mahkemesi).

290 Tartışma hakkında Gülşah Sinem Aydın, ‘Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi’ (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 336, 361.

291 Bu görüşler hakkında Marco Balmelli, ‘OR 526-528’ in Claire Huguenin and Markus Müller-Chen (eds) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* (3rd edn, Schulthess 2016) OR 526-528 para 5; Eren, *Borçlar Özel* (n 200) 827; Aydın, *Ölünceye Kadar Bakma* (n 290) 361.

292 818 sayılı Borçlar Kanunu 517/II’de de “hakkaniyete muvafik bir tazminat”tan bahsedilmekteydi.

Mahkemesinin bir kararında varılan sonuçtan hareketle mahkemenin kanundaki “uygun tazminat”ın amacını zararın giderilmesi olarak gördüğü ifade edilmektedir.²⁹³ Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hüküm uyarınca olumsuz zararı aşan tutarda tazminata hükmedilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmak için hükmün amacının cezalandırma olduğu görüşünün savunulması zorunlu değildir.²⁹⁴ Hukuk sistemimizde sözleşmenin geçersiz kılınmasına rağmen hakkaniyet düşüncesiyle olumsuz zararı aşan tutarda tazminata imkân veren bir yasal düzenleme örneği TBK 35/II’de mevcuttur ve bu yaptırımın ceza olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Sonuç olarak gerek hükmün açık lafzı gerekse amacı dikkate alındığında TBK 617/I c 1’deki yaptırımın amacı zararın karşılanması olup bir özel hukuk cezası öngörölmüş değildir.

K. TÜKETİCİ KREDİLERİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Tüketici Kredileri başlıklı ikinci bölümünde yer alan 25. maddenin 2. fıkrasında kredi veren aleyhine iki yaptırım düzenlenmiştir. Hükmün ilk cümlesine göre, tüketici kredisi sözleşmesinde akdî faiz, efektif yıllık faiz ya da kredinin toplam maliyetinin yer almaması halinde, tüketici tarafından kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılacaktır. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise, kredi sözleşmesinde efektif faiz oranının olduğundan düşük gösterilmesi hâlinde, düşük gösterilen efektif faiz tutarı dikkate alınarak kredinin toplam maliyetinin hesaplanacağı ve ödeme planının buna göre değiştirileceği belirtilmektedir.

Türk öğretisinde, her iki yaptırımın da bir özel hukuk cezası olduğu savunulmaktadır.²⁹⁵ İlk yaptırım bakımından, kredi veren, kanunun kendisine yüklediği bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ücretsiz kredi vermiş sayılmakta ve kredi sözleşmesini yapmadan önce içinde bulunduğu durumdan açıkça daha kötü duruma düşmektedir. Ayrıca kredi kuruluşunun bu bilgilendirmeyi yapmamış olması tek başına kusurlu sayılması için yeterlidir. Dolayısıyla, kusurlu olan kişiye uygulanan ve bu kişinin malvarlığını fiili işlemeden önce içinde bulunduğu duruma göre daha kötü duruma düşüren bir yaptırım söz konusu olduğundan, burada caydırma amacının mevcut olduğuna dair kuvvetli göstergeler bulunmaktadır.²⁹⁶ Gerçekten de bu hükmün getirilmesinin arkasında yatan düşünce, kredi verenleri sözleşmeye kredinin maliyetine ilişkin bilgileri dâhil etmeye yönlendirmektir. Bu sayede kredi verenler sözleşmeyi kredinin gerçek maliyetini gizleyecek şekilde

293 Heizmann (n 1) para 645.

294 “Uygun bir tazminat” ifadesinin hâkime olumsuz zararı aşan miktarda tazminata hükmetme konusunda takdir yetkisi verdiği yönünde Aydın, ‘Ölünceye Kadar Bakma’ (n 290) 361.

295 Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016) 109; ilk yaptırım bakımından Başak Baysal, ‘Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)’ iç Murat İnceoğlu (ed) *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler – Tartışmalar)* (On İki Levha 2015) 273, 302; Mahmut Yılmaz ve Ekrem Kurt, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması’ (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 130.

296 İsviçre hukukunda kredi verenin çeşitli ihlallerini yaptırıma bağlayan KKG 15 ve KKG 32 hükmü (KKG 15 hükmü TKHK 25/II’deki ilk yaptırımla oldukça benzerdir) bakımından Heizmann, tüketicilerin aşırı borçlanmasını önlemeyi amaçlayan hükümlere kredi kuruluşlarınca uyulmamasının doğrudan caydırılmasının amaçlandığını belirtmektedir. Bkz. Heizmann (n 1) para 495.

kaleme almaktan caydırılmış olmaktadır. Doğrudan kredi vereni hedef alan bu hükmün daha ağır basan başka bir amacı olmadığından, burada bir özel hukuk cezası söz konusudur.²⁹⁷

İkinci yaptırımın uygulandığı hâllerde ise her ne kadar ödeme planındaki miktarlar doğru olsa da efektif faiz oranı olduğundan düşük yazılmıştır. TKHK 25/II, c. 2'de kredi verenin bu davranışına bağlanan yaptırım, sözleşmenin içeriğinin sözleşmeye yazılan efektif faiz tutarına uygun olacak şekilde değiştirilmesidir. Bir başka deyişle ödeme planı ve kredinin toplam maliyeti sözleşmede bulunan efektif faize göre güncellenir. Böylece kredi veren, tüketiciyi aldatmak için efektif faiz oranını ne kadar düşük yazarsa o kadar zarar edecektir. Yani aslında uygulanacak yaptırımın birçok durumda kredi verenin fiilinin ağırlığıyla orantılı olacağı söylenebilir, zira küçük hesap hatalarında ödenecek tutar çok değişmeyecektir. Söz konusu yaptırımın amacının kredi vereni bu tür hukuka aykırı pazarlama stratejilerine başvurmadan caydırmak olduğu açıktır. Sonuç olarak bu yaptırımın da bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Tüketici kredilerine ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm ise Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu hükme göre tüketicinin kredi borcunu ödemede temerrüdü halinde uygulanacak temerrüt faizinin en fazla akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası olabileceği belirtilmiştir. Aksi halde maksimum oran uygulansaydı elde edilecek olan tutarın üzerindeki miktar tüketicie iade edilecek ve bu iade borcuna tüketici lehine uygulanacak temerrüt faizi oranı sözleşmede kararlaştırılan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası olacaktır. Bu kural ilk bakışta TTK 1530/I hükmünün bir görünümü olarak düşünülebilir. Ancak bu yaptırım, üst sınırı aşan temerrüt faizi oranını üst sınırdan geçerli saymakla kalmamakta, bunun ötesine geçerek kredi verenin fazla tahsil ettiği tutarı iade borcunu da aynı temerrüt faizi oranına tabi tutmaktadır.²⁹⁸

Hükmün caydırıcı amaç taşıyıp taşımadığını anlayabilmek için, bu hükümdeki yaptırım olmasaydı gerçekleşecek durumu incelemek faydalı olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faizinin akdi faiz oranının %30'undan daha fazla olduğu bir durumda, hükmün ikinci cümlesindeki yaptırımın yokluğunda, TTK 1530/I kıyasen uygulanarak, temerrüt faizi oranı akdi faiz oranının %30 fazlası olarak üst sınırdan ayakta tutulabilirdi. Bu durumda ödenen fazla tutar için kredi veren sebepsiz zenginleşmiş olacak, bu durumda kredi verenin kötü niyetli sebepsiz zenginleşen olduğu kabul edilebileceğinden, o TBK 117/I uyarınca ödemenin gerçekleştiği anda temerrüde düşecekti. Bu durumda uygulanacak temerrüt faizi ise, 3095 Sayılı Kanun uyarınca tespit edilecekti. Bu kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan ve hâlâ yürürlükte olan ilgili Bakanlar Kurulu kararı²⁹⁹ uyarınca temerrüt faizi oranı %9'dur. Dolayısıyla, kredi verenin iade borcuna uygulanacak faiz oranı %9 olacakken, bu hükmün getirdiği yaptırım sonucu somut örnekte tarafların kararlaştırdığı akdi faiz oranının %30 fazlası olacak ve birçok durumda %9 oranının oldukça üstüne çıkabilecektir. Bu hükmün, kredi vereni, tüketicinin geçersizliği fark etmeme ihtimalinden faydalanarak tüketicie

297 Heizmann da KKG 15 ve 32 hükmündeki yaptırımların özel hukuk cezası olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. Heizmann (n 1) para 499. Honsell de hükmü yersiz bulsa da cezalandırıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedir: Honsell (n 19) 331.

298 Krş yuk dn 135 ve buna bağlı metin.

299 19.12.2005 tarihli 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG, 30.12.2005/26039).

yüksek faiz oranı dayatmaktan caydırmayı amaçlamaktadır. Yaptırımın baskın amacı kredi vereni caydırmak olduğundan, burada bir özel hukuk cezasından söz edilebilir.

L. TTK 198/PDEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRILIK NEDENİYLE HAKLARIN DONMASI

TTK 198'de,³⁰⁰ ilk olarak, bir teşebbüsün³⁰¹ bir sermaye şirketinde sahip olduğu payların belirli eşiklere ulaşması ya da bu eşiklerin altına düşmesi hâlinde, teşebbüse bu durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde sermaye şirketine ve ilgili yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İkinci olarak, teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerine de kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.³⁰² Hükme göre söz konusu bildirimler yazılı şekilde yapılacak, ticaret siciline tescil ve ilan edilecektir.

Bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı ise hükmün ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donacaktır.³⁰³ Bu yaptırımın esas amacı caydırıcılık sağlayarak bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamaktır.³⁰⁴ Söz konusu caydırıcılık, kanunun beklediği davranışta bulunmayarak hukuka aykırı hareket eden kişilerin malvarlığında olumsuz bir durum meydana getirilerek sağlanmaktadır. Dolayısıyla burada bu çalışmada tanımlanan anlamıyla bir özel hukuk cezası söz konusudur.³⁰⁵

300 Hükümün uygulama alanı ve şartları bakımından öğretideki görüşler ve detaylı bir inceleme için bkz Kadir Baş, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları' (2020) 36(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57-100.

301 Teşebbüs kavramının ne anlama geldiği hususunda bkz Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2019) 78. Bu konuda öğretideki tartışmalar ve diğer görüşler için bkz Baş (n 300) 62-67.

302 Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin bildirim yükümlülüğünün doğumuna ilişkin şartlar ve bu konuda öğretideki tartışmalar için bkz Baş (n 300) 71-72 ve 74-75.

303 Donmanın paydan kaynaklanan malvarlığına ilişkin (kâr payı gibi) hakları da kapsadığı yönünde Baş (n 300) 92; donmanın kâr payı üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Okutan Nilsson (n 301) 528-529. TTK'da başkaca donma hâllerine de rastlamak mümkündür. Ancak pay sahipliği haklarının donmasına ilişkin karşılıklı iştirak hâlinde uygulanan TTK 201/I ve şirketin kendi payını iktisabı durumunda uygulanan TTK 389 hükümleri hukuka aykırı bir fiili yaptırıma bağlamadıkları için özel hukuk cezası niteliğinde değildir ve bu sebeple bu çalışmada incelenmeyecektir.

