

Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi

The Impact of the Debtor's Fault on Penalty Clause Agreements

Zeynep Damla TAŞKIN* 

Öz

Ceza koşulu borçluyu sözleşmesel yükümlülüklerini ifaya güdülemeyi amaç edinmiş bir baskı aracıdır. Ceza koşulu anlaşmasında alacaklı taraf, gerek kendisine taahhüt edilmiş olan edimin yerine getirilmesi ihtimalinin artması gerekse her şeye rağmen ifa edilmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulu tutarını, herhangi bir zarara uğrayıp uğramamasından bağımsız olarak, talep edebilecek olması sebebiyle epey ayrıcalıklı bir konumdadır. Ancak ceza koşulu olarak kararlaştırılan tutarın, borçlunun gerçekleşmeyen ifadan kusuru bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı bir durumda dahi muaccel olup olmayacağı bugün hala canlılığını koruyan bir tartışma konusu olmuştur. Bu makalede anılan soruya yanıt aranırken öncelikle mevcut kanuni düzenlemeler arasında ceza koşulu borçlusunun kusursuz sorumluluğuna ilişkin herhangi bir işaret olup olmadığı araştırılmış ve ardından da ceza koşulunun kararlaştırıldığı her durumda böyle katı bir sorumluluk rejimine gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmayacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler sırasında karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenerek farklı hukuk sistemlerinde ve uyumlaştırma çalışmalarında konunun nasıl ele alındığı ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Koşulu, Kusursuz Sorumluluk, Tazminat, Kusur, Sözleşmenin İhlali.

Abstract

Penalty clause is an instrument that serves as a pressure mechanism against the debtor, forcing him to fulfil his contractual obligations. By way of a penalty clause agreement, the creditor puts himself in an extremely privileged position where his chances of receiving a proper performance are significantly high and even if the debtor breaches the contract, the creditor would still be entitled to the amount agreed within the penalty clause regardless whether he has endured any loss or damage due to that breach. However, it has always been a vivid topic of discussion whether the non-performance, which the debtor cannot be held responsible due to lack of fault, would trigger the penalty clause. To come up with an answer to this question the author of this article will initially search any possible signs in the current code that call for the debtor's strict liability with respect to the penalty clause and then discuss if there is a genuine need for such a liability applicable for all cases where a penalty clause is involved. In this attempt, the author adopted a comparative approach and reflected the positions taken in different legal systems along with certain harmonization studies.

Keywords: Penalty Clause, Strict Liability, Damages, Fault, Breach of Contract.

* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, damla.taskin@bilgi.edu.tr

GİRİŞ

Alacaklı ve borçlu arasında belirli bir borca aykırı davranışın gerçekleşmesine bağlı olarak ifa edilmesi kararlaştırılan ve çoğunlukla belirli miktarda bir paranın ödenmesi olarak ortaya çıkan anlaşmalar ceza koşulu anlaşmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, ceza koşulu olarak belirlenen edimin ifasının talep edilebilmesi, borca aykırı davranışın ortaya çıkması geciktirici koşuluna bağlıdır. Ancak borca aykırı davranışın ortaya çıkmasının tek başına yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Tahmin edilebileceği gibi bazı borca aykırılıklar tümüyle borçlunun eseridir: Borçlu gerek kasti gerekse ihmali bir davranışla sözleşmeye aykırı davranır. Ancak kimi durumlarda ise borçlu borcunu ifa etmesi için gerekli her türlü önlemi almış olmasına rağmen, diğer bir ifadeyle, hiçbir kusuru olmaksızın borcuna aykırı davranmış olur. Türk-İsviçre hukukunda ceza koşulunun muaccel olmasına yol açacak borca aykırılık, bir görüşe göre, sorumluluk hukukunda kabul gören “kusur” ilkesine uygun olarak sadece ilk anılan tipte sınırlıdır. Karşı görüş ise ceza koşulunun, sözleşmeler hukukunda alışılmış tazminat sorumluluğundan daha ileri giden, dolayısıyla bu sorumluluğun kural olarak bağlı olduğu kusurlu davranış şartını aşan bir yaptırım olduğu yönündedir.

Bu çalışmada temel olarak yanıtı aranacak soru, kusuru olmayan bir borçlunun ceza koşulunu ifa ile yükümlü olup olmadığıdır. Bu soruya yanıt ararken öncelikle ceza koşulunun hukuki niteliği ve amacı açıklanacaktır. Ardından Türk-İsviçre hukukunda ceza koşulunu, borçlunun kusuruyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendiren hükümler ele alınarak; mevcut düzenlemeler ışığında ceza koşulunun kusurdan tamamen koparılmasının mümkün olup olmadığı irdelenecektir. Bu sırada çeşitli hukuk sistemlerinde, kanun tasarılarında ve uyumlaştırma çalışmalarında benimsenen yaklaşım da ortaya konacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise yürürlükteki düzenlemelerden bağımsız olarak, kusursuz borçluyu her halükarda ceza koşulunu ifaya zorlamayı haklı çıkarabilecek bir zemin olup olmadığı tartışmaya açılacaktır. Bu çerçevede öncelikle Türk-İsviçre hukukunda kusura bağlı sorumluluk kuralından sapma ihtiyacının hangi hallerde doğduğu üzerinde durulacak ve benzer bir ihtiyacın ceza koşulu anlaşmasının söz konusu olduğu her halde doğup doğmayacağı incelenecektir.

I. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. CEZA KOŞULUNUN AMACI

Alacaklının, üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmeyen borçluya karşı sahip olduğu imkanlardan ilki bu borcun ifasının halen mümkün olması kaydıyla aynen ifa talebinde bulunmaktır. Bunun yanında borcun aynen ifası sağlanana kadar geçen sürede alacaklı bir zarara uğramışsa, bu zararın tazmini de ayrıca talep edilebilecektir. Öte yandan borçlunun temerrüdü halinde veya borcun aynen ifasını engelleyen bir imkansızlık durumu söz konusu olduğunda ifanın gerçekleştirilemeyecek olması sebebiyle, zarara uğrayan alacaklının artık borç konusu edimin yerine geçecek bir tazminat talep etmesi de mümkün olacaktır. Hatta borçlunun edimini yerine getirememesine yol açan ifa engelinin niteliğine göre, alacaklıya sözleşmeden dönme ve malvarlığının, bu sözleşmeye hiç taraf olmasaydı içinde bulunacağı duruma kavuşmasını sağlayacak bir tazminat talep etme hakkı da tanınmaktadır.

Alacaklının bu sayılan hakları doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle alacaklının taraf olduğu sözleşmede, ifa etmeme durumunda bu haklara sahip olacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi gerekmez. Ancak somut olayda alacaklının ifa menfaatine verdiği önem, kanun koyucunun herhangi bir sözleşmeye taraf olan herhangi bir alacaklıya sağladığından daha kapsamlı bir korumayı gerektirebilir. İşte böyle bir durumda alacaklının başvurabileceği imkanlardan biri, borçlu ile bir ceza koşulu anlaşması yapmaktır.

TBK m. 179 ve devamında düzenlenen ceza koşulu kavramının birden fazla görünümü vardır. Bu görünümlerden ilkinde taraflar, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, genellikle belirli bir miktar paranın ödenmesinin konusunu oluşturacağı bir cezanın borçlu tarafından ifası hususunda anlaşılır. “Gereği gibi ifa etmeme” sadece TBK m. 112 anlamında kötü ifa ve özel borç ilişkilerinde düzenlenen ayıp halleri ile sınırlı olarak algılanmamalı; borcun doğru zamanda ve doğru yerde ifa edilmemesi halleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Nitekim TBK m. 179(1) ile hiç ve dar anlamda gereği gibi ifa etmeme halleri (doğru yer ve doğru zamanda ifa etmeme halleri dışında kalanlar), TBK m. 179(2) ile ise doğru zamanda veya doğru yerde ifa etmeme halleri ayrı olarak düzenlenmiştir. Ceza koşulunun diğer bir görünümü olan dönme cezasında ise borçluya, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Dikkat edileceği üzere kanun koyucu bu görünümleden ilkinde alacaklı, ikincisinde ise borçlu lehine bir düzenleme yapılmasına izin vermektedir.