304 Okutan Nilsson da oy hakkının ne zamandan itibaren donacağı ve donma kararının sonradan kalkması sonucunda geçmiş yıllara ait kâr payının talep edilip edilemeyeceği hususlarında tercih ettiği çözümün hükmün caydırıcılığını artıracığını belirttiğinden, yazarın da hükmün amacının caydırıcılık olduğunu düşündüğü sonucuna varılabilir. Bkz Okutan Nilsson (n 301) 527 ve 529.

305 Aynı sonuç, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğan hallerde bu zorunluluğun yerine getirilmemesini oy haklarının donması yaptırımına bağlayan Sermaye Piyasası Kanunu 26/VI hükmü için de geçerlidir (Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513). Söz konusu donma yaptırımına ilişkin detaylar Pay Alım Teklifi Tebliği (II-26.1) 13/V hükmünde düzenlenmiştir (RG 23.01.2014/28891).

İsviçre Borsa Kanunu'nun (*Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel – BEHG*) 20. maddesinde yer alan ve daha sonra değiştirilen dördüncü fıkradaki hükümde, borsaya kote bir şirkette belirli oy hakkına sahip olup bunu bildirmeyen kişinin oy haklarının beş yılı geçmemek kaydıyla hâkim kararıyla askıya alınabilmesi öngörülmüştü. Bu yetki daha sonra hukuk hâkimlerinden alınıp düzenleyici-denetleyici kuruluş olan FINMA'ya (*Eidgenössische Finanzmarktaufsicht*)

Hükmün özel hukuk cezası niteliğinde olduğu tespit edildikten sonra hükümle ilgili birkaç soruna işaret etmek gerekir. İlk olarak, hükmün yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere, eşlerinin ya da velayetleri altındaki çocukların (ya da bunların sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları şirketlerin) payları bakımından bildirim yükümlülüğü getirdiği belirtilmişti. Yönetim kurulu üyelerinin ya da yöneticilerin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin sonucu ilgili payların donmasıdır. Burada sorunlu husus, ilgili payların hukuka aykırı fiilde bulunan yönetim kurulu üyeleri ya da yöneticilere ait olmamasıdır. Söz konusu kişilerin hukuka aykırı fiilleri sonucu bu kişilerin eşlerinin ya da velayetleri altındaki çocukların (ya da bunların en az yüzde yirmisine sahip oldukları şirketlerin) cezalandırılıyor olması şahsiliğe aykırıdır. Bu durumda hükümdeki yaptırımın bu kişiler bakımından uygulanmaması gerekir.

Benzer bir sorunla teşebbüsün paylarını elden çıkararak hükümdeki eşiklerin altında düşmesi durumunda karşılaşılır. Bu durumda teşebbüsün bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda elden çıkan payların donup donmayacağı öğretide tartışmalıdır.³⁰⁶ Söz konusu payların donacağı kabulü halinde burada cezalandırılan kişi payları iktisap eden kişidir. Bu kişinin söz konusu paylar bakımından ayrıca bildirim yükümlülüğünün doğmadığı durumlarda söz konusu kişi hukuka aykırı bir fiili olmamasına rağmen cezalandırılmaktadır. Yine bu durum da şahsiliğe aykırılık teşkil etmekte olup hükümdeki yaptırımın bu halde uygulanmaması gerekir.

Son olarak, tescil ve ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi de oyların donması sonucunu doğurmaktadır. Tescil ve ilan yükümlülüğünün muhatabı, kanunda açıkça düzenlenmese de, Ticaret Sicili Yönetmeliği³⁰⁷ 107/V hükmü uyarınca payları iktisap edilen (ya da elden çıkarılan) sermaye şirkettir.³⁰⁸ Şirketin tescil ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde cezalandırılan kişi payı iktisap eden kişi olmaktadır. Hükmün bu şekilde uygulanması halinde şahsiliğe aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Ancak öğretide bir görüş, payları işlem gören sermaye şirketinin tescil ve ilan yükümlülüğüne uymamasının yarattığı bu olumsuz durumun önüne geçmek için, bildirim yükümlülerinin de tescil ve ilanda bulunabileceğini savunmaktadır.³⁰⁹ Kanımızca hüküm cezaların şahsiliği ilkesine uygun şekilde yorumlanmalı ve bu son görüş kabul edilmelidir.

verilmiştir. Her ne kadar hükmün bir özel hukuk normu olup olmadığı tartışmalı olsa da Heizmann yetkinin hukuk hâkimlerinde olduğu dönem bakımından bu yaptırımı bir özel hukuk cezası olarak görmektedir. Bkz Heizmann (n 1) para 504-509.

306 Donacağı yönünde: Faruk Çelikyurt, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması* (Beta 2018) 211-213; donacağı kabulünün kanunun lafzına ve ruhuna uymadığı yönünde Baş (n 300) 89.

307 Ticaret Sicili Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19.12.2013, RG 27.01.2013/6102.

308 Baş (n 300) 84, Veliye Yanlı ve Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu'nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi' iç Ercüment Erdem ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hamdi Yasamaña Armağan* (On İki Levha 2017) 771, 776. Aksi yönde Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018) 199.

309 Yanlı ve Okutan Nilsson (n 308) 784-786; aynı görüşte Baş (n 300) 84-85. Yazarlar tescil isteminin "ilgililer" tarafından yapılabileceğini belirten TTK 28/1 hükmüne dayanmaktadır.

M. ÇEK CEZASI

TTK 783/III uyarınca “*muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder.*”

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu karşılıksız çek düzenleyeni, hamilin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğüne ek olarak karşılıksız kalan bedelin yüzde onunu ödeme yaptırımına tabi tutmuştur. Aynı davranışa, bu özel hukuk yaptırımlarına ek olarak, Çek Kanunu’nda (ÇekK)³¹⁰ ceza hukuku anlamında bir cezai yaptırım da bağlanmıştır. ÇekK 5’te *‘üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet’* verme suç olarak düzenlenmiştir.³¹¹

Bu çalışmada TTK 783/III’te düzenlenen karşılıksız bedelin yüzde onu tutarında ödeme yükümlülüğü³¹² üzerinde durulacaktır. Uygulamada ve birçok eserde “çek tazminatı” olarak adlandırılan bu yaptırıma çek cezası ismi verilmesi³¹³ daha isabetlidir. Zira bu yaptırım, günümüzde hâkim olan görüş uyarınca³¹⁴ ve Yargıtay’ın bir kararında³¹⁵ da kabul edildiği üzere özel hukuk cezası niteliğindedir. Hâkim görüşün bu tespitini özel hukuk cezasının bu çalışmada kabul edilen unsurları bakımından test ettiğimizde bu yaklaşımın isabetli olduğu görülmektedir.

Öncelikle yaptırıma bağlanan davranış hukuka (TTK 783/I hükmüne) aykırı niteliktedir. Yaptırım bir özel hukuk yaptırımı niteliğinde olup hukuka aykırı fiilde bulunanın malvarlığına yönelmiştir. Hükmün cezalandırma amacı güttüğü de açıktır. Karşılıksız kalan bedelin yüzde onunun tazminat yaptırımına ek olarak düzenlenmiş olması, bu yaptırımın zararın tazmininden bağımsız olduğunu göstermektedir. Böyle bir düzenleme yapılmasındaki amaç düzenleyen bakımından caydırıcı bir etki doğurmaktır.³¹⁶ Hükmün daha ağır basan bir amacı bulunmadığına ve yaptırımı fail sözleşme ile gönüllü olarak da üstlenmediğine³¹⁷ göre burada bir özel hukuk cezası için aradığımız tüm ölçütler yerine gelmektedir.

310 Çek Kanunu, Kanun Numarası: 5941, Kabul Tarihi: 14.12.2009, RG 20.12.2009/27438.

311 Günümüzdeki düzenleme öncesinde kanun koyucunun sıklıkla yaptığı değişikliklerin özeti ve bu suç hakkında bilgi için bkz Kendigelen, Çek, 415 vd.

312 Bu hükmün muadili İsviçre Borçlar Kanunu’nda da bulunmaktadır (OR 1103). Ancak bu hükümde (6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nun 695. maddesinin üçüncü fıkrasında da olduğu gibi) karşılıksız kalan bedelin yüzde onunun değil beşinin ödeneceği düzenlenmektedir.

313 Bkz Ali Haydar Yıldırım, ‘Çek Cezası (TTK 783/3)’ (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanteze Armağan) 3449-3506.

314 Theo Guhl and Jean Nicholas Druey, ‘Der Check’ in Theo Guhl and others (eds) *Das Schweizerische Obligationenrecht - mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Bası, Schulthess 2000) §88 para 19; Heizmann (n 1) para 413-414; Orell Füssli Kommentar-Schwarz-OR 1103 (n 154) para 5; Yıldırım (n 313) 3459; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (5 Bası, On İki Levha 2019) 379; Gümüş, *Borçlar Genel* (n 6) 1044. Bu tespit yapıldığı diğer eserler için bkz Yıldırım (n 313) 3458 dn 28; Heizmann (n 1) para 413-414, dn 982-984. Öğretide ileri sürülmüş olan farklı görüşler ve bunların eleştirisi için Yıldırım (n 313) 3452-3458.

315 Yargıtay 11 HD, E 2011/683 K 2011/8676, 11.7.2011 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

316 Yıldırım (n 313) 3459; hükmün tamamen fail odaklı olduğu yönünde Heizmann (n 1) para 416; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n 163) 348.

317 Yaptırımın bu özelliği çek cezasını ceza koşulundan ayırır (Yıldırım (n 313) 3455).

İsviçre'deki muadil hükmün (OR 1103) kanunlaşması sırasında Ulusal Meclis ve Eyaletler Meclisinde yapılan hazırlık çalışmaları sırasındaki açıklamalar ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun Cenevre Yeknesak Kuralları ile uygun hâle getirilmesi sırasında yapılan kanun değişikliklerinin gerekçesindeki ifadeler de bu sonucu desteklemektedir.³¹⁸

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK 783/III'teki yaptırıma ilişkin yapılan bu nitelendirmenin sonuçları öğretide her zaman yeterince dikkate alınmamaktadır. Öğretideki (tartışmasız olarak kabul edildiği ifade edilen)³¹⁹ görüşe göre TTK 783/III'teki yaptırımın uygulanması için düzenleyenin kusurlu olması gerekmez.³²⁰ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu çalışmada savunulan görüşe göre özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların uygulanması için failin kusurlu olması gerekir. Bunun nedeni ceza hukukunun kusur ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından da uygulanacak olmasıdır.³²¹ Nitekim İsviçre öğretisinde *Heizmann* da çek cezası bakımından, kusurun kanunda yazılı olmayan bir şart olarak aranması gerektiğini savunmuştur.³²² Yukarıda da izah edildiği üzere, bu yaptırımın amacı ve sonuçları dikkate alındığında özel hukuk cezası niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.³²³

Çek cezasının özel hukuk cezası niteliği, bu yaptırım bakımından cezalarda şahsilik ilkesinin de uygulanmasını gerektirir.³²⁴ Bu nedenle yaptırımın yalnızca düzenleyene yönelik olduğu, ciranta ve muhatap banka bakımından TTK 783/III'teki yaptırımın uygulanmayacağı yönündeki görüşler yerindedir.³²⁵ Yargıtay'ın aksi yöndeki yerleşik içtihadına³²⁶ ve öğretide bununla paralel hâkim fikre³²⁷ rağmen, düzenleyen lehine aval veren avalistin de çek cezasından sorumlu tutulması kanımızca mümkün değildir.³²⁸ Vardığımız bu sonucun gerekçesi olarak da cezaların şahsiliği ilkesi gösterilebilir. Yetkisiz temsilci ve başkasının imzasını taklit etmek suretiyle çek düzenleyen kişilerin

318 Heizmann (n 1) para 410-412.

319 Kendigelen (n 314) 379 dn 117.

320 Kendigelen (n 314) 379; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca *Kıymetli Evrak Hukuku* (On İki Levha 2019) para 770; OFK-Schwarz-OR 1103 (n 154) para 5; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021) 353; Yıldırım, 3459 ve burada dn 29'da anılan eserler.