Ceza koşulunun hangi görünümünün tercih edileceği taraf iradelerince belirlenir. Tarafların iradesini şekillendirecek olan da ceza koşulu ile sağlanması beklenen menfaattir. Şöyle ki, hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme haline özgü olarak ceza koşulu kararlaştırılması yönünde iradesini ortaya koyan alacaklı, bu yolla kuşkusuz borçluyu borcunu ifaya güdülemeyi amaçlamaktadır.¹ Zira TBK m. 180(1) uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifası gerekecektir. Kaldı ki bir zarar doğmuş olsa bile, kararlaştırılan ceza koşulu zaten işin doğası gereği bu zararı aşacak şekilde belirlenmiş olacaktır. Bu doğrultuda borçlunun ceza koşulunu ifadansa, borcunu ifa etmeyi tercih etmesi ve bu uğurda – makul olduğu ölçüde – her türlü özveriye göstermesi beklenir. Bu durumdan da anlaşılabilirceği üzere, ceza koşulu borçlu açısından kanun koyucunun öngörmüş olduğu ifa yerine geçecek tazminat yaptırımını aşmakta ve bir baskı aracı teşkil etmektedir.²

1 **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2018, N. 1564; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 342; **Kenan Tunçomag**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 30; **Cevdet İlhan Günay**, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 49-50; **Erol Cansel/Çağlar Özel**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 715; **Yeşim M. Atamer**, “Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Sülzel/Elliott Geisinger), İstanbul, 2018, s. 118; **Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek**, Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018, s. 6; **Berk Kapancı**, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 662.

2 Ceza koşulunun ifaya güdüleme işlevinin, öncelikle ceza koşulunun henüz zarar ortaya çıkmadan – yani bir bilinmezlik içinde – belirlenecek olması ve aşırı ceza koşulunun hakim tarafından indirilebilmesi sebebiyle zayıfladığı yönünde bkz. **Elif Beyza Akkanat**, “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 40.

Alacaklının ceza koşulu sayesinde borçluyu örtülü olarak ifaya zorlaması mümkün olmakla beraber, ceza koşulunun yegane amacı bu değildir. Alacaklı ve borçlu arasında kararlaştırılan ceza koşulu sayesinde, tüm temennilere rağmen borçlunun borcunu ifa edemediği bir durumda uygulanacak tazminat yaptırımının muğlaklığı daha en baştan giderilmiş olacaktır.³ Diğer bir deyişle henüz ceza koşulunun ifasını gerektirecek borca aykırılık ortaya çıkmadan, böyle bir durumun yaşanması halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı belirlenmiş ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklar daha en baştan engellenmiş olacaktır. Hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde ifası talep edilebilecek ceza koşulu söz konusu olduğunda, anılan iki amaçtan hangisinin öne çıktığı konusu ise bir soru işaretidir. Esasen bu tartışmaya ceza koşulunun kusur ile ilişkisi bağlamında özel bir önem atfetmeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu tartışma daha çok, tarafların arasında yapılan anlaşmanın bir ceza koşulu anlaşması olup olmadığı konusunda karar verileceği an gündeme gelir. Yine de kimi Yargıtay içtihatlarında, ceza koşulunun borçluyu düzgün ifaya zorlayıcı karakterinin öne çıkarıldığı belirtilmelidir.⁴

Ceza koşuluyla bir dönme cezası olarak karşılaşılan bir kurguda ise korunmak istenen menfaat borçlunun menfaatidir ve borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek, sözleşmeden sıyrılmasının öni açılmaktadır. Görüleceği üzere, bu ihtimalde ceza koşulunun işlevi ifaya güdülemenin tam tersidir. Bu çalışmanın konusu çerçevesinde borçlunun kusuru ile ilişkisi incelenecek olan ceza koşulu görünümü ise hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde talep edilecek ceza koşuludur. Zira dönme cezası söz konusu olduğunda, sözleşme ile bağlılığından kurtulmak isteyen borçlunun kusuruna dair araştırma yapmanın yeri yoktur. Borçlu onu sorumluluktan kurtaracak bir sebep yokken ahde vefa ilkesine aykırı davranarak zaten kusurlu bir davranışta bulunacaksa da, kararlaştırılan dönme cezası karşılığında bu davranışa alacaklı tarafından halihazırda izin verilmektedir.

B. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza koşulunun hukuki niteliği ele alınırken, genellikle tazminat (veya götürü tazminat), sigorta ve ceza kavramları ile son olarak ceza ve tazminatın bir arada bulunduğu karma yapı gibi kavramlara başvurulmaktadır. Ceza koşulunun hukuki niteliğinin tespiti, kimi durumlarda ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığını belirlemek açısından önemli olacaktır. Yine bu kavramlardan hangisinin tercih edileceği, ceza koşulunun kusurdan bağımsızlaştırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda da önem arz edecektir. Bu nedenle ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışan bu kavramlara çalışmanın bu kısmında kısaca değinilecektir.

3 **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 1209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 342; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 7; **Tunçomağ**, s. 48-49.

4 YHGK., 2017/13-577 E., 2019/413 K., T. 04.04.2019 (Kazancı veritabanı); Yarg. 19. HD., 12.09.2019, 3732/4342 (Kazancı veritabanı); Aynı yönde bir ilk derece mahkemesi kararı için bkz. İstanbul 4. ATM, 13.02.2018, 541/168 (Lexpera veritabanı). Ceza koşulunun iki amacını da “temel amaç” olarak nitelendiren bir karar için bkz. Yarg. HGK., 20.12.2018, 11-113/1994 (Kazancı veritabanı). Ceza koşulunun iki amacının da eşit değere sahip olduğu ancak bunların aynı anda değil, zamansal olarak kademeli şekilde kendisini gösterdiği yönünde bkz. **Burcu Yağcıoğlu**, Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu, Ankara, 2019, s. 43-44.

İnceleme konusu yapılacak ilk husus ceza koşulunun bir tazminat olup olmadığıdır. Bu konuda karar verilebilmesi için önce tazminatın işlevinin ne olduğu açıklanmalı; ardından ceza koşulunun işlevsel olarak tazminatla eş tutulup tutulamayacağı aydınlatılmalıdır. Ancak bu açıklamalarımıza geçmeden önce, ceza koşulunun hukuki niteliğinin salt tazminat olduğu iddiasının önündeki en büyük engeli ortaya koymak gerekir. TBK m. 180(1)'de açıkça belirtilmiş olduğu üzere alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifası gerekir. Oysa tazminat kavramı zararla doğrudan ilişkilidir ve zararın olmadığı yerde tazminattan bahsetmek mümkün değildir. Nitekim tazmin edilecek olan, uğranılan zarardır. Dolayısıyla mantıksal olarak zarara bağlı olmayan ceza koşulunu bir çeşit tazminat olarak nitelemek ilk bakışta makul görünmeyebilir. Ancak ceza koşulunun amaçlarından birinin henüz borca aykırılık ortaya çıkmadan, böyle bir durumun yaşanması halinde uygulanacak yaptırımın somutlaştırılması olduğu göz önünde tutulacak olursa, ceza koşulu ve tazminatın işlevsel olarak birbirine yaklaştığı söylenebilir. Kaldı ki Türk hukukunda tazminatın telafi amacı taşıdığı kabul edilmektedir.⁵ Bir diğer ifadeyle borca aykırılığın alacaklı açısından yaratmış olduğu olumsuz sonuçlar tazminat ile telafi edilecektir. Taraflar ceza koşulu üzerinde anlaştığı sırada da alacaklı, olası bir borca aykırılık durumunda uğrayabileceği zararı düşünmekte ve borçluyu ifaya zorlama amacına da hizmet edebilmesi için bu muhtemel zararı aşan bir ceza yönünde iradesini ortaya koymaktadır. Böylelikle borçlu ile bir ceza koşulu anlaşması yapmak isteyen alacaklının amaçlarından en azından birinin, uğrayabileceği zararı telafi etmek olduğunu söylemek isabetsiz olmaz.⁶

Hemen belirtmek gerekir ki alacaklının öncelenmiş bir tazminat hesabı yaptığı ve borçlunun borca aykırılık durumunda bu hesaplanan tazminatı ödemeyi üstlendiği bir anlaşma, esasen bir götürü tazminat anlaşması olacaktır. Bu çerçevede sözleşmenin kurulduğu sırada yapılan öncelenmiş tazminat hesaplamasının o anki koşullar altında makul olarak doğması beklenebilecek zarara yakın olması, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme hükmünün götürü tazminat olarak nitelendirilebilmesi için elzemdir. Özetle tarafların borca aykırılık halinde ortaya çıkacağına inandıkları zarar ile kararlaştırdıkları tutarın birbirine yakınlığı götürü tazminat yönünde bir nitelemenin ağır basmasını sağlayacaktır.⁷ Ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir götürü tazminat olduğu yönündeki görüşler geçmişte savunulmuşsa da⁸, bugün hemen tüm hukuk sistemlerinde bu iki kavram arasında bir ayırım yapılıyor olması sebebiyle – hatta kimi hukuk sistemlerinde ceza koşulu anlaşmalarının, götürü tazminat anlaşmalarının aksine, geçersiz sayıldığı da düşünüldüğünde

5 **Aylin Hekim/Mikail Bora Kaplan**, "Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması", Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler 2017 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 166-167; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 581 (Tazminat ile amaçlanan zararın ortaya çıkmasından önceki malvarlığı durumuna ulaşılması olduğu ifade edilmiştir); **Oğuzman/Öz**, C. II, N. 347; **Eren**, Genel Hükümler, s. 787-788; **Mehmet Serkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 329-339; **Haluk Nami Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996, s. 33 vd. (özellikle s. 35).