321 Bu konuda bkz aş IV/C. Benzer bir tartışma Çek Kanunu'ndaki cezai yaptırımlar bakımından da söz konusu olabilir. Şöyle ki, 2009 öncesi dönemde 3167 sayılı eski Çek Kanunu'nda düzenlenen karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından, bu suçun objektif sorumluluk esasına dayandığı, şekli suç olduğu yönünde bir anlayış benimsenmiş, kusur ilkesiyle bağdaşmayan bu anlayış öğretide haklı eleştirilere maruz kalmıştı (Bu konuda bkz Kendigelen, Çek, 426; Sesim Soyer Güleç, *Borç için Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu* (Seçkin 2007) 196-197. Günümüzde TCK 5, TCK 21/I ve TCK 22/II ışığında ÇekK 5/I'de düzenlenen suç bakımından kastın aranması gerekir (Kendigelen (n 314) 425).

322 Heizmann (n 1) para 751.

323 Bu nedenle hükmün uygulanması için kusur aranmamasından hareketle burada bir özel hukuk cezası bulunmadığı yönündeki görüşe (Oral ve Baş (n 6) 532) katılmıyoruz.

324 Bkz aş IV/Ç.

325 Kendigelen (n 314) 378; Yıldırım (n 313) 3473-3477; Gül, 2015 (n 5) 361.

326 Kararlarda TTK 702 gerekçe olarak gösterilmektedir (Yargıtay 12 HD, E 2013/17726 K 2013/24638, 01.07.2013; 12 HD, E 2013/21146 K 2013/30812, 01.10.2013) ve ayrıca bkz. Yıldırım (n 313) 3478-3479. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023

327 Yıldırım (n 313) 3480; bu görüşün savunulduğu başka eserler için bkz aynı yerde dn 89.

328 Aynı görüşte Kendigelen, (n 314) 380; bu görüşün savunulduğu başka eserler için bkz Yıldırım (n 313) dn 87.

TTK 783/III uyarınca bizzat sorumlu tutulmaları³²⁹ ise cezaların şahsiliği ilkesiyle çelişmez. Zira bu ihtimallerde cezalandırılması amaçlanan fiillerin failleri bu kişilerdir.³³⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki, ceza, TTK 783/III uyarınca ayrıca istenebileceği açıkça ifade edilmiş olması nedeniyle, zarara ilişkin tazminat alacağından düşülmez.³³¹ Eğer kanunda bu yönde bir açıklık bulunmasaydı, kanımızca ceza tutarının zarar miktarı belirlenirken yarar olarak mahsup edilmesi (denkleştirilmesi) gerekirdi.

IV. CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİNİN ÖZEL HUKUK CEZALARINA UYGULANABİLİRLİĞİ

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Yukarıda tespit edilen ölçütler çerçevesinde bir normun özel hukuk yaptırımını içerdiğinin tespitinden sonra yanıt aranması gereken soru şudur: Acaba özel hukuk cezaları bakımından ceza hukukunun genel ilkeleri uygulama alanı bulur mu?

Bu soruya yanıt verirken bir ayırım yapmak gerekir. Şayet ilgili özel hukuk normu AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülürse³³² AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili protokollerde bu tür yaptırımlara ilişkin düzenlenen güvencelerin bu yaptırımlar bakımından da sağlanması gerekir. Bu güvenceler ceza hukukunun genel ilkeleriyle örtüştüğü ölçüde, bu durum ceza hukuku ilkelerinin söz konusu yaptırımlara doğrudan uygulanması anlamına gelebilir (örn. AİHS 7 ve kanunilik ilkesi). Hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışma kapsamında AİHM içtihadında bir özel hukuk cezasının AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olup olmadığına dair değerlendirme içeren bir karara ulaşılamamıştır. Bununla birlikte bir özel hukuk cezasından bahsetmek için çalışmamızda aranması gerektiği sonucuna vardığımız ölçütlerle AİHM'nin *Engel* ölçütleri karşılaştırıldığında, bu tür yaptırımların AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülmesi ihtimalinin çok da düşük olmadığı söylenebilir.³³³ Ancak belirtmek gerekir ki AİHM içtihadında AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olmakla birlikte, geleneksel olarak ceza hukuku meselesi olarak düşünülmemeyen yaptırımlar bakımından, AİHS'nin cezalara ilişkin getirdiği güvencelerin katı bir biçimde uygulanmayacağı da belirtilmiştir.³³⁴

329 Bu konuda bkz Yıldırım (n 313) 3474-3475.

330 Çek Kanunu 5/III uyarınca (ilk cümle uyarınca yasak olmakla beraber) gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi halinde cezai sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olacağı öngörülmüştür. Ceza hukuku öğretisinde bu düzenlemenin, tartışmalı olmakla beraber, şahsilik ilkesine aykırı olduğu savunulmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz Veysel Candan Canoğlu, 'Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2021) 340.

331 Kendigelen, (n 314) 379; Gül, 2015 (n 5) 361; Yıldırım (n 313) 3459.

332 Hangi yaptırımların bu anlamda ceza olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz yuk II/B/3/b.

333 Krş. Heizmann (n 1) para 666: Yazar çalışmasında özel hukuk cezası olarak nitelendirdiği hükümlerin kural olarak aynı zamanda AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olacağını belirtmektedir.

334 Guide on Article 6 (criminal limb) para 5; *Jussila v Finland* App no 73053/01 (ECtHR, 23 November 2006) para 43; *Sancaklı v Turkey* App no 1385/07 (ECtHR, 15 May 2018) para 43-52; *Marčan v Croatia* App no 40820/12 (ECtHR, 10 July 2014) para 37-41. Atif yapılan kararlar sözlü ve aleni duruşma yapılması gereğine ilişkindir.

Bu çalışmada tanımlanan şekliyle özel hukuk cezası niteliğindeki bir yaptırımın AİHS 6 anlamında cezai nitelikte görülmemesi (veya bu nitelikte olmakla birlikte güvencelerin bütünüyle uygulanmasını gerektirecek kadar ağır nitelikte görülmemesi) durumunda da ceza hukukunun genel ilkelerinin kıyasen bu yaptırımlara uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelir. Özel hukuk cezalarının esasen özel hukuka yabancı olan, istisnai nitelikte ve temel olarak cezalandırma amacı güden hükümler olduğu açıklanmıştır. Bu nedenle ceza hukukuna ilişkin ilkelerin niteliklerine uygun düşüğü ölçüde özel hukuk cezalarına da uygulanabileceği kanısındayız.³³⁵ Aşağıda ceza hukukunun genel ilkeleri niteliğinde olan kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* (*non bis in idem*)'in özel hukuk cezalarına uygulanmasının sonuçları açıklanacaktır. Belirtmek gerekir ki, incelenen ilkeler tüketici biçimde düşünülmemiştir. Ceza hukukuna ilişkin başka ilkelerin de özel hukuk cezalarına uygulanabilirliği tartışılabilir bir meseledir.³³⁶

B. KANUNİLİK İLKESİ

Hukukumuzda kanunilik ilkesinin anayasal dayanağı AY 38/I ve III'te bulunmaktadır. “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” (AY 38/I). “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” (AY 38/III). AİHS 7 uyarınca da “*(h) iç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” Kanunilik ilkesine TCK'da da yer verilmiştir (TCK 2/I). Kısaca, kanunsuz suç olamaz (*nullum crimen sine lege*) ve kanunsuz ceza olamaz (*nulla poena sine lege*).

Bu ilkenin kabulünün doğrudan sonucu, suç teşkil eden fiillerin kanunda açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi ve cezanın türü ve muhtemel ağırlığının da yine kanunda belirlenmesi gereğidir.³³⁷ İlkenin kabulünün doğurduğu diğer sonuçlar arasında ise kıyas yasağı (TCK 2/III), geçmişe etki yasağı (TCK 7/I) ve davranışların suç olarak kabul edilmesinin³³⁸ ve cezaların ağırlaştırılmasının örf ve âdet hukukuna dayandırılmaması sayılabilir.³³⁹

Sayılan tüm yasak ve gerekliliklerin özel hukuk cezaları bakımından da dikkate alınması gerekir.³⁴⁰ Bu nedenle, oldukça silik bir ayırım olmakla birlikte özel hukuk bakımından büyük bir önem teşkil etmediği kabul edilen genişletici yorum / kıyas ayırımı³⁴¹ özel hukuk cezaları bakımından önem kazanır. Zira özel hukuk cezası içeren hükümlerin uygulama alanının boşluk doldurma (örneğin

335 Aynı şekilde Heizmann (n 12) para 675 vd. Rekabet hukukundaki üç kat tazminat bakımından bu şekilde Cömert Akbay (n 123) 167-169.

336 Örneğin masumiyet karinesi ve *in dubio pro reo* için bkz Heizmann (n 12) para 766 vd; susma hakkı için bkz Heizmann (n 12) para 805 vd.

337 Dönmezer ve Erman (n 16) 21; Roxin ve Greco (n 13) §5 para 4, 11; Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 46.

338 Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 53.

339 Roxin and Greco (n 13) §5 para 8-10.

340 Heizmann (n 1) para 687; kıyas yasağı bakımından aksi fikirde Gül (n 5) 2015, 308.

341 Serozan, Engin ve Atamer (n 6) 153-154.

kıyas) yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.³⁴² Örneğin bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde bir yaptırım içerdiği kabul edilen TBK 81'in istihkak talepleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı bakımından, hükmün uygulama alanının bu şekilde genişletilmesinin boşluk doldurma mı yoksa yorum mu teşkil ettiği önemlidir.³⁴³

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu çalışmada bir özel hukuk cezasının mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için aranması gerektiği sonucuna varılan ölçütlerin dikkatli bir biçimde uygulanması sonucunda, öğretilde zaman zaman özel hukuk cezası olarak anılan hükümlerin bu nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır. Böylece bu hükümler bakımından söz konusu olan kural aksaklıklarının boşluk doldurma yoluyla giderilmesinin de önu açılmış olmaktadır. Örneğin mirastan yoksunluk sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu kabul edilse bile kurumun amacıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle belirli ihtimallerde bu yaptırımı uygulamak³⁴⁴ mümkün olabilecektir.

Kanunilik ilkesi uyarınca cezai yaptırıma bağlanan fiillerin kanunda açık ve kesin bir biçimde belirlenmesi gereği bakımından TBK 81'deki yaptırımın kanunilik ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır. Zira hangi amaçların ahlaka aykırı olduğu son tahlilde hâkim tarafından takdir edilecektir.³⁴⁵ Cezanın türü ve muhtemel ağırlığının kanunda belirlenmesi gereği bakımından da TBK 355/III'e dikkat çekmekte fayda vardır. Bu hükümde yeniden kiralama yasağının ihlalinin yaptırımının alt sınırı belirlenmiş, buna karşılık cezaya ilişkin bir üst sınır koyulmaksızın hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Kanunilik ilkesi uyarınca hükümde cezaya bir üst sınır da getirilmesi yerinde olurdu.³⁴⁶ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasındaki özel hukuk cezası yaptırımı ve bu yaptırıma yol açan davranış kanunla düzenlenmediği için kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Geçmişe etki yasağı sadece ceza hukuku bakımından değil, hukuk güvenliği ile bağdaşmaması nedeniyle kural olarak özel hukukta da dikkate alınan bir yasadır.³⁴⁷ Bu yasağın özel hukuk cezaları bakımından da söz konusu olacağına tereddüt etmemek gerekir.³⁴⁸ Yeni kanunun bir özel hukuk cezasını ağırlaştırmış olması veya eski kanunda özel hukuk cezası yaptırımına bağlanmayan bir davranışın yeni kanunda bu şekilde düzenlenmesi durumlarında daha ağır olan (veya kanuna yeni eklenen) ceza eski kanun döneminde gerçekleşen fiil bakımından uygulanamaz. Örneğin yukarıda özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılan "çek cezası"na ilişkin yaptırım 6762 sayılı

342 Heizmann (n 1) para 691; Oğuzman ve Öz, *Cilt II* (n 7) para 348: "Medeni Hukuk cezası" olarak da adlandırılan bu istisnai durumlar asla kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemez." Medeni ceza alanında, kıyas yoluyla bir uygulama yapılmasının uygulayıcıyı yasa koyucu konumuna getireceği ve anayasal ilkelere aykırı olduğu yönünde Utkan Araslı, *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1* (Turhan 2002) 385-386.

343 Bu şekilde bir uygulamanın kıyas yasağına aykırılık teşkil edeceği için mümkün olmadığı yönünde Heizmann (n 1) para 711-712 (krş para 715). Kanımızca bu ihtimalde kıyasın değil amaca yönelik genişletici yorumun söz konusu olduğunun savunulması da mümkündür (bkz yuk III/Ġ).

344 Engin (n 180) 76-77.

345 Hükmün bu nedenle kanunilik ilkesine aykırı olduğu görüşü için bkz yuk dn 239.

346 Genel olarak özel hukuk cezaları bakımından benzer şekilde Gül (n 115) 2019, 363; Cömert Akbay (n 123) 156.

347 Oğuzman ve Barlas (n 108) para 268.

348 Heizmann (n 1) para 692.

mülga Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK)³⁴⁹ karşılıksız çıkan bedelin yüzde beşi olarak düzenlenmişti (eTTK 695/III). Bu oran TTK ile yüzde ona çıkarılmıştır. Geçmişe etki yasağı uyarınca eski kanun döneminde düzenlenen ve karşılıksız çıkan bir çek bakımından yüzde onluk oran uygulanamaz. Keza bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılan TBK 355/III'teki yaptırımın da TBK yürürlüğe girmeden önceki dönemde yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya veren bakımından uygulanamaması gerekir.

Buna karşılık yeni kanunla eski kanundaki özel hukuk cezası hafifletilmiş veya yaptırım tamamen kaldırılmışsa TCK 7/II'ye kıyasen yeni kanunu dikkate almak yerinde olur.³⁵⁰ Örneğin çek cezasının oranı yeni kanunla azaltılmış olsaydı, çek eski kanun döneminde düzenlenmiş olsaydı dahi yeni kanundaki düşük oranın dikkate alınması gerekirdi.

C. KUSUR İLKESİ

Çağdaş ceza hukukunda benimsenen kusur ilkesine göre cezalandırma ancak kusurun varlığı hâlinde söz konusu olur. Bir başka deyişle kusursuz suç olmaz (*nullum crimen sine culpa*) ve kusursuz ceza olmaz (*nullum poena sine culpa*). Kusur ilkesinin bir diğer sonucunun da cezanın kusur ile orantılı olması gereği olduğu ifade edilmektedir. Ceza failin kusuru yani fiili nedeniyle kınanabilirliğinin derecesine göre, hak ettiği ölçüde olmalıdır.³⁵¹

Kusur ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından uygulanmasının sonucu olarak, öncelikle failin bizzat kınanabilir olması gerekir. Buna ek olarak ceza hukukunda suçun manevi unsurları olarak, özel hukukta kusurun türleri olarak görülen kast ve taksir (özel hukukta ihmal) de ayrıca aranmalıdır.³⁵² Acaba TCK 22/I'den hareketle, özel hukuk cezası yaptırımının uygulanabilmesi için taksir (özel hukukta ihmal) ile işlenen fiiller bakımından kanunda bu hususta bir açıklık aranmalı mıdır? *Heizmann* bunun kabulü durumunda birçok durumda özel hukuk cezasının uygulanamaz duruma geleceğini belirtmektedir. Zira kanun koyucu özel hukuk cezası yaptırımı öngören hükümleri kaleme alırken bu fiillerin taksirle işlenme ihtimalini açıkça düzenleme ihtiyacı duymamıştır.³⁵³ Bizce de isabetli olan bu fikrin gerekçesi olarak ceza hukuku ilkelerinin özel hukuk cezalarına niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanıyor olması gösterilebilir. Şayet bir yaptırımın AİHS 6 uyarınca cezai nitelikte olduğu sonucuna varılırsa da aynı sonuca AİHM'nin AİHS 6 anlamında cezai nitelikte olmakla birlikte, geleneksel olarak

349 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

350 Heizmann (n 1) para 692.

351 Kusur ilkesi için bkz Centel, Zafer ve Çakmut (n 31) 43-46; Demirbaş (n 32) 63; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018) 53-54. Ayrıca bkz yuk dn 35. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun güncel bir kararında ilkeye ilişkin şu açıklamalar yapılmaktadır: “Kusur ilkesi; kusursuz ceza olmaz prensibine dayanmaktadır. Failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabildiği hâllerde cezalandırılmasını ifade eder. İlke ile amaçlanan, cezanın kusuru gerektirdiği ve kusurlu hareket etmeyen kişinin cezalandırılmayacağıdır. Bu ilkeden çıkarılacak birinci sonuç, netice sorumluluğunun kaldırılmış olması; ikinci sonuç ise cezanın kusur derecesini aşmayacağı yani ceza hukukunda kusurlu orantılı ceza tayininin esas alınacağıdır.” (Yargıtay CGK, E 2020/295 K 2022/159, 08.03.2022 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023).

352 Heizmann (n 1) para 743.

353 Heizmann (n 1) para 745.

ceza hukuku meselesi olarak düşünülmeyen yaptırımlar bakımından, AİHS'nin cezalara ilişkin getirdiği güvencelerin katı bir biçimde uygulanmayacağı yönündeki içtihadından³⁵⁴ hareketle varılabilir.

Bu çalışmada incelenen hükümlerden özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılanlar kusur ilkesi bağlamında incelendiğinde dikkat çeken hususlar şunlardır:

Çek cezası yaptırımı bakımından öğretideki hâkim fikrin kusur aramaması kanımızca kusur ilkesi karşısında isabetli değildir.³⁵⁵ Bununla birlikte ceza miktarının karşılıksız çıkan tutarın belirli bir oranı olarak tespit ediliyor olması cezanın fiilin ağırlığı ile orantılı olduğu anlamına gelmekte ve ilk bakışta kusur ilkesiyle bağdaşmaktadır. *Heizmann*'a göre ceza miktarının tespitinde ayrıca kusurun ağırlığının da dikkate alınacağı bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. Böylece karşılıksız çıkan tutarın çok yüksek fakat kusurun az olduğu durumlarda cezadan indirim yapılması söz konusu olabilirdi.³⁵⁶

Hukuka veya ahlaka aykırı bir amaçla verilen şeyin geri istenememesi yaptırımı (TBK 81) bakımından kusurun aranacağı açıktır. Zira bu yaptırım ancak verilen şeyin bu "amaçla" verilmesi durumunda devreye girmektedir. Bununla birlikte ceza yaptırımının ağırlığının kusurla orantılı olduğunu söylemek güçtür. Alman hukukundaki muadil hüküm olan BGB §817/II bağlamında da ifade edildiği üzere, ceza miktarı güdülen amaçtaki hukuka ve ahlaka aykırılığın ağırlığından bağımsız olarak, karşı edimin tutarına göre değişmektedir. Bunun ise kusur ilkesiyle bağdaştığını söylemek güçtür.³⁵⁷

TTK 198/I uyarınca öngörülen hakların donması yaptırımı bakımından kusurun aranıp aranmadığı açık değildir. Kanımızca bu yaptırımın bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kusuru olmayan kişiler bakımından uygulanamaması gerekir. TTK 1530/VII'de düzenlenen temerrüt faizine ilişkin özel hukuk cezası kusur ilkesine uygun olarak failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanmalıdır.³⁵⁸ Buna karşılık cezanın ağırlığı bakımından kusur ve fiilin ağırlığı ile bir orantı kurulmamış olmasının kusur ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır. Tüketici kredisi sözleşmeleri bakımından öngörülen yaptırımlar ise kusurun aranması bakımından kusur ilkesiyle bağdaşmaktadır. Ancak bu yaptırımların da bazılarında (TKHK 25/II c 1; Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği 18/II) cezanın fiilin ağırlığı ve kusur ile orantılı olacak şekilde değişken belirlenmediği görülmekte olup bu durumun kusur ilkesiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır.

354 Bkz yuk dn 334 ve buna bağlı metin.

355 Bkz yuk III/M.

356 Heizmann (n 1) para 751.

357 Alman hukuku bakımından Philipp Heck, 'Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche' (1925) 124 Archiv für civilistische Praxis 1, 57 vd; Canaris (n 236) 523. İsviçre hukuku bakımından von Büren (n 235) 226; Heizmann (n 1) para 757-758.

358 Bkz yuk dn 265.

Ç. CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi Anayasa 38/VII ve TCK 20/I'de açıkça belirtilmiştir. Bu ilke, yalnızca fiili işleyen kişinin cezalandırılabilmesi anlamına gelir.³⁵⁹ İlkenin özel hukuk cezası yaptırımları bakımından da uygulanması gerekir. Dolayısıyla bir özel hukuk yaptırımı hukuka aykırı fiili işleyen kişi dışında birine uygulanamayacaktır. Bu sebeple, yukarıda açıklandığı üzere, TTK 198/II'deki donma yaptırımının bildirim yükümlüsü dışındaki kişilere ve çek cezasına ilişkin TTK 783/III'teki yaptırımın düzenleyen lehine aval veren avaliste uygulanması şahsilik ilkesine aykırıdır.