6 Bu yönde bkz. **Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker**, Allgemeines Schuldrecht, 2020, §11 N. 12; **Köksal Kocaağa**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, 2018, s. 37. Kaldı ki Yargıtay kararlarında kullanılan kimi ifadeler, ceza koşulunun tazminat ile işlevsel benzerliğini de ortaya koymaktadır. Örnek için bkz. YHGK., 2017/11-113, 2018/1994 K., T. 20.12.2018 (Kazancı veritabanı): "... [ceza koşulunun diğer amacı] borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir."

7 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 110.

8 **Tunçomağ**, s. 37-38.

– bu görüşlere katılmak güçtür.⁹ Özellikle götürü tazminatın ceza koşulu gibi zarardan bağımsız veya indirim tabii olup olmadığı yönündeki tartışmalar¹⁰ ile ifaya eklenen ceza koşulunun aksine, götürü tazminatın – saklı tutulmasına gerek kalmaksızın – asıl borcun ifasının kabul edilmesinden sonra dahi talep edilebilmesi¹¹ de bu iki kavramı hukuki nitelik bağlamında bir araya getirmeye engel olmaktadır. Kaldı ki iki kavram arasındaki çok önemli bir fark da sözleşme taraflarından hangisinin korunmasının amaçlandığı hususunda kendini gösterecektir. Yukarıda ceza koşulunun amacı açıklanırken de değinilmiş olduğu üzere¹², hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hali için öngörülmüş ceza koşulu ile esas olarak alacaklı korunmaktadır. Oysa götürü tazminat anlaşması söz konusu olduğunda taraflardan birinin diğerine nazaran korunması değil, taraflar arasında bir risk paylaşımı yapılması söz konusu olacaktır.¹³ Zira götürü tazminat sayesinde sadece alacaklı zararının miktarını ispat zorunluluğundan kurtulmuş değildir. Borçlu da borca aykırılığının sonuçlarını öngörebilir hale gelir ve hemen her zaman bu götürü tazminat anlaşmasını sözleşme bedeline yansıtır.¹⁴ Bu açıklamalar ışığında götürü tazminat anlaşmasının, ceza koşulundan farklı olarak, bir baskı aracı olarak tasarlanmadığı ve dolayısıyla borçluyu ifaya güdülemek gibi bir amacı olmadığı rahatlıkla söylenebilir.¹⁵ Bu sebeplerle, ceza koşulunun kimi farklılıklarına rağmen işlevi itibarıyla bir tazminat türü olarak değerlendirilebileceğini kabul etmenin, onun bir götürü tazminat olduğu anlamına gelmeyeceğinin altı çizilmelidir.

- 9 Türk hukuku açısından değerlendirme yapıldığında, kanundan yola çıkarak ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasında bir ayırım yapmanın mümkün olmadığı söylenebilir; zira götürü tazminat kanunda düzenlenen bir kavram değildir. Bu yönde bkz. **Kerem Cem Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2017, s. 338. Ancak *Sanlı* da bu iki kurumun birbirinden farklı olduğu görüşündedir.
- 10 Anılan tartışmalar için bkz. **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 133-134; **Şafak Parlak Börü**, Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 223; **Tuba Birinci Uzun**, Götürü Tazminat, Ankara, 2015, s. 154; **Mehmet Erdem**, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 122.
- 11 **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 132; **Suat Sarı**, “Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 302; **Köksal Kocaağa**, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, s. 151.
- 12 Bu yöndeki açıklamalar için bkz. I/A.
- 13 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 114; **Parlak Börü**, s. 209-210; **Berk Kapancı**, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bununun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 677.
- 14 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 114; **Gaspard Couchepin**, “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 15.
- 15 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 97; **Erdem**, Tazminat, s. 102; **Birinci Uzun**, s. 103-104 ve s. 154-155 (*Erdem ve Birinci Uzun* götürü tazminatın böyle bir amacı olmamakla birlikte, yine de borçlu üzerinde kendiliğinden böyle bir etki yaratabileceğine dikkat çekmektedir); **Patrick Ostendorf**, “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 978; BGH NJW 1992, s. 2625 (BeckOnline); **Couchepin**, Forfaitisation, s. 4; **Alborz Tolou**, La forfaitisation du dommage, Zurich, 2017, N. 96 vd., N. 195 vd., özellikle N. 97 ve N. 201-202 (*Couchepin ve Tolou* da götürü tazminatın böyle bir amacı olmasa da, borçlunun psikolojik olarak baskı altında hissetmesi dolaylı sonucunu doğurabileceği görüşündedir). Aksi görüş için bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 30; **Hüseyin Ekinci**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara, 2015, s. 53; **Parlak Börü**, s. 208; **Kapancı**, Götürü Tazminat, s. 666. Götürü tazminatı bir baskı aracı olarak değerlendiren yazarlar tazminat yaptırımının içeriğinin götürü olarak belirlenmek suretiyle somutlaştırılmasından ve dolayısıyla borçlu üzerindeki etkisinin soyut bir kavramkinden daha büyük olacağından yola çıkmaktadır. Ancak kanımca klasik tazminat yaptırımının bir baskı aracı olarak nitelendirilmesi ne kadar mümkünse, götürü tazminatın bu şekilde değerlendirilmesi de ancak o kadar mümkündür.

Ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışırken kullanılan bir diğer kavram ise cezadır. Özel hukuk alanında çok sık karşılaşılmaması sebebiyle, ceza kavramının hukuki nitelik olarak belirleyici olabileceği pek kabul görmemiştir. Ceza kavramının yadırgatıcı tarafının ardında aslında tazminat için benimsenen tutum bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere tazminatın telafi edici bir niteliği olduğu öğretilde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir ve zarar görenin cezalandırılmasından hareket eden görüşler genellikle destek görmemektedir.¹⁶ Hal böyle olmakla birlikte özel hukuk alanında cezalandırıcı niteliği öne çıkan yaptırımların hiç olmadığı da söylenemez. Bu tür yaptırımlardan akla ilk geleni kuşkusuz öğretilde “medeni (özel) hukuk cezası” başlığı altında bilinen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin ortak özelliği ise, konuları ne kadar farklı olabileceksede, her birinin kanun tarafından düzenlenmiş olması ve kanun koyucunun söz konusu yaptırımı, ortaya çıkan zarardan bağımsız olarak belirlemiş olmasıdır.¹⁷ Bu yaptırım türünde belirli bir davranış, hiçbir zarara yol açmamış olsa da, cezalandırılmakta ve bu sayede caydırıcı bir etki yaratılması amaçlanmaktadır.¹⁸ Borca aykırılık halinde ifası talep edilecek olan ceza koşulunun bir medeni hukuk cezası olmadığı açıktır. Zira medeni hukuk cezaları emredici niteliktedir ve kanun koyucunun özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye müdahale etmesini gerektirecek özel durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yaptırımı ortaya çıkaran hareketin cezalandırılması gerektiğine duyulan ve kanuna da yansıyan inanç, özel hukuk alanında cezalandırıcı nitelikte bir yaptırımın düşünülmemeyeceğine ilişkin katı fikrin kırılmasında önemli bir tutamak noktasıdır. Bununla beraber ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir ceza olduğu görüşüne eleştiriyle yaklaşanlar, ceza koşulunun belirlendiği sırada alacaklının uğrayabileceği zararın henüz bilinmediğinden hareketle, belirlenen tutarın cezalandırıcı bir niteliğe sahip olup olmadığı konusunda yorum yapılamayacağını savunmaktadır.¹⁹ Ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda zararın tam olarak belirlenemediği doğru olabileceksede, tarafların – özellikle alacaklının – zarara yönelik hiçbir değerlendirme yapmadan ceza koşulunu belirlemesi düşünülemez. Zira ceza koşulunun mantığı, doğabilecek zarardan daha yüksek bir tutar belirlemek suretiyle borçluyu ifaya zorlamak²⁰ ve ifanın buna rağmen gerçekleşmemesi durumunda, başta belirlenen ceza koşulunun, doğmuş olan gerçek zararın daha az olması veya hiç doğmamış olması engeline takılmadan ifasını talep edebilmek üzerine kurulmuştur. Doğması muhtemel zarara ilişkin değerlendirmeler ise *ex ante* bir şekilde yapılacağından, borca aykırılığın ortaya çıktığı anda doğan zararın kararlaştırılan ceza koşulundan daha az olması, ceza koşuluna başta atfedilmiş olan cezalandırıcı niteliği ortadan kaldırmayacaktır.

Ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza olamayacağı görüşünün bir diğer dayanağı ise, hiç ve (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme hallerinde alacaklının borcun ifası ve ceza koşulu arasında bir tercih yapmasının gerekmesidir.²¹ Bunun gibi alacaklı, ceza koşulu yanında ifa yerine geçen bir tazminat

16 Bkz. Dn. 5'te anılan yazarlar.

17 Medeni hukuk cezalarına çeşitli örnekler için bkz. TBK m. 7, TBK m. 81, TBK m. 355, TBK m. 530, TMK m. 25, TMK m. 995, TKHK m. 7, FSEK m. 68, RKHK m. 58.