Şahsilik ilkesinin bir görünümü cezaların mirasçılara geçmemesidir.³⁶⁰ Nitekim bu husus hapis ve henüz ifa edilmemiş adli para cezaları bakımından TCK 64/II'de açıkça ifade edilmiştir. Aynı sonuç idari para cezaları bakımından da kabul edilmektedir.³⁶¹ Benzer şekilde, henüz ifa edilmemiş özel hukuk cezalarının da mirasçılara geçmeyeceğini kabul etmek uygun olur.³⁶² Bir hakkın kaybedilmesi veya doğmasının engellenmesi şeklinde gerçekleşen özel hukuk cezaları, örneğin TBK 81, bakımından yaptırım fiilin işlenmesi sonucu kendiliğinden uygulandığından fiili işleyen kişinin ölümü sonucu talep hakkı yeniden canlanmayacaktır. Bu sonuç, tahsil edilmiş adli para cezalarının da failin ölümü sonucu mirasçılar tarafından geri istenemeyeceği düşünüldüğünde tutarlıdır. Bir hakkın askıya alınması şeklindeki geçici yaptırımlar bakımından ise fiili işleyen kişinin ölümü sonucu yaptırımın duracağını belirtmek gerekir. Örneğin bildirim yükümlüsünün ölümü sonucu TTK 198/II uyarınca donmuş olan oy hakları canlanacaktır. Mirasçıların kendi bildirim yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde ise oy hakları tekrar donacaktır, zira burada artık mirasçıların bir fiili söz konusudur.

Acaba mağdurun ölmesi hâlinde onun mirasçıları özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımın uygulanmasını sağlayabilirler mi? Bir görüşe göre, özel hukuk cezası yaptırımı bu ihtimalde uygulanmaz.³⁶³ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar, failin bir hakkı kaybetmesi, bir borç altına girmesi veya bir hakkın doğumunun engellenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin düzenlenen bir çekin karşılıksız çıkması durumunda hamil karşılıksız çıkan bedelin yüzde onu tutarında bir alacak hakkı kazanmış olacaktır. Bu alacak hakkı, kazanılmasıyla birlikte hamilin malvarlığına girmiş olur ve onun ölümü durumunda bu alacak hakkı tereke kapsamında mirasçılara intikal eder. Mağdurun özel hukuk cezası yaptırımının uygulanması neticesinde elde ettiği hak kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte olmadığı müddetçe³⁶⁴ miras yoluyla intikalin önünde bir engel bulunmamaktadır.

359 Zafer (n 32) 49; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 24) 76; Hakeri (n 32) 37; Canoğlu (n 330) 56. Ceza hukukunda tüzel kişilere yaptırım uygulanmamasını bazı yazarlar bu ilkenin bir sonucu olarak görse de (örneğin Hakeri (n 32) 37), yukarıda (II/Ç) belirttiğimiz üzere tüzel kişilere özel hukuk cezalarının uygulanabilirliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

360 Canoğlu (n 330) 64-68.

361 Örneğin bkz. Danıştay İDDK, E 2013/2995 K 2015/1226, 09.04.2015; Danıştay İDDK, E 2006/2914 K 2007/1316, 31.05.2007; Danıştay 13 D, E 2018/3662 K 2019/180, 17.01.2019. Kararlar için bkz <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

362 Aynı yönde Heizmann (n 1) para 771.

363 Heizmann (n 1) para 771.

364 Bu tür hakların mirasçıya intikal etmeyeceği yönünde Serozan ve Engin (n 158) §1 para 150.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir haksız fiilin birden fazla failinin olduğu ve dolayısıyla bu kişilerin zarardan müteselsilen sorumlu tutulduğu bir örnekte, faillerden biri veya bazıları bakımından aynı fiil nedeniyle bir özel hukuk cezası yaptırımının uygulanması söz konusu ise, diğer failer bu yaptırımdan müteselsilen sorumlu tutulamamalıdır.³⁶⁵ Şayet faillerden yalnızca biri bakımından özel hukuk cezası yaptırımının koşulları gerçekleşmişse cezai nitelikteki bu yaptırıma o fail tek başına katlanacaktır. Birden fazla fail bakımından yaptırımın şartları gerçekleştiğinde ise cezai yaptırımın her bir fail bakımından ayrı ayrı uygulanması gerekir.

D. NE BIS IN IDEM

Ne bis in idem ilkesi en basit haliyle aynı fiilin iki kez kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı anlamına gelir.³⁶⁶ Bu ilkenin amacı hukuk ve kişi güvenliğinin sağlanmasıdır.³⁶⁷ *Ne bis in idem* ilkesi Türk Anayasası'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte Türkiye'nin imzalayıp yürürlüğe koyduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinde hükme bağlanmıştır.³⁶⁸ Ayrıca ilkenin, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmektedir.³⁶⁹ İlkenin pozitif hukuktaki görünümüne örnek olarak aynı fiil sebebiyle aynı sanık hakkında daha önce verilmiş bir hüküm ya da açılmış bir dava olması hâlinde davanın reddedileceğini belirten Ceza Muhakemesi Kanunu³⁷⁰ 223/VII ve bir fiilin hem kabahat hem de suç teşkil etmesi halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağını belirten Kabahatler Kanunu³⁷¹ 15/III verilebilir.³⁷²

Daha önce belirtildiği üzere bu çalışmadan benimsenen anlamıyla özel hukuk cezalarının AİHS 6 kapsamında cezai nitelikte olduğunun kabulü halinde doğrudan,³⁷³ aksi halde ise kıyasen, *ne bis in idem* ilkesinin özel hukuk cezaları bakımından uygulanabilirliği gündeme gelecektir. Özel hukuk cezasına konu ve aynı zamanda başka bir cezai yaptırıma tabi fiillere her iki yaptırımın birlikte uygulanması *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil eder mi?

365 Cezalar bakımından müteselsil sorumluluğun söz konusu olamayacağı, zira adli para cezaları bakımından alacaklı konumunda bulunan devletin yaptırımın infaz edilmesi amacıyla bir başkasını cezalandırmasının kabul edilemeyeceği yönünde: Canoğlu (n 330) 62-63.

366 Şeyma Cebeci, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne bis in idem İlkesi* (On İki Levha 2021) 8; Mustafa Özen, 'Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) 14(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389, 390.

367 Özen (n 366) 389-390; Cebeci (n 366) 9; Heizmann (n 1) para 783.

368 Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 6684 Sayılı Kanun 10.03.2016 tarihinde kabul edilmiş, 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün onaylanması 08.04.2016 tarih ve 29678 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 28.03.2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kararlaştırılmıştır. Protokol Türkiye açısından 01.08.2016'da yürürlüğe girmiştir.

369 Cebeci (n 366) 10; Özen (n 366) 389; Anayasa Mahkemesi, E 2019/16 K 2019/15, 14.03.2019, para 11; Anayasa Mahkemesi, E 2017/33 K 2019/20, 10.04.2019, para 49.

370 Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

371 Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul Tarihi: 30.03.2005, RG 31.03.2005/25772 (Mükerrer).

372 Cebeci (n 366) 10-11.

373 Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. Maddesinin uygulanabilirliği bakımından bir normun cezai nitelikte olması için AİHS 6 kapsamında benimsenen *Engel* kriterlerinin tatbik edileceği yönünde: *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016), para 107; *Goulardis and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 52; Galović v. Croatia App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 105.

Bu sorunun cevaplanması için ilkenin kapsamının aydınlatılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ilkenin mutlak olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, iki farklı yaptırım farklı amaçlarla öngörülmüşse aynı fiilin farklı hukuk disiplinlerinde öngörülen yaptırımlarla cezalandırılması ilkeyi ihlal etmez.³⁷⁴ AİHM'nin uyguladığı test ise daha kapsamlıdır. Mahkemenin, özellikle aynı fiilin³⁷⁵ idare hukuku ve ceza hukukunda ayrı ayrı cezai yaptırımlara bağlandığı hâllerin ilkeyi ihlal edip etmediğine ilişkin güncel içtihadı *A and B v. Norway* kararında belirtilen kriterlere dayanmaktadır.³⁷⁶

Bu kararda mahkeme, geçmişteki içtihadını özetledikten³⁷⁷ sonra şu tespitleri yapmıştır. İlk olarak AİHS, devletlerin cezalandırma sürecini parçalara bölmelerini ve farklı cezalar uygulamasını yasaklamamaktadır.³⁷⁸ Devletler, hukuka aykırı fiillere, birbirini tamamlayarak bir bütün oluşturan ve ilgili sosyal sorunun farklı yönlerini hedef alan hukuki mekanizmalarla cevap verebilirler, yeter ki söz konusu hukuki mekanizmalar kümülatif olarak uygulandığında fiili işleyen kişi bakımından öngörülemez ve ölçsüz bir yük ortaya çıkmasın.³⁷⁹ Sonuç olarak, mahkemeye göre, aynı fiile karşı öngörülen birden fazla yaptırımın *ne bis in idem* ilkesi ile çelişmemesi için ilgili süreçlerin hem maddi bakımdan hem de zaman bakımından birbiriyle yeterince yakın bağlantılı (*sufficiently closely connected in substance and in time*) olması gerekir. Maddi bağlantının sağlanıp sağlanmadığının tespiti için mahkeme aşağıdaki kriterlerin dikkate alınabileceğini belirtmektedir.³⁸⁰

- Yaptırımların birbirini tamamlayan amaçlar güdüp gümediği ve dolayısıyla yalnızca soyut olarak değil somut olarak da ilgili davranışın farklı yönlerini ele almadığı
- Aynı davranışa karşı birden fazla yaptırım uygulanmasının, hem hukuken hem de fiilen, davranışın öngörülebilir bir sonucu olup olmadığı
- İlgili süreçlerin, delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde mükerrerliği mümkün olduğunca önleyecek şekilde yürütülüp yürütülmediği, özellikle bir süreçteki vakıaların tespitinin diğerinde de dikkate alınmasını sağlamak için makamlar arasında yeterli etkileşimin sağlanıp sağlanmadığı

374 Cebeci (n 366) 12; Anayasa Mahkemesi, E 2017/28 K 2017/107, 31.05.2017, para 15; Anayasa Mahkemesi (Bireysel Başvuru), Başvuru No 2018/9115, 27.03.2019, para 52; Yargıtay 12 CD, E 2020/3021 K 2021/5096, 22.06.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023. AYM bir kararında ise aşağıda açıklanacak olan AİHM'nin *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016) kararındaki ölçütleri uygulamıştır: Anayasa Mahkemesi, E 2019/4 K 2021/78, 04.11.2021.

375 AİHM, uygulanan yaptırımların aynı fiili (*idem*) konu alıp almadığını incelerken *Zolotukhin v. Russia* App no 14939/03 (ECtHR, 10 February 2009) kararında benimsenen ölçütü (para 78-84) uygulamakta ve vakıaların tamamen ya da büyük ölçüde aynı olup olmadığını incelemektedir: bkz *A and B v. Norway* App nos 24130/11 and 29758/11 (ECtHR, 15 November 2016), para 102; *Goulandris and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 68; *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 107.

376 *A and B v. Norway* kriterlerinin uygulandığı yakın tarihli kararlara örnek olarak *Goulandris and Vardinogianni v. Greece* App no 1735/13 (ECtHR, 16 September 2022), para 54; *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 113.

377 *Galović v. Croatia* App no 45512/11 (ECtHR, 30 November 2021), para 112-116.

378 *ibid* para 120.

379 *ibid* para 121-122.

380 *ibid* para 132.

- Son olarak ve belki de en önemlisi kişinin aşırı bir yüke katlanmak zorunda kalmasını önlemek amacıyla, önce kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın en son kesinleşen süreçte dikkate alınıp alınmadığı.

Maddi bağlantıya ek olarak zaman bakımından yeterli bağlantının da incelenmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre bu bağlantının varlığı için iki sürecin başından sonuna kadar eş zamanlı yürütülmesi gerekmemekte; kişiyi belirsizlikten, süreçlerin gecikmeye maruz kalmasından ve işlemlerin zaman içinde uzamasından koruyacak kadar yakınlık içinde olması yeterli görülmektedir.³⁸¹

Kanaatimizce, AİHM'nin kriterleri dikkate alındığında, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların, aynı zamanda bir suç teşkil etmesi ya da cezai nitelikteki bir idari yaptırıma konu olması halinde, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olması kural olarak söz konusu değildir.³⁸² Öncelikle maddi bağlantı için mahkemenin aradığı kriterler sağlanmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımlar birçok durumda cezai nitelikteki diğer yaptırımları tamamlayıcı rol üstlenmektedir.³⁸³ Ayrıca bu yaptırımların uygulanması kişiler için öngörülebilirdir, zira bir fiilin ceza/idare hukukuna ek olarak özel hukukta sonuçlarının olması sık karşılaşılan bir durumdur. Hukuk ya da ceza hâkiminin bir diğerinin vakia tespitini dikkate almasına bir engel yoktur. Ayrıca, cezanın miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olduğu durumlarda, hâkimin önce kesinleşen yaptırımı aşırı cezanın önüne geçmek için dikkate almasına da bir engel yoktur.

Ayrıca, AİHM'nin *Jussila v. Finland* kararında belirttiği üzere, her ne kadar *Engel* kriterlerine göre cezai nitelikte olduğu tespit edilse de, ciddi bir damgalayıcı sonuç doğurmayan ve ceza hukukunun “çekirdeğine” (*hard core of criminal law*) dahil olmayan normlar bakımından ceza hukuku güvencelerinin tamamının tavizsiz bir şekilde uygulanması gerekmemektedir.³⁸⁴ Dolayısıyla, özel hukuk cezalarının ceza hukukunun çekirdeğine dahil olmayan normlar olduğu ve ceza hukuku yaptırımlarını tamamlayıcı yönü düşünüldüğünde, *ne bis in idem* ilkesinin bu tür yaptırımların ceza hukuku yaptırımlarına ek olarak uygulanmasının önüne geçmesinin kural olarak amaca uygun olmadığı söylenebilir.

Son olarak, özel hukuk cezası niteliğindeki RKHK 58/II'deki üç kat tazminat yaptırımının özel olarak incelenmesi faydalı olacaktır. Öğretide, üç kat tazminatın zararı tazminin ötesinde amaçladığı caydırma/cezalandırma amacı ile idari para cezasının amaçladığı caydırma/cezalandırma amacının birbiriyle kesişebileceği ve bu sebeple her iki yaptırımın birlikte uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edebileceği savunulmaktadır.³⁸⁵ Üç kat tazminat yaptırımı rekabet ihlali

381 ibid para 134.

382 Aksi fikirde: Heizmann (n 1) para 786 vd. Yazara göre bir kişi aynı davranışı nedeniyle hâlihazırda bir cezai yaptırıma maruz kaldıysa özel hukuk cezası uygulanmamalıdır. Bunun tersi de geçerlidir, ancak cezai yaptırımın özel hukuk cezasına nazaran çok daha ağır olduğu durumlarda bir hiyerarşi benimsenmelidir ve cezai yaptırım öne geçmelidir.

383 Örnek olarak, aynı zamanda suç teşkil edebilecek fiillere de uygulanan TBK 81 hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz yuk III/Ė.

384 *Jussila v Finland* App no 73053/01 (ECtHR, 23 November 2006), para 43.

385 Cömert Akbay (n 123) 167-169. İngiliz Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) 2009 yılında verdiği bir kararında ([2008] EWCA Civ 1086, [2009] 3 WLR 198), Avrupa Komisyonu'nun rekabet ihlalinde bulundan teşebbüse verdiği idari para cezasına ek olarak, örnek niteliğinde tazminata (*exemplary damages*) hükmedilmesinin *ne bis in idem* ilkesine aykırı

sonucu zarar görenleri dava açmaya teşvik etmeyi³⁸⁶ ve bu yolla Rekabet Kurumunun uyguladığı idari para cezası yaptırımını tamamlayıcı rol oynamayı³⁸⁷ amaçlamaktadır. Yani rekabet hukukuna aykırı davranışların caydırılması iki ayrı koldan sağlanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi AİHM içtihadına göre cezalandırma sürecinin parçalara ayrılması ve birden fazla cezai nitelikte yaptırım uygulanması başlı başına *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir. Yalnızca ağır kusurlu teşebbüslere uygulanabilen üç kat tazminat yaptırımının teşebbüsler bakımından öngörülebilir olduğu söylenebilir. Söz konusu yaptırım idari para cezasına ek olarak uygulandığında teşebbüs bakımından ölçüsüz bir sonuç doğacağı da her zaman söylenemez, zira hâkimin tazminat miktarını takdir ederken teşebbüse uygulanan idari para cezası tutarını dikkate alması da mümkün ve hatta gereklidir.³⁸⁸ Sonuç olarak idari para cezasına ek olarak RKHK 58/II'deki yaptırımın uygulanması başlı başına *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.³⁸⁹

V. SONUÇ

Bu çalışmada özel hukuk cezası kavramının açıklanması amaçlanmaktadır. Hangi yaptırımların bu nitelikte olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle özel hukuk cezasını diğer özel hukuk yaptırımlarından ayıran özellik tespit edilmelidir. Özel hukuk cezası niteliğindeki yaptırımların, diğer özel hukuk yaptırımlarından temel farkı bu yaptırımların amacının zarar görenden ziyade faile odaklanmasıdır. Bu yaptırımlarla ulaşılmak istenen temel sonuç, hukuka aykırı davranıştan etkilenen bir kişinin menfaatlerinin korunması değil, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştiren failin cezalandırılmasıdır. Bu nedenle cezanın amacının ne olduğu ve ceza kavramının neyi ifade ettiği konu bakımından önem taşımaktadır. Modern ceza hukukundaki hâkim anlayışın cezanın amacı olarak, çok tartışmalı olmakla birlikte, önleme amacını öne çıkardığı söylenebilir. Buna göre ceza, failin rehabilite ve resosyalize edilmesi suretiyle onun ileride suç işlemesinin önlenmesini amaçladığı gibi, toplumun geri kalanında farkındalık yaratarak potansiyel suçluların suç işlemesini de engellemeyi amaçlar. TCK'nın amacına ilişkin ilk maddesinin de bu yaklaşımı desteklediği söylenebilir.

olacağını belirtmiştir (Aktaran David Bailey ve Christopher Brown, 'Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France): A Case Note' (2009) 8 Competition Law Journal 271, 271).

386 Kerem Cem Sanlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiili Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I*, (Erciyes Üniversitesi 2003) 197, 256; Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017) 284; Cömert Akbay (n 123) 158, Gül, 2015 (n 5) 354; Metin Topçuoğlu, 'Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat' (2009) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28 Mayıs 2009*, 7.

387 Sanlı (n 386) 207; Kesici (n 386) 284.

388 Kesici (n 386) 316. Belirtmek gerekir ki öğretide bir görüşe göre hâkim, şartları sağlandığı takdirde üç kat tutarında tazminata hükmetmek zorundadır: Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku* (6. Bası, Ekin 2021) 1996, Topçuoğlu (n 386) 36. Kanımızca, hükmün amaca yönelik yorumuyla, kusur ilkesini de dikkate alarak yorumlanması neticesinde hâkime zarar tutarıyla, zararın üç katı arasında bir tutara hükmetme konusunda takdir yetkisi tanındığı sonucuna varmak daha isabetlidir. Sonuç itibarıyla bu şekilde Sanlı (n 386) 271; Dilek Cengiz, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları* (Beta 2006) 404; Kesici (n 386) 305.

389 ABD'nin birçok eyaletinde aynı davranışın hem ceza hukuku yaptırımına hem de cezalandırıcı tazminata tabi tutulmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı görülmediği, cezalandırıcı tazminatın ceza hukuku yaptırımlarını tamamladığının düşünüldüğü yönünde: Renée Charlotte Meurkens, 'Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe' (Doctoral Thesis, Maastricht University 2014) 71-73.

Ceza kavramı, devlet tarafından suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak tanımlanmaktadır. Şekli olarak cezanın ne olduğu ilgili devlette geçerli olan hukuk kurallarıyla belirlenir. Ancak bunun ötesinde maddi anlamda bir ceza kavramına da ihtiyaç duyulmaktadır. Yürürlükteki hukuk bakımından AİHS 6 bağlamında hangi yaptırımların cezai nitelikte olup bu doğrultuda hangi yaptırımlar bakımından AİHS 6/II ve III'teki güvencelerin devreye gireceği maddi anlamda ceza kavramının kapsamı bakımından önemli bir göstergedir. Zira bu bağlamda hangi yaptırımların cezai nitelikte olduğu, ulusal hukuk sistemlerinin yaptığı nitelendirmeden bağımsız olarak, otonom bir şekilde belirlenir. AİHM içtihadında bu hususta *Engel* kararında tespit edilen ölçütler dikkate alınmaktadır. Bu ölçütler özel hukukta öngörülen hangi yaptırımların cezai niteliği haiz olduğu hususunda yol gösterici olabilir.

Cezalandırma amacı güden hükümler özel hukuk bakımından anomali teşkil eder. Bu bağlamda, cezalandırma ve dolayısıyla önleme amacıyla yapılan düzenlemelerin özel hukukta yeri olup olmadığı çok tartışılmış bir meseledir. Bu konudaki tartışmanın bir ucunda cezai nitelikteki hükümlerin özel hukukta hiçbir yeri olmadığını savunan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, hukukun tarihi gelişiminde cezai sorumluluk ve hukuki sorumluluğun birbirinden ayrılmasının önemli bir kazanım olduğunu, son yıllarda özel hukuk alanında cezai nitelikteki hükümlerin sayısının artmasının bu önemli kazanımı hiçe saydığını savunmaktadırlar. Karşı yöndeki görüşlerin savunucuları ise özel hukukta da kişilerin davranışlarını yönlendiren, onları arzu edilmeyen davranışlardan caydıran hükümlere yer olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüşlere göre özel hukukta bu tür yaptırımlar öngörülmesi özellikle cezai yaptırımların yetersiz kaldığı alanlarda faydalı olmaktadır.

Bu tartışmada bir pozisyon almak bu çalışmanın amacını aşmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından cezalandırıcı yaptırımların özel hukukta yeri olmadığı yönündeki görüş savunulsa bile, yürürlükteki hukuk bakımından bu nitelikteki hükümlerin mevcudiyeti yadsınamaz. Bu çalışmanın amacı da öncelikle hangi hükümlerin bu nitelikte olduğunu belirlerken dikkate alınacak ölçütleri tespit etmek ardından da bu tespitin ne gibi sonuçları olabileceğini değerlendirmektir.

Bir özel hukuk cezasının mevcudiyetinden bahsedebilmek için aranacak ilk unsur, doğrudan veya dolaylı olarak failin malvarlığına yönelik bir özel hukuk yaptırımının bulunmasıdır. Yaptırımın, özel hukuk yaptırımı niteliğinde olup olmadığına tespitinde yaptırıma ilişkin uyumsuzluklar bakımından görevli mahkeme önemli bir göstergedir.