18 **Hekim/Kaplan**, s. 178-179.

19 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 26.

20 YHGK., 2017/13-577 E., 2019/413 K., T. 04.04.2019 (Kazancı veritabanı): “Cezai şartta kararlaştırılan ceza miktarı ilke olarak tazminat miktarından yüksek tutulduğu için borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için daha çok çaba sarf eder.”

21 Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme hallerinde ceza koşulunun seçimsel olarak talep edilebileceğini düzenleyen bu

talebinde de bulunmayacaktır. Bunun tek istisnası ise ifa yanında talep edilebilecek bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması veya alacaklının ceza koşulunu aşan bir zarara uğramış olmasıdır. Başka bir ifadeyle bu görüşteki yazarlar, borca aykırılığa yol açan kişiden bu davranışı sebebiyle hem tazminat hem de ceza koşulu talep edilebilecek olsaydı, ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza olduğunun savunulabileceğini; ancak bunun mümkün olmaması nedeniyle ceza koşulu ve ceza arasında hukuki bir yakınlık olamayacağını ileri sürer.²² Kanımca ceza koşulunun hukuki niteliğinin kısmen ceza olması, yukarıda açıklanan *ex ante* değerlendirme çerçevesinde hala mümkündür. İfa ile ceza koşulunun ya da ifa yerine geçen tazminat ile ceza koşulunun bir arada talep edilememesi ise esasen ceza koşulunun tazminat ile işlevsel olarak denk olmasının bir yansımasıdır. Bu nedenle ceza koşulunun hukuki niteliğini salt ceza ile açıklamak mümkün değilse de, cezalandırıcı fonksiyonu da göz ardı edilemez. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da ceza koşulunun hukuki niteliğinin tazminat ve ceza karışımı bir yapı olduğu ileri sürülmüştür.²³ Ceza koşulunun hukuki niteliğinin bu şekilde karma bir yapıyla açıklanması öğretilerde pek taraftar bulmamış; aksine ceza ve tazminat kavramlarının birbirini dışlayacağı ifade edilmiştir.²⁴ Ancak yine de bu görüşteki yazarlar da belirlenen ceza koşulunun zararı aşmayan kısım için tazminat niteliği, zararı aşan kısım için ise ceza niteliği taşıyabileceğini kabul etmektedir.²⁵

Ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamakta başvurulacak son görüş ise ceza koşulunun bir sigorta olduğu yönünde olup, özellikle bu çalışmanın konusu bağlamında anmaya değerdir. Zira bu görüşü diğerlerinden ayıran husus, ceza koşulunun ifası için borçlunun kusurlu olup olmadığına bir önem atfetmemiş olmasıdır.²⁶ Borçlu borca aykırılıkta hiçbir kusuru olmasa dahi, borca aykırılığın ortaya çıkmasıyla üstlendiği ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalacaktır. Bir an için ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir ceza olduğu görüşünün de aslında borçlunun kusurundan bağımsız olarak

kanun hükmüne eleştiriler için bkz. III/B/3/a.

22 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 26; **Günay**, s. 31.

23 Ceza koşulunun, hem tazmin hem de ceza fonksiyonuna sahip olduğuna ilişkin kararlar için bkz. Yarg. 13. HD., 14.11.1977, 4495/5010 (Kazancı veritabanı); Yarg. 6. HD., 02.07.2014, 16564/8813 (Kazancı veritabanı); Yarg. 6. HD., 04.12.2016, 2569/5645 (Kazancı veritabanı); Yarg. 2. HD., 18.09.2018, 3747/9363 (Kazancı Veritabanı). Aynı yönde bkz. **Salter Uçar**, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993, s.14; **Cansel/Özel**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 715.

24 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 28; **Günay**, s. 35-36.

25 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 28; **Günay**, s. 35-36; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 12.

26 Tek olmasa da ceza koşulunun işlevlerinden birinin de sigorta olduğu ve ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağı yönünde bkz. **Hüseyin Can Aksoy**, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 1013. Her ne kadar ceza koşulunun bir sigorta niteliğine sahip olduğuna ilişkin açık bir iddiada bulunmasa da, *Eren ve Birinci Uzun* de ceza koşulunun kusurdan bağımsız olduğu görüşündedir, **Eren**, Genel Hükümler, s. 1215; **Birinci Uzun**, s. 150. Jhering de mücbir sebep niteliğindeki olayların sınır oluşturması kaydıyla, ceza koşulunun bir sigorta niteliğinde olduğu görüşündedir (Bu yönde bkz. **Giovanoli Silvio**, Force majeure et cas fortuit en matiere d'increcution des obligations, Genève, 1933, s. 147-148, dn. 428). Son olarak *Mauler* de ceza koşulunu sigorta fikri ile ilişkilendirmeye çalışmışsa da özellikle bu yazarın tezinde 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun ceza koşulunun talep edilemeyeceği halleri düzenleyen maddesinin yerine geçmek üzere teklif ettiği madde önerisinden, yazarın alacaklının fiili, mücbir sebep veya beklenmeyen hal sebebiyle imkansızlaştığı haller olarak sayılmış; böylelikle sadece borçlunun kusurlu davranışla sebep olduğu imkansızlık halleri dışarıda bırakılmıştır (Bu yönde sırasıyla bkz. **Giovanoli**, s. 147, dn. 428 ve s. 142-143).

ceza koşulunun talep edilmesine kaynak olacağı düşünülebilir. Oysa kanaatimce ceza koşulunu “ceza” ile ilişkilendiren görüş çerçevesinde cezalandırılmak istenen kişi, borca aykırılık sebebiyle sorumlu tutulabilecek olan borçludur ve kural olarak borçlunun sorumlu tutulabilmesi de borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağlıdır.²⁷ Zira kusuru olmaksızın borca aykırı davranan kişiyi cezalandırmanın bir dayanağı yoktur. Buradan hareketle sigorta görüşünün, ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşler arasında borçlu açısından en katısı olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir. Ceza koşulunun bir sigorta olduğu görüşü kanuni dayanaktan yoksun olduğu iddiasıyla eleştirilmekteyse de²⁸, bu husus bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacağından burada üzerinde durulmayacaktır.²⁹

Kanımcı ceza koşulunun bir sigorta anlaşması olduğu söylenemez. Bunun gibi teknik anlamıyla tek başına ceza veya tek başına tazminat olarak da nitelenmesi mümkün olmayan bu kavramı açıklamaya en yakın görüş ceza koşulunun ceza ve tazminat birleşimi, karma bir yapıya sahip olduğunu kabul eden görüştür. Yine kanımcı eğer bir zarar mevcutsa, belirlenen ceza koşulunun zarara kadar olan kısmını tazminat; bu zararı aşan kısmını ise ceza olarak nitelendirmek suretiyle ceza koşulunu bölümlere ayıran bir niteleme yapmaya da gerek yoktur. Zira ceza koşulunun doğası gereği taraflar, bu koşula karar verirken olası bir tazminattan daha yüksek bir belirleme yapmayı amaçlar ve tarafların bu yöndeki iradesi kendi içinde ceza koşulunun tümünü kapsayacak şekilde bir ceza niteliğinden bahsetmek için yeterli olmalıdır.³⁰

II. CEZA KOŞULUNUN KUSURDAN BAĞIMSIZLIĞINA İŞARET EDEN (?) DÜZENLEMELER

Ceza koşulunun kusurla ilişkisi araştırılırken öncelikle kanunda bu hususta bir düzenleme olup olmadığını incelemek gerekir. Türk Borçlar Kanunu ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu ele alındığında ceza koşulunun kusurla ilişkisi hakkında açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bir yönlendirme yapması beklenebilecek iki düzenleme göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki alacaklının, ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için borçlunun borca aykırılıkta kusuru olduğunu ispat etmesi gerektiğini düzenleyen TBK m. 180(2)'dir (İsvBK m. 161(2)). Diğeri ise, asıl borcun sonradan

27 Aynı yönde bkz. **Yağcıoğlu**, s. 25; **Tunçomağ Kenan**, “Ceza Şartını Hukuki Mahiyeti”, 1 Banka Hukuku Dergisi (1962), s. 558 (Yazarların ikisi de ceza koşulunun salt bir ceza niteliğine sahip olduğu savını kabul etmemektedir).

28 **Yağcıoğlu**, s. 32.

29 Mevcut kanuni düzenlemelerin ceza koşulunu kusurdan bağımsızlaştırıp bağımsızlaştırmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. II/A/1/a/aa ve II/B.