İkinci olarak yaptırımın cezalandırıcı amacının bulunması gerekir. Cezalandırma amacının varlığına işaret eden önemli özelliklerden ikisi yaptırımın fail odaklı olması ve caydırıcılığı amaçlıyor olmasıdır. Bir başka deyişle bu yaptırımın hukuk düzenindeki varlığının ana sebebi kişileri arzu edilmeyen bazı davranışlardan caydırarak onların davranışlarını yönlendirmek olmalıdır. Bu amaçla düzenlenmiş hükümlerin hukuka aykırı bir davranışı, failin kusurlu olduğu durumlarda yaptırıma bağlıyor olması beklenir. Zira aksi takdirde caydırıcılık amacının başarıya ulaşması güçtür. Yaptırıma cezai nitelik veren bir diğer özellik bu yaptırım neticesinde failin, caydırılmak istenen fiilden önceki durumuna

nazaran daha kötü bir duruma düşüyor olmasıdır. Eğer yaptırım bu sonucu doğurmaya elverişli değilse yine bu yaptırımın caydırıcılığından bahsetmek güçtür.

Üçüncü olarak, yaptırımın cezalandırma amacından daha ağır basan bir amacının bulunmaması gerekir. Bazı yaptırımların cezai bir yönleri olduğundan bahsetmek mümkün olsa da bu yaptırımların temelinde yatan birincil düşünce cezalandırma olmayabilir. Bu gibi durumlarda yaptırım bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmemelidir.

Son olarak, yaptırımın kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Yaptırıma maruz kalacak kişinin bu yaptırım riskini gönüllü olarak üstlenmesi durumunda bir özel hukuk cezasından bahsedilemez. İşte bu nedenle ceza koşulu ve dernek cezaları özel hukuk cezası niteliğinde görülmez.

Çalışmanın bir sonraki bölümünde özel hukuk cezası niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt edilebilecek bazı hükümler, yukarıda tespit edilen ölçütler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Yapılan değerlendirme sonucunda incelenen hükümlerden TBK 81, TTK 1530/VII, TBK 355/III, TKHK 25/II c. 1-2, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği³⁹⁰ 18/II, TTK 198/II ve TTK 783/III'te öngörülen yaptırımların özel hukuk cezası niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

Buna karşılık TMK 236/II, TMK 510-511, TMK 578, TMK 610/II, TBK 7, TBK 58, TBK 120, TBK 295-297, TBK 530 ve TBK 617 c. 1'de öngörülen yaptırımların ise, öğretileri sürülen aksi yöndeki fikirlere rağmen, özel hukuk cezası niteliğinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde bir yaptırımın özel hukuk cezası olarak nitelendirilmesinin olası pratik sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu çalışmada savunulan görüşe göre, ceza hukukunun genel ilkeleri özel hukuk cezaları bakımından AİHS 6-7 uyarınca doğrudan veya niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir. Bu tespitin önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu nedenle hangi hükümlerin özel hukuk cezası içerdiği değerlendirilirken mümkün olduğu ölçüde katı ölçütler benimsenmiş, bir yaptırımın temelinde yatan düşüncenin cezalandırma olduğu kesin olarak söylenemediği takdirde bu yaptırım özel hukuk cezası olarak nitelenmemiştir.

Bu çalışmada ceza hukukunun ilkeleri bakımından yapılan inceleme; kanunilik ilkesi, kusur ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi ve *ne bis in idem* ilkesi ile sınırlı tutulmuştur. Bu çalışmada özel hukuk cezası niteliğinde olduğu tespit edilen yaptırımlar bu ilkeler çerçevesinde incelenmiştir.

Kanunilik ilkesi, cezaların ve ceza yaptırımına tabi tutulan davranışların kanunda açıkça belirlenmesini gerektirir. Bu açıdan, hâkime hangi davranışların ahlaka aykırı olduğu konusunda geniş bir hareket alanı bırakan TBK 81'in kanunilik ilkesiyle bağdaştığını söylemek güçtür. Ayrıca Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen özel hukuk cezası, yaptırım kanunla düzenlenmediği için ilkeye aykırıdır. Kanunilik ilkesi bağlamında geçmişe yürüme yasağını ve sonraki lehe kanunun uygulanma ilkesini özel hukuk cezaları bakımından da dikkate almak gerekir.

390 Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği, RG 22.05.2015/29363.

Kusur ilkesi, kusursuz olan kişinin cezalandırılmamasını gerektirir. O hâlde özel hukuk cezası niteliğinde olan yaptırımlar bakımından kusur şartı (kanunda yazılı olmasa bile) aranmalıdır. Bu bakımdan öğretide TTK 783/III'teki yaptırım bakımından kusur aranmıyor olması kanımızca bu ilkeyle bağdaşmamaktadır. Yine kusur ilkesi uyarınca TTK 1530/VII'de düzenlenen özel hukuk cezasının da yalnızca failin kusurlu olduğu durumlarda uygulanması gerekir. Kusur ilkesinin kabulünün bir diğer sonucu cezanın kusur ile orantılı olması gereğidir. Bu bakımından da TBK 81, TTK 198/I, TKHK 25/II c. 1 ve Tüketici Kredisi Sözleşmesi Yönetmeliği 18/II'deki düzenlemeler eleştiriye açıktır.

Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca cezai yaptırım fiili işleyen kişi dışında birine uygulanamamalıdır. TTK 198/II ve TTK 783/III bağlamında yapılan bazı tartışmalar bakımından bu tespit önemlidir. TTK 198/II'deki yaptırım bildirim yükümlüsü dışındaki kişilere uygulanmamalı, karşılıksız çek düzenleyen lehine aval veren avalist de TTK 783/III'teki yaptırıma maruz tutulmamalıdır. Şahsilik ilkesinin önemli bir sonucu da cezaların mirasçılara geçmemesidir. Dolayısıyla özel hukuk cezası niteliğindeki bir yaptırımın şartları gerçekleştikten sonra failin ölmesi durumunda mirasçılar bu yaptırımın sonuçlarından sorumlu tutulmamalıdır. Örneğin yaptırım bir miktar para ödenmesine ilişkinse ve fail bu ödemeyi gerçekleştirmeden ölmüşse mirasçılar bu borçtan sorumlu olmazlar. Mağdurun ölmesi durumunda ise onun özel hukuk yaptırımı sayesinde kazandığı hakkın, niteliği itibarıyla miras yoluyla geçmesine engel başka bir sebep olmadıkça, mirasçılarının geçeceği kabul edilmelidir.

Ne bis in idem ilkesi en basit haliyle aynı fiilin iki kez kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı anlamına gelir. Ancak bu ilke, bir özel hukuk cezasının uygulandığı durumlarda, failin ceza hukuku veya idare hukuku kaynaklı cezai yaptırımlara kesinlikle tabi tutulamayacağı anlamına gelmez. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki tutumu yerindedir. *Ne bis in idem* ilkesinin ne zaman devreye gireceği hususunda AİHM içtihadında belirlenen kriterleri dikkate almak yerinde olur. Çoğu ihtimalde bu ölçütlerin dikkate alınması durumunda birbirini tamamlar nitelikteki cezai yaptırımların birlikte uygulanmasına bir engel olmadığı görülmektedir. Örneğin TTK 783/III uyarınca çek cezası ödemekle yükümlü olan kişinin aynı zamanda ÇekK 5/I uyarınca cezai yaptırıma maruz kalması ilkeye aykırı olmaz. Benzer ihtimal RKHK 58/III'te öngörülen üç kat tazminat yaptırımı ile idari para cezası arasındaki ilişki bakımından da söz konusudur. Bu nedenle öğretide bu iki yaptırımın birlikte uygulanmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı olacağı yönündeki görüşlere katılmıyoruz.

KAYNAKÇA

Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı* (4. Bası, Seçkin 2014).

Acar H, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu' (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi 2019).

Achenbach H, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre* (Schweitzer 1974).

Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası, Adalet 2019).

Aksoy HC, 'Vekaletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?' (2017) 75(1) Ankara

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-121.
- Aktaş S, 'Cezalandırmanın Amacı Üzerine' (2009) XIII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-25.
- Akyiğit E, *Kira Sözleşmesi* (4. Bası, Seçkin 2012).
- Antalya OG ve Sağlık İ, *Miras Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2021).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 1* (2. Bası, Seçkin 2019). Kısaltma: Cilt V/1, 1.
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2* (2. Bası, Seçkin 2019). Kısaltma: Cilt V/1, 2.
- Araslı U, *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1* (Turhan 2002).
- Arsebük E, *Borçlar Hukuku* (3. Bası, Güney 1950).
- Aslan Y, *Rekabet Hukuku* (6. Bası, Ekin 2021).
- Atamer YM ve Okutan Nilsson G, 'Para alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı' (2013) 29(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 31-84.
- Atamer YM, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması* (On İki Levha 2016).
- Ayan S, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı) 717-793.
- Aydın GS, 'Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi' (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 336-373. Kısaltma: Ölünceye Kadar Bakma.
- Aydın GS, 'Türk Medenî Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Hâlinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu,' (2018) 13(165-166) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-42. Kısaltma: TMK 236.
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (4. Bası, Adalet 2019).
- Badur E, 'Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı' (2016) 1(2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39-63.
- Bailey B and Brown C, 'Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France): A Case Note' (2009) 8 Competititon Law Journal 271-292.
- Balmelli M, 'OR 526-528' in Claire Huguenin and Markus Müller-Chen (eds) *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* (3rd edn, Schulthess 2016).
- Baş K, 'Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları' (2020) 36(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 57-100.
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (6th edn, Helbing & Lichtenhahn 2015). Kısaltma: BSK-OR I-Yazar adı.
- Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (5th edn, Helbing & Lichtenhahn 2014). Kısaltma: BSK-ZGB I-Yazar adı.
- Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB*, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) (5th edn, Helbing & Lichtenhahn 2015). Kısaltma: BSK-ZGB II-Yazar adı.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha 2019). Kısaltma: Haksız Fiil.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020). Kısaltma: Uyarlama.
- Baysal B, 'Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)' iç Murat İnceoğlu (ed) *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler - Tartışmalar)* (On İki Levha 2015) 273-325.

- Beever A, 'Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis' in Charles EF Rickett (ed) *Justifying Private Law Remedies* (Hart 2008) 249-297. Kısaltma: Tort.
- Beever A, 'The Structure of Aggravated and Exemplary Damages' (2003) 23(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 87-110. Kısaltma: Damages.
- Bell M, 'The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?' (2008) 79(1) *The Political Quarterly* 36-44.
- Berger C, 'Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB' (2001) *Juristische Schulung* 649-654.
- Brehm R, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR* (3rd edn, Stämpfli 2006).
- Burcuoğlu H, 'Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler' iç Derya Ateş ve Alper Bulur (edr) *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan* (Beta 2008) 17-46.
- Bydlinki F, 'Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft' (2004) 204(3/4) *Archiv für die civilistische Praxis* 309-395.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha 2018).
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639) Cilt-II* (On İki Levha 2020).
- Çağlayan P, 'Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukuku'ndaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları (TTK Md. 1530)' (2011) 27(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 173-246.
- Çağlayan Aksoy P, 'Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme' (2015) 31(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 131-180.
- Canaris C, 'Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen' in Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt and K. Peter Mailänder (eds) *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* (de Gruyter 1990) 519-571.
- Canoğlu VC, 'Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2021).
- Cebeci Ş, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne bis in idem İlkesi* (On İki Levha 2021).
- Çelik AÇ, *Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı* (Legal 2006).
- Çelikyurt F, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması* (Beta 2018).
- Cengiz D, *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları* (Beta 2006).
- Centel N, 'Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu – Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması', (2016) 65(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3313 – 3326.
- Centel N, 'Cezanın Amacı ve Belirlenmesi', *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 337- 372.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta 2020).
- Çınar Ö, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İsmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi ve Sonuçları' (2012) 2(1) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-137.
- Cömert Akbay B, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 149-175.
- Cooter R and Ulen T, *Introduction to Law and Economics* (6th edn, Pearson 2016).
- Courtney W and Goudkamp J, 'Punishment and Private Law' in Elise Bant and others (eds), *Punishment and Private Law* (Hart 2021) 3-32.
- Çubukçil R, 'Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) VII (1-2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 441-467.