30 Öğretide savunulan bir diğer görüş ise ceza koşulunun bu başlık altında anılan hiçbir kurum ile tam olarak örtüşmediği ancak içinde her birinden belirli ölçüde bulundurduğu yönündedir, bkz. **Mehmet Erdem**, La Clause Pénale : Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006, s. 20-21. Diğer yandan ceza koşulunu salt bir teminat türü olarak tanımlayan bir görüş de mevcuttur, bkz. **Yağcıoğlu**, s. 33 vd. Yazara göre ceza koşulu anlaşmasının yapılmasından asıl borcun ifa edilmesi gereken ana kadar bir baskı ve aynı zamanda ifaya yönelik bir teminat aracı olarak işlev gösteren ceza koşulu, borcun ifa edilmemesi üzerine zararın tazmini hususunda kolaylık sağlayan bir teminat olarak görülebilecektir. Kanımcı ceza koşulunun teminat işlevi yadsınamayacaksa da bu durum ceza koşulunun, aynı zamanda tazminat ve ceza karması bir yapı olarak kabulüne engel değildir.

borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmesi durumunda, cezanın ifasının talep edilemeyeceğine ilişkin TBK m. 180(2) düzenlemesidir (İsvBK m. 163(2)).

Çalışmanın bu kısmında öncelikle TBK m. 182(2) ardından ise TBK m. 180(2) incelenerek, bu hükümlerin kusursuz borçludan ceza koşulunun ifasını talep etmeye imkan verip vermeyeceği sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

A. TBK M. 182(2): İFANIN BORÇLUNUN KUSURU OLMASIZIN İMKANSIZLAŞMASI

I. Düzenlemenin Tarihi Gelişimi

a. Geçmişten Bugüne TBK m. 182(2)

aa. “Kusur” ve “Sorumluluk” Kavramları

TBK m. 182(2)'nin ilk cümlesinin ifadesi “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” şeklinde olup, görülebileceği üzere iki farklı durumu ele almaktadır. Bu durumlardan ilki borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması; diğeri ise borcun, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesidir. Bu düzenleme kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'ndan almaktadır. İsvBK m. 163(2)'nin ifadesi ufak farklılıklar içermekle birlikte genel olarak TBK'daki düzenlemeye epey yakındır. Şöyle ki, İsvBK m. 163(2)'nin ilk kısmında, TBK m. 182(2)'den farklı olarak, genel bir geçersizlikten bahsedilmemiş; aksine sadece borcun hukuka veya ahlaka aykırılığı üzerinde durulmuştur. Düzenlemenin ilk kısmı ifade ediliş şekli itibarıyla Türk hukukundakinden farklı olsa da, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesine ilişkin kısım iki kanunda da aynıdır. Bu nedenle TBK m. 182(2)'nin anlaşılabilirliği için, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün geçirdiği tarihsel gelişimin irdelenmesini gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bugünkü İsviçre Borçlar Kanunu'nun borcun hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunda cezanın ifasının istenemeyeceği yönündeki düzenlemesi, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (1881 İsvBK) metninde de aynen mevcuttur.³¹ Ancak 1881 İsvBK'da, cezanın ifasının talep edilemeyeceği imkansızlık durumlarına ilişkin bir sayım yapıldığı görülmektedir. Bu sayıma göre borcun ifasının imkansızlaşması durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceği haller, bu imkansızlığın (i) alacaklının bir fiili, (ii) alacaklının şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal veya (iii) bir mücbir sebepten kaynaklandığı hallerdir. Esasına bakılacak olduğunda imkansızlığın alacaklının fiili veya mücbir sebep sonucu ortaya çıkması durumunda borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir hal söz konusu olacaktır. Ne de olsa her iki durumda da borçlunun kusuru yoktur ve bu nedenle kural olarak sorumlu tutulması da beklenemez. Bu doğrultuda 1881 İsvBK'nın içerik olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun bugünkü metninden pek farkı olmadığı söylenebilir. Ancak bu yanıltıcı bir düşüncedir. Zira farklılık, imkansızlığın bir beklenmeyen halden kaynaklanması durumunda kendini gösterecektir. 1881 İsvBK, ceza koşuluna ilişkin düzenlemesinde beklenmeyen

31 1881 İsvBK m. 181.

halin sözleşme taraflarından hangisinin alanında kaldığına göre bir ayırım yapmaktadır. İlgili hükümde kullanılan “*alacaklının şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal*” ifadesinden, borçlunun şahsında gerçekleşen ve borcu imkansızlaştıran bir beklenmeyen halin ceza koşulunun ifasının talep edilmesine engel olmayacağı çıkarımı yapılabilmektedir. O halde 1881 İsvBK çerçevesinde ceza koşulunun ifasının talep edilebileceği imkansızlık halleri (i) borçlunun kusuruyla yol açtığı imkansızlık halleri ve (ii) borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen halden kaynaklanan imkansızlık halleridir.³²

Bugün geçerli olan sorumluluk hukuku sisteminde imkansızlığa yol açan beklenmeyen hal kimin şahsında gerçekleşirse gerçekleşsin, bu aykırılık sebebiyle borçlunun sorumlu tutulamaması kuraldır.³³ Bunun sebebi ise beklenmeyen halin, tanımı itibarıyla kusuru dışlamasıdır. Şöyle ki, sözleşmesel sorumluluk anlamında beklenmeyen hal, “*borçlunun veya alacaklının kusurundan ya da bir tarafın yardımcı kişilerinin o tarafın sorumluluğunu gerektiren davranışlarından kaynaklanmayan, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesine kaçınılmaz bir biçimde neden olan*” olaylar olarak tanımlanmaktadır.³⁴ Bu doğrultuda, beklenmeyen halin yol açtığı bir imkansızlık söz konusu olduğunda, ne borçlu ne de alacaklı kusurludur. Oysa bilindiği üzere TBK m. 112 ve bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olan İsvBK m. 97 uyarınca, hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumunda sorumluluğun şartlarından biri de borçlunun davranışında kusurlu olmasıdır. Sorumluluk için borçlunun kusurlu davranmış olması şartını getiren bu hüküm, 1881 İsvBK’den miras kalmıştır. Ancak aynı kanunun ceza koşuluna ilişkin yukarıda anılan düzenlemesi, tazminat sorumluluğu bulunmayan borçludan ceza koşulunun ifasını talep etmeye imkan vermektedir. Buradan yola çıkarak, en azından 1881 İsvBK uyarınca ceza koşulunun kusurdan bağımsız bir yükümlülük yarattığını söylemek yerinde olacaktır. Ancak pek tabii alacaklıdan veya mücbir sebepten kaynaklanan borca aykırılıklar bu durumun sınırını oluşturmaktadır.

Bu noktada 1881 İsvBK’nın ceza koşuluna ilişkin bu düzenlemesi ile borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesine ilişkin düzenlemesi arasında da bir bağlantı kurmak gerekir. Borcun ifasının borçluya isnat edilemeyecek bir sebeple imkansızlaşması, 1881 İsvBK’da da borcun sona ermesine sebep olmaktadır (1881 İsvBK m. 145(1)). Bu durumda

32 Borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hale örnek olarak ise borçlunun herhangi bir kusurunun bulunmadığı ve borcu ifasına engel olan bir hastalık hali verilmektedir, **Hermann Becker**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Stämpfli, Bern 1945, Art. 163, N. 5. Bunun gibi bir eser sözleşmesinde işin, yüklenicinin işyerinde yaşanan bir grev sebebiyle gecikmesinin de bu duruma örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz. **Alfred Koller**, Konventionstraft für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau – und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen (ed. Alfred Koller), St. Gallen, 1996, N. 235 ve dn. 150. Yazar BGE 38 II 94 kararında mahkemenin grevin ceza koşuluna engel olmayacağı yönündeki hükmünün, 1881 İsvBK m. 181 uyarınca yerinde olduğuna işaret ederek; bugün yürürlükte olan kanun çerçevesinde bu yönde bir karar verilemeyeceğine işaret etmektedir. İlgili kararda, grevin günün ekonomik ve sosyal şartları çerçevesinde borçlu açısından öngörülebilir ve sonuçlarının da belirli bir ölçüde önenebilir olduğuna işaret edilmekte ve iddiaların aksine, bir mücbir sebep teşkil etmediğinden ceza koşulunun da muaccel olacağı belirtilmektedir (BGE 38 II 94, 100-101). *Koller* bu hükmü 1881 İsvBK m. 181 ile ilişkilendirirken kuşkusuz burada borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal olduğunu kabul etmektedir. (Kararın tam metni için bkz. entscheide.weblaw.ch).

33 Kanun koyucunun borçluyu beklenmeyen halden de sorumlu tuttuğu TBK m. 119(1), 380(3), 563(2) gibi düzenlemeler saklıdır.

34 **L. Müjde Kurt**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara, 2016, s. 191.

ceza koşulunun da fer'ilik ilkesi çerçevesinde talep edilememesi gerekir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere imkansızlığın borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal nedeniyle ortaya çıkması, ceza koşulunun ifasını talep etmeye engel değildir. Bu durum iki şekilde izah edilebilir: (i) İhtimallerden biri, kanun koyucunun imkansızlığın borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen halden kaynaklanmasını, ceza koşulunun fer'iliğinin bir istisnası olarak değerlendirmiş olmasıdır³⁵; (ii) bir diğer ihtimal ise borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin, 1881 İsvBK m. 145'te anılan "borçluya isnat edilebilir haller" arasında kabul edilmesidir.³⁶ Bu ikinci ihtimale ağırlık verilecek olduğunda borçlu, şahsında gerçekleşen ve borcu imkansızlaştıran beklenmeyen hal nedeniyle ne tazminat sorumluluğundan ne de ceza koşulundan kurtulabilecektir. Ancak 1881 İsvBK'daki ceza koşuluna ilişkin istisnai durumun bugün yürürlükte olan İsvBK m. 163'te terk edilmiş olması ve bu değişikliğin ceza koşulunun hukuki niteliğini değiştirerek³⁷, düzenlemeyi genel sorumluluk rejimini düzenleyen İsvBK m. 119 ile uyumlu hale getirmiş olduğu yönündeki düşünceler³⁸ ilk ihtimali destekler niteliktedir.

İsvBK163(2) ile, yukarıda da belirtildiği üzere, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir imkansızlık durumunda ceza koşulunun ifasının talep edilemeyeceği ifade edilerek 1881 İsvBK'da mevcut olan ayrık durum ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle 1881 İsvBK'daki düzenlemenin ifadesinin bir ölçüde bağımsızlaştırmış olduğu ceza koşulu ve kusur kavramları, bugünkü düzenlemeyle bir araya getirilmiştir ve imkansızlıkta kusuru olmadığını kanıtlayan borçlunun, kural olarak, ceza koşulunu ifası gerekmecektir. Burada "kural olarak" denmesinin sebebi ise borçlunun kusursuz da olsa sorumlu tutulmasına imkan veren bir durum olması halinde, ceza koşulunun ifasının yine talep edilebilecek olmasıdır.

bb. "İmkansızlık" ve "Borca Aykırılık" Kavramları

1881 İsvBK'dan bugüne kalan bir mirası da İsvBK m. 163(2)'de yapılan imkansızlık vurgusudur. Başka bir deyişle ilgili hükümde borcun, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple "imkânsız"

35 Bu yönde bkz. **Koller**, *Verspätungsstrafe*, N. 83. Yazar bu vesileyle, 1881 İsvBK döneminde ceza koşulunun fer'iliğinin bugüne kıyasla daha zayıf olduğuna da dikkat çekmektedir.

36 Örneğin **Becker**, İsvBK m. 97'şerinde ifası imkansızlaşan borcun borçlusunu sorumluluktan kurtaran beklenmeyen hal için verdiği bir örnekte, söz konusu halin borçlunun şahsında gerçekleşmediğinin özellikle altını çizmiştir. Buradan hareketle yazara göre borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağı söylenebilir. **BK/Becker**, Art. 97, N. 84.

37 **BK/Becker**, Art. 163, N. 4-5.

38 **Giovanoli**, s. 93; **Theodor Bühler**, "Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht", *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht* (ed. Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier), Freiburg, 1982, s. 171-172. Ancak öğretilde hala borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin ceza koşuluna etkisi tartışmalıdır, **Katja Roth Pellanda**, *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 – CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (ed. Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), Zürich, 2016, Art. 163, N. 5 (**Roth Pellanda** ise bu durumda beklenmeyen halin kimin şahsında gerçekleştiğinin önemi olmadığını, önemli olanın beklenmeyen halin gerçekleştiği sırada riskin kimin üzerine bırakılmış olduğunun tespiti olduğunu ifade etmekte; buna örnek olarak ise borçlunun temerrüdü halinde gerçekleşen beklenmeyen hal düzenlemesini göstermektedir). İmkansızlığa yol açan beklenmeyen halin borçlunun şahsında gerçekleştiği hallerde ceza koşulunun muaccel olmayacağı yönünde bkz. **Felix R. Ehrat**, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 163, N. 6; **Roth Pellanda**, Art. 163, N. 5'ten naklen Schoch, 40. Aksi görüşte aynı yerden naklen Bentele, 29 Fn 125; Oser/Schönenberger, ZK OR 163 N 1.

hâle gelmesi durumunda cezanın ifasının istenemeyeceği düzenlenmiş; borçlunun sorumlu tutulamayacağı, imkansızlık dışında kalan borca aykırılık hallerinden ise hiç bahsedilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, buradaki imkansızlık ifadesi ile sınırlı bir okuma yapılmamalı ve borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkan hiçbir borca aykırılık halinde ceza koşulunun ifası talep edilememelidir.³⁹ Ancak bu görüşe, kanun koyucunun açıkça imkansızlık kavramını vurgulamış olması karşısında böyle genişletici bir yorum yapılmasının yerinde olmayacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.⁴⁰

İmkansızlık vurgusunun anlamlı olduğuna ilişkin görüşün ilk bakışta hükmün tarihsel gelişimi ile uyumlu olduğu kabul edilebilir. Şöyle ki 1881 İsvBK hazırlık çalışmaları sırasında kaleme alınan taslakta, bir mücbir sebebin borçlunun borcu ifasına veya düzgün ifasına engel olduğu hallerde ceza koşulunun talep edilemeyeceği şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı.⁴¹ Ancak daha sonra bu düzenleme yerine bugünkü kanun metninde yer alan imkansızlık kavramının kabul edilmesi, kanun koyucunun diğer borca aykırılık hallerini dışlamak istediği savını destekler gözükmektedir. Zira borcun ifasının veya düzgün ifasının engellenmesi, imkansızlığı kapsayan ancak bununla sınırlı olmayan bir borca aykırılık kümesine işaret etmektedir. Fakat anılan taslağın reddedilme gerekçesinde imkansızlık dışında bir duruma dikkat çekilmektedir: Taslak düzenlemeye karşı çıkan *Regelsberger*, metni, borçlunun kusurlu olmadığı ifa etmeme durumlarında da ceza koşulunun talep edilebileceği çıkarımına izin verdiği gerekçesiyle eleştirmiş ve borcun en azından, alacaklının şahsında gerçekleşen engeller sebebiyle ifa edilmediği hallerde ceza koşulunun talep edilemeyeceğinin eklenmesini önermiştir. Nitekim sonuçta düzenlemenin nihai hali de bu şekilde olmuş; sadece alacaklının şahsında gerçekleşen “engel” ifadesi yerine “beklenmeyen hal” ifadesi getirilmiştir.⁴² Dolayısıyla taslak düzenlemede eleştiri konusu edilen imkansızlık hususun vurgulanmaması değildir.

İmkansızlık kavramının diğer borca aykırılık hallerini de kapsayacağına karşı çıkan yazarlardan bir kısmı, bu düzenlemede odaklanılması gerekenin ifa engelleri değil, ceza koşulunun fer’i niteliği olduğu kanısındadır.⁴³ Zira borcun ifasının, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesi, borcun sona ermesine yol açacak ve sona eren borca bağlı ceza koşulu da artık talep edilemeyecektir. Oysa borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık dışındaki borca aykırılık halleri borcu sona erdirmez. Bu nedenle de ceza koşulunun fer’iliğinin bahse konu etkisini diğer borca aykırılık hallerinde görmek de mümkün olmayacaktır. Esasen bugün yürürlükte olan TBK m. 182(2)

39 **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2016, s. 813; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 360; **Kocağa**, *Ceza Koşulu*, s. 233; **Hüseyin Ekinci**, “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 8, 2007, s. 23. Aynı yönde bkz. İstanbul 4. ATM, 2017/541 E., 2018/168 K. T. 13.02.2018; İstanbul 2. ATM., 2016/1282 E., 2019/110 K., T. 12.02.2019 (Lexpera veritabanı). İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. **Gauch Peter**, *Le contrat d'entreprise*, Zürich, 1999, N. 697; **Koller Alfred**, “Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen”, *AJP* 1996, s. 1518, N. 6; **Koller**, *Verspätungsstrafe*, N. 74; **Bucher Eugen**, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988, s. 526; **Claire Huguenin**, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2012, N. 1262.

40 **Aksoy**, s. 1009.

41 **Bühler**, s. 149-150.

42 **Bühler**, s. 169-170.