- Dannemann G, 'Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims' in David Johnson and Reinhard Zimmermann (eds) *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* içinde (Cambridge 2004) 310-324.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021).
- Dodge WS, 'The Case for Punitive Damages in Contracts' (1999) 48(4) *Duke Law Journal* 629-699.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I* (14. Bası, Der 2016).
- Druey JN, *Grundriss des Erbrechts* (5th edn, Stämpfli 2002).
- Ebert I, 'Punitive Damages and Liability Insurance' in Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (eds) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer 2009) 213-217.
- Engin Bİ, *Mirastan Yoksunluk* (Beşir 2010).
- Erdönmez G, 'Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler' iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edr) *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Yetkin 2017). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019). Kısaltma: Borçlar Özel.
- Erlüle F, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (3. Bası, On İki Levha 2021).
- Ertaş Ş, 'Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti' iç Yavuz Alangoya (ed) *Prof Dr İlhan E Postacıoğlu'na Armağan* (Bayrak 1990) 73-77.
- Escher A and Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*, (3rd edn, Schulthess 1959). Kısaltma: ZK-Escher/Escher^I.
- Escher A and Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)*, (3rd edn, Schulthess 1960). Kısaltma: ZK-Escher/Escher^{II}.
- Fellmann W and Kottmann A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Stämpfli 2012).
- Furth-Matzkin M, 'On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market' (2017) 9(1) *Journal of Legal Analysis* 1-49.
- Gönen D, 'Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı' iç Tufan Ögüz, Halil Akkanat, Emrehan İnal, Bilgehan Çetiner, Başak Zeynep Baysal ve Doruk Gönen (edr) *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015) 327-340.
- Goudkamp J and Katsampouka E, 'Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law' (2021) 84(6) *Modern Law Review* 1257-1293.
- Guhl T and Druey JN, 'Der Check' in Theo Guhl and others (eds) *Das Schweizerische Obligationenrecht - mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9. Bası, Schulthess 2000).
- Gül İ, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin 2015). Kısaltma: 2015.
- Gül İ, 'Türk Hukukunda Medeni Ceza Sorumluluğu Nasıl Olmalı?' (2019) 9(17) *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 343-372. Kısaltma: 2019.
- Gül İ, 'Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği' (2021) 18(2) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı'ya Armağan) 931-951. Kısaltma: 2021.
- Güler A, '6570 Sayılı Kira Kanunu'nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar' (1978) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 632-635.

- Gülyüz MT ve Zorluoğlu Yılmaz A, 'Bir Anglo - Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi' (2019) 2019(141) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 325-362.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin 2021). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I* (3. Bası, Vedat 2013). Kısaltma: Borçlar Özel.
- Gümüş MA, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)* (Vedat 2008). Kısaltma: Mal Rejimleri.
- Gümüş MA, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi* (2. Bası, Vedat 2012). Kısaltma: Kira.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Bası, Adalet 2017).
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)* (İstanbul Üniversitesi 1976).
- Hauptli M, 'Art. 571' in Daniel Abt and Thomas Weibel (eds), *Erbrecht - Praxiskommentar* (Helbing & Lichtenhahn 2007).
- Heck P, 'Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche' (1925) 124 Archiv für civilistische Praxis 1-68.
- Heizmann R, *Strafe im schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli 2015).
- Hekim A ve Kaplan MB, 'Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması' iç Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku: Seminerler - Makaleler 2017* (On İki Levha 2017) 165-188.
- Helvacı İ, *Mirasın Reddi* (Filiz 2002).
- Honsell H, 'Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus' in Lutz Aderhold and others (eds), *Festschrift für Harm Peter Westermann* (Dr. Otto Schmidt 2008) 315-336.
- Honsell H, Isenring B and Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013).
- Huguenin C, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil* (3rd edn, Schulthess 2019).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (15. Bası, Der 2020).
- İnceoğlu MM ve Başoğlu B, 'Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi' iç Baki İlkay Engin, Başak Baysal ve Tülay Aydın Ünver (edr) *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II* (On İki Levha 2010) 981-1027.
- İnceoğlu MM, *Kira Hukuku, 2. Cilt* (On İki Levha 2014).
- Jaffey P, 'The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages' *The Modern Law Review* (1998) 61(6) 860-869.
- Karakaş Doğan F, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası* (Legal 2010).
- Karayalçın Y, 'Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması' (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-175.
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (5 Bası, On İki Levha 2019).
- Kendigelen A ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Kesici B, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017).
- Kılıçoğlu AM, *Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuki Sorumluluk* (3. Bası, Turhan 2008). Kısaltma: Basın.
- Kılıçoğlu AM, *Miras Hukuku* (11. Bası, Turhan 2021). Kısaltma: Miras.
- Kırca Ç, 'Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği' *Yargıtay Dergisi* (1999) 25(3) 242-270.
- Klöhn L, 'Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts' (2010) 210(6) Archiv Für Die Civilistische Praxis 804-856.
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin 2018).
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014). Kısaltma: Borçlar.

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (2. Bası, Filiz 1978). Kısaltma: Miras.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017).
- Kramer EA, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016)
- Larenz K and Canaris C, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3rd edn, Springer 1995).
- Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 1997).
- Mansel H, 'BGB §241a' in Rolf Stürner (ed) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* (18th edn, Beck 2021)
- Merhacı SÖ, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2013).
- Meurkens RC, 'Punitive Damages: The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe' (Doctoral Thesis, Maastricht University 2014).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, Wolfgang Krüger (ed) (9th edn, Beck 2022). Kısaltma: MüKo-Yazar adı.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht - Allgemeiner Teil I*, Wolfgang Krüger (ed) (9th edn, Beck 2022). Kısaltma: MüKo-Yazar adı.
- Kırkbeşoğlu N, 'Türk Özel Hukukuna Kısmi Hükümsüzlük' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta 2020). Kısaltma: Borçlar Genel.
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996). Kısaltma: Maddi Tazminat.
- Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5th edn, Schulthess 1995).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (25. Bası, Vedat 2019).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat 2022). Kısaltma: Cilt I.
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (16. Bası, Vedat 2021). Kısaltma: Cilt II.
- Oğuzman MK, *Miras Hukuku* (6. Bası, Filiz 1995).
- Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (On İki Levha 2019).
- Oral T ve Baş E, 'Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası' (2023) Yıl 14, Sayı 53, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 475-548.
- Orel Füssli Kommentar OR*, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds) (4th edn, Orel Füssli 2023). Kısaltma: OFK-Yazar adı-OR.
- Orel Füssli Kommentar ZGB*, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (eds) (4th edn, Orel Füssli 2021). Kısaltma: OFK-Yazar adı-ZGB.
- Öz T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme* (Kazancı 1990).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Bası, Seçkin 2019).
- Özden Merhacı S, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat* (Yetkin 2015).
- Özen M, 'Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) 14(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389-417.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin 2018).
- Pekmez C, 'Bağışlamanın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 213-232.
- Piotet P, *Erbrecht, 4. Band, 1. Halbband* (Helbing & Lichtenhahn 1978).
- Pipe GS, 'Exemplary Damages after Camelford' (1994) 57(1) The Modern Law Review 91-101.
- Rey H and Wildhaber I, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (5. Auflage, Schulthess 2018).
- Roberto V, 'Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen' (2008) I Schweizerisches Patent-, Muster- und Marken-Blatt 23-32.

- Roxin C and Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bası, Beck 2020).
- Rüedi Y, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/2 - Ausschluss der Rückforderungen, Art. 66 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62-67 OR* (Stämpfli 2011).
- Sanlı KC, 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiili Sorumluluğu' iç *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I*, (Erciyes Üniversitesi 2003) 197-262.
- Schabas WA, *The European Convention on Human Rights - A Commentary* (OUP 2015).
- Schmid J, *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR* (3rd edn, Schulthess 1993).
- Schmidt-Recla A, 'Von Schneebällen und Drehkrankheiten – Vergleichende Überlegungen zur Restitutions Sperre des § 817 S. 2 BGB' (2008) 63(2) *JuristenZeitung* 60-67.
- Schwarz GC, '§ 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik - Zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie' (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 1449-1454.
- Şeker M, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7)' (2013) 12(24) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 81-98.
- Şensoy PÇ, *Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler* (Yetkin 2021).
- Serozan R, *Hukukta Yöntem* (2. Bası, Vedat 2015). Kısaltma: Yöntem.
- Serozan R, 'Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım' iç *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1990) 67-101. Kısaltma: Manevi Tazminat.
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm / İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (8. Bası, On İki Levha 2022).
- Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (8. Bası, Seçkin 2022).
- Serozan R, Engin Bİ ve Atamer YM, *Medeni Hukuk* (9. Bası, On İki Levha 2022).
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018).
- Soyer Güleç S, *Borç için Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu* (Seçkin 2007).
- Sungurbey İ, *Medeni Hukuk Eleştirileri C. 3* (Sulhi Garan 1971).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010).
- Tekinay SS ve diğerleri, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).
- Thommen W, 'Beitrag zur Lehre vom Begriff der guten Sitten im schweizerischen Privatrecht' (Dissertation, Zürich 1953)
- Topçuoğlu M, 'Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat' (2009) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 28 Mayıs 2009*.
- Türkmen A, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019).
- Ülgen H ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku* (13. Bası, Vedat 2021).
- Ürem M, 'Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller' (2019) 14(175) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 779-815.
- van Winden F and Ash E, 'On the Behavioral Economics of Crime' (2012) 8(1) *Review of Law and Economics* 181-213.
- Virgo G, *The Principles of the Law of Restitution* (3rd edn, Oxford 2015).
- von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schulthess 1964).
- von Tuhr P and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Schulthess 1979).

- Wagner G, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht —Anmaßung oder legitime Aufgabe' (2006) 206(2/3) Archiv für die civilistische Praxis 352-476.
- Weber RH and Emmenegger S, *Berner Kommentar - Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR* (2. Bası, Stämpfli 2020).
- Weimar P, *Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009).
- Weinrib EJ, *The Idea of Private Law* (OUP 2012).
- Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha 2013).
- Yanlı V ve Okutan Nilsson G 'Türk Ticaret Kanunu'nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi' iç Ercüment Erdem ve diğerleri (edr) *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 771-789.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (10. Bası, Beta 2014).
- Yıldırım AH, 'Çek Cezası (TTK 783/3)' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan) 3449-3506.
- Yıldız MG, 'TBK.m.117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK.m.1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi' (2018) 76(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 359-380.
- Yılmaz M ve Kurt E, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması' (2018) 4(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-136.
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75* (5. Bası, Beta 2015).
- Zevkliler A ve Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Seçkin 2016).
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (4. Bası, Seçkin 2020).