43 **Aksoy**, s. 1008; **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1215; **Erdem**, *Clause pénale*, s. 124. Burada anılan diğer iki yazardan farklı olarak *Erdem*, kusursuz sorumluluk hallerinden biri mevcut olmadığı sürece kusursuz borçludan ceza koşulunun talep edilemeyeceği görüşündedir, **Erdem**, *Clause pénale*, s. 126.

ile İsvBK m. 163(2)'nin ifadeleri de bu savı destekler niteliktedir. Her iki hükümde ceza koşulunun ifasının talep edilemeyeceği haller sıralanırken önce asıl borcun geçersiz olduğu⁴⁴, sonra da asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansızlaştığı ihtimalden bahsedilmiştir. Gerek geçersiz gerekse sona ermiş bir borç sebebiyle ceza koşulunun talep edilemeyecek olması ise fer'ilik başlığı altında ele alınmaya elverişlidir.

b. Ceza Koşulu Düzenlemelerine İlişkin Çalışmalar

İsviçre Borçlar Kanunu'nun güncellenmesi amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda oluşturulan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) kanunlaşma sürecinde başarısızlığa uğramış olsa da ceza koşulu düzenlemesinin ne yönde evrilebileceği hakkında fikir vermesi açısından önemlidir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında kısaca bu kanun çalışmasına da değinilecektir.

OR 2020 m. 220(2)'de öncelikle ceza koşulunun geçersizliğinin gündeme gelebileceği hallerin sayıldığı görülmektedir. Bu çerçevede borçluyu, emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir borcu ifaya güdülemek üzere kararlaştırılan ceza koşullarının geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu düzenlemenin amacı borcun geçersiz olacağı her halde ceza koşulunun da fer'ilik sebebiyle talep edilemeyeceğine ilişkin genel kuralı sınırlamak değildir. Esasen arzu edilen bu genel kuralı güçlendirmektir.⁴⁵

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise ceza koşulunun muacceliyetine ilişkin bir düzenleme yapılmış ve borcun borçludan kaynaklanmayan bir engel yüzünden ifa edilememesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyi esasen ceza koşuluna ilişkin genel kuralı ortaya koyan OR 2020 m. 218 ile birlikte okumak gerekir. Zira OR 2020 m. 218'de, ifa etmeme ve doğru zamanda/doğru yerde ifa etmeme hali için ceza koşulunun kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Burada "ifa etmeme" ("Nichterfüllung"/ "Inexécution") terimi bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır.⁴⁶ Bu çatı kavram içine ise sadece borcun hiç ifa edilmemesi hali değil; aynı zamanda gereği gibi ifa edilmemesi ve hatta ayrı bir başlık altında düzenlenmiş dahi olsa, temerrüt de dahildir.⁴⁷ Dolayısıyla tüm borca aykırılık halleri bu ifade içinde yer bulabilmektedir. O halde OR 2020 m. 220(3) ile de, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple borcun ihlal edilmesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı düzenlenmektedir. Ceza koşulunun muacceliyetine ilişkin bu düzenleme, bugün yürürlükte olan ve fer'ilik kavramını vurguladığı düşünülen İsvBK m. 163(2)

44 İsviçre Borçlar Kanunu açısından bakıldığında geçersizlik yerine borcun hukuka veya ahlaka aykırı olmasından bahsedildiği hatırlanmalıdır. Ancak bu iki halde de borcun geçersizliği gündeme geleceğinden bu farklılık göz ardı edilebilir. Zira İsvBK m. 163(2)'nin ilgili kısmının İsvBK m. 19 ve 20 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekte olduğundan, İsviçre ve Türk hukukundaki bu düzenlemelerin içerik olarak birbirinden ayrıldığı söylenemez. İsvBK m. 163(2)'nin, İsvBK m. 19-20 çerçevesinde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Roth Pellanda**, N. 4.

45 Bu yönde bkz. **Pascal Pichonnaz**, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013, Art. 220, N. 10-11.

46 Markus Müller-Chen, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013, Art. 118, N. 5 ve 11-14.

47 **OR 2020/Müller-Chen**, Art. 118, N. 13.

ve TBK m. 182(2) hükümlerine farklı bir bakış açısından yaklaşmaktadır. Şöyle ki tasarıdaki bu hüküm, İsvBK m. 163(2)/TBK m. 182(2)'nin borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifa imkansızlığı için öngördüğü sonucu, tüm borca aykırılık hallerine yaymıştır. Burada artık bir fer'ilik vurgusundan da söz edilemez. Nitekim maddenin düzenleniş tarzı da bu yorumu destekler niteliktedir. Zira ceza koşulunun fer'iliğinin bir uzantısı olarak kabul edilebilecek olan durumlar, OR 2020 m. 220(2) altında ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiştir.

OR 2020 düzenlemesi çerçevesinde ceza koşulunun ifasının talep edilebilmesi, ancak borcun ifasının da talep edilebileceği hallerde mümkündür. Dolayısıyla borçlunun borcunu ifadan kaçınma imkanı olduğu sürece ceza koşulunu da ifa etmek zorunda kalmayacaktır.⁴⁸ Bunun gibi, alacaklının borcun ifa edilmemesi üzerine borçluya karşı harekete geçmesinin mümkün olmadığı bir durum söz konusu olduğunda da ceza koşulunun ifası talep edilemez. Örneğin OR 2020 m. 121 uyarınca sorumluluktan kurtulması mümkün olan borçlu, ceza koşulundan da sorumlu olmayacaktır.⁴⁹ Bununla beraber, bu koşullar altında varılabilecek sonuç ceza koşulunun talep edilebilmesinin borçlunun kusurlu olması şartına bağlı olduğu değildir. OR 2020'nin ilgili maddesi borçlunun kusurlu olması ve ceza koşulunun talep edilebilmesi arasında doğrudan bir bağlantı kurmamakta; sadece ceza koşulunun ifası ile tazminat talebinin şartlarını uyumlu hale getirmektedir. Başka bir ifadeyle borçlunun tazminat ödemesinin gerekmeyeceği bir ihtimalde, ceza koşulunu ifa etmesi de gerekmeyecektir. Pek tabii tazminat borcunun doğmamasının altında yatan sebep borca aykırılığın bir zarara sebep olmaması ise, ceza koşulunun ifası yine de talep edilebilir. Zira ceza koşulunun alacaklının zararından bağımsızlığı ilkesi OR 2020'de de korunmuştur (OR 2020 m. 219(1)).

Ceza koşulunun ifasının ancak borca aykırılıktan sorumlu tutulabilen borçludan talep edilebilecek olması sebebiyle, OR 2020 uyarınca borçlunun sorumluluğunun ortadan kalktığı hallerde değinmek gerekir. OR 2020 m. 121'de borçlunun sorumluluktan kurtulması başlığı altında alacaklının aynen ifa, tazminat veya ikame talep edemeyeceği haller; borcun, borçluya isnat edilemeyecek sebeplerle ihlal edilmiş olduğu haller olarak sayılmıştır. Borçluya isnat edilemeyecek sebepler ifadesinden anlaşılması gereken ise, bugün gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda benimsenmiş olan sistemden farklı olarak, borçlunun kusurlu olmadığı haller değildir.⁵⁰ Yaratılmış olan garanti sorumluluğu benzeri yapıda artık borçlunun borca aykırılığa kusuruyla yol açmamış olması onu tek başına sorumluluktan kurtarmayacak; borca aykırılığa, borçlunun öngörmesinin ve engellemesinin mümkün olmadığı bir durumun yol açıp açmadığı araştırılacaktır.⁵¹ Öte yandan bunun ciddi bir sistem değişikliği teklifi olduğu söylenemez. Zira kusurun objektifleştirilmesi ile kusursuzluğu ispatın ne derece zorlaştığı da göz önünde bulundurulacak olursa, bu durumun mevcut sistemi sarsmayacağı söylenebilir.⁵²

48 OR 2020/Pichonmaz, Art. 220, N. 12.

49 OR 2020/Pichonmaz, Art. 220, N. 13.

50 OR 2020/Müller-Chen, Art. 121, N. 1.

51 Tasarıdaki bu hüküm esasen, CISG m. 79 ile borçluya tazminat sorumluluğundan kurtulmak için sunulan imkana denk bir hal yaratmaktadır. CISG m. 79: "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz."

52 OR 2020/Müller-Chen, Art. 121, N. 2; Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul, 2012, s. 288; Yeşim M. Atamer,

Özetle OR 2020 düzenlemeleri çerçevesinde hedeflenen, bugünkü kanuni düzenlemenin “(kusursuz) imkansızlık” vurgusunu ortadan kaldırmak ve ceza koşulunun muacceliyetini, ceza koşulu anlaşmasında kararlaştırılmış olan ve borçlunun sorumlu tutulabileceği ifa engelinin gerçekleşmesine bağlamak olmuştur. Ancak bu açıklamalardan ceza koşulunun fer’iliğinin ortadan kaldırıldığı sonucuna da varılamaz. Aksine bugün gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nda gerekse Türk Borçlar Kanunu’nda mevcut olan ve asıl borcun ifa veya herhangi bir şekilde sona ermesi halinde, asıl borca bağlı ceza koşulunun da sona ereceğine ilişkin düzenleme OR 2020 m. 136’da korunmuştur.

Bu bölüme ilişkin açıklamaların en başında da belirtilmiş olduğu üzere, OR 2020 bir taslak metin olarak kalmış olduğundan, sadece bu hükümlerin ileride ne yöne evrilebileceklerini görebilmek açısından önemli bir kaynak olma özelliğine sahiptir. Bu nedenle bu bölümdeki açıklamaları, salt mevcut düzenlemelere farklı bir yaklaşımın da mümkün olabileceğini ortaya koyan yorumlar olarak değerlendirmek gerekmektedir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

a. Çeşitli Ülkelerden Örnekler

aa. Almanya

Alman hukukunda ceza koşulu kavramı BGB §339 vd’da düzenlenmiştir. BGB §339 ile öncelikli olarak ceza koşulunun hangi anda muaccel olacağı belirtilmekte; takip eden kısımlarda ise hiç ifa etmeme (BGB §340) ile doğru zamanda ifa etmemeyi de kapsayacak şekilde gereği gibi ifa etmeme (BGB §341) hallerinde cezanın borcun ifası yanında istenip istenemeyeceği düzenlenmektedir.

BGB §339’da borçlanılan edimin türüne göre bir ayırım yapılmış olması dikkat çekicidir. Şöyle ki ilgili düzenlemeye göre bir yapma veya verme borcu söz konusu olduğunda ceza koşulunun muaccel olabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Öte yandan BGB §286(4)’te açıkça belirtilmiş olduğu üzere borçlunun, sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı bir sebepten dolayı borcunu ifa edememesi durumunda temerrüde düşmesi mümkün değildir. Temerrüde düşmeyen borçlu aleyhine ceza koşulu da muaccel olmayacaktır.⁵³ Borçlunun sorumluluğu ise BGB §276’da ele alınmış ve borçlu, daha yüksek veya düşük bir sınır getirilmediği sürece, kastından ve ihmalden sorumlu tutulmuştur. Bu şartlar altında da borçlunun ceza koşulunu ifadan kaçınabilmesi için sorumlu tutulamayacağı bir ifa engelinin söz konusu olması ve dolayısıyla borcu ifa etmemesinin de kusurundan kaynaklanmaması gerekecektir.

Yapma ve verme borçları açısından durum yukarıda izah edildiği şekilde olmakla birlikte, yapmama borçlarının ihlaline bağlı ceza koşulunun ifası BGB §339’da daha farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. İlgili maddede yapmama borcuna bağlı ceza koşulunun muacceliyeti için tek başına ihlalin (yapmama

CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 313.

53 Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München, 2015, N. 582; Gaspard Couchepin, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich, 2008, N. 208.

borçlusunun yasaklanan davranışı yapmasının) yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu defa bir temerrüt olgusu aranmamış olması sebebiyle bu düzenleme, yapmama borcunda borçlunun kusurlu olup olmadığı araştırmasına ihtiyaç olmadığı yönünde bir algının da oluşmasına önyak olmuştur.

Kanunun ifadesine rağmen, esasen yapmama borçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Kanun koyucu bir yapmama borcunun ihlalinin gerçek anlamda temerrüt yaratmayacağından yola çıkarak, yapmama borçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme getirme ihtiyacı duymuştur. Zira yapmama borcunun ihlali ile bu borç imkansızlaşacaktır. Dolayısıyla yapmama borcunun ihlaline bağlı bir ceza koşulunun talep edilmesi için de borçlunun yine ihlalden sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir.⁵⁴

Yapmama borcu açısından kusur aranıp aranmadığı sorusu sadece Alman hukukunda değil, İsviçre ve Türk hukukunda da gündeme gelmiştir. TBK m. 112 (İsvBK m. 97) ile hiç veya gereği gibi ifa etmeme halinde tazminata hükmedilebilmesi borçlunun kusuruna bağlanmışken; TBK m. 113 (İsvBK m. 98) altında edimin türüne göre yapılan ayrımlarda yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun, bu davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Görüleceği üzere kanunun lafzı, borçlunun kusurlu olup olmadığını yapmama borçlarını ihlal sebebiyle talep edilecek tazminat açısından bir fark yaratmayacağı anlamını çıkarmaya müsaittir. Ancak İsviçre hukukunda da kanunun lafzının yanlış anlaşılmaya müsait olduğu ve yapmama borçları açısından genel kuraldan sapmayı gerektirecek bir durum olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁵ Buradan hareketle gerek Alman gerekse İsviçre (ve dolayısıyla Türk) hukukunda yapmama borçları ve yapma borçlarının ihlali sebebiyle talep edilecek tazminat bakımından kusurun aranacağını söylemek mümkündür.

bb. Fransa

Fransız hukukunda yakın zamanda yaşanan gelişmeler ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere de sirayet etmiştir. 2016 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda yapılmış olan reform öncesine bakılacak olduğunda, ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin Kanun'un 1226 ve devamı maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Bu maddelerde ceza koşulu, tarafların bir borcun ifasını temin etmek amacıyla, ifa etmeme halinde bir başka edimin ifasını kararlaştırmaları olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 1229. maddesinde ise farklı bir tanım getirilmiş ve bu tanımda ceza koşulunun, alacaklının ifa edilmeyen borç sebebiyle uğradığı zararın tazminatı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Aynı kanunda dikkat çeken bir diğer düzenleme ise borcun ifa edilmemesine bağlı olarak talep edilebilecek tazminat bölümü altında, 1152. maddede yer almaktadır. Anılan bu son düzenleme ile tarafların borcun ifa edilmemesi durumunda belirli bir tutarın ödeneceğini kararlaştırmaları ihtimali

54 **Medicus/Lorenz**, N. 582; **Ostendorf**, s. 978.

55 **Wolfgang Wiegand**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 98, N. 11; **Rolf H. Weber**, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Heinz Hausheer), Bern, 2000, Art. 98, N. 114; **Hans Giger**, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (ed. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 98, N. 8; **Couchevin**, Clause pénale, N. 210.

ele alınmış ve ikinci fıkrada, bu tutarın belirli şartlar altında, hakim tarafından indirilmesine veya arttırılmasına imkan tanınmıştır.

Aslında reform öncesi döneme ait 1152. madde, kanunda bulunduğu yerden de anlaşılabilirliği üzere, götürü tazminata ilişkin bir düzenlemeyi çağrıştırmaktadır. Bununla beraber, tarafların borcun ifa edilmemesi halinde belirli bir tutarın ödenmesi için yaptıkları her anlaşma, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında hakime verilen ceza koşuluna müdahale yetkisinin uygulama alanına girmez. Hakim sadece borçluyu ifaya güdüleyen anlaşmalarda belirlenen tutara müdahale edebilecektir ve zaten esas anlamıyla sadece bu anlaşmalar bir ceza koşulu teşkil eder.⁵⁶ 2016 yılında yapılan reform çalışmaları sonucunda, ceza koşuluna ilişkin 1226 ve devamı maddeler yeni kanun metninde yer bulamamıştır. Bunun karşısında 1152. maddenin içeriği genişletilmiş ve – en azında görünürde – ceza koşulu ile götürü tazminat ayrımı yapılmaksızın, borcun ifa edilmemesi durumunda ödeneceği kararlaştırılan tutarların tümü için uygulanacak şekilde düzenlenmiştir (Fransız Medeni Kanunu (CC) m. 1231-5).⁵⁷

Fransız Medeni Kanunu'nun yeni ceza koşulu düzenlemesi, aynı reform öncesi 1152. madde gibi, borcun ifa edilmemesine bağlı tazminat talepleri altında düzenlenmiştir. Buradan çıkarılabilecek sonuç da, ceza koşulu ve tazminat talep edebilmek için gerekli şartların birbirine eş olduğudur. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir sebeple tazminat talebinde bulunamayacak olan alacaklı, borçlu ile aralarında kararlaştırmış oldukları ceza koşulunu da talep edemez. Bunun yanında borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulması da CC m. 1231-1'de ele alınmıştır. Anılan maddeye göre borçlu, borcun ifa edilememesi veya geç ifa edilmesinin bir mücbir sebepten kaynaklandığını ispat etmek suretiyle tazminat yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Mücbir sebep ise, CC m. 1218'de, borçlunun hakimiyetinde olmayan; sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun öngörmesinin ve makul önlemler alarak sonuçlarına engel olmasının beklenemeyeceği bir olay olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸

Görülebileceği üzere Fransız Medeni Kanunu'ndaki sorumluluk sistemi İsviçre/Türk hukukunda kural olarak kabul edildiği şekliyle kusura dayanmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, sorumluluğun mevcut olup olmadığı, tıpkı CISG sisteminde olduğu gibi, borçlunun kusurlu olup olmadığından

56 Bu yönde bkz. **Dominique Legeais**, "Crédit-bail. Critère de qualification de la clause pénale", RTD com. 2008, s. 610; **Grégoire Forest**, "Promesse de vente, indemnité d'immobilisation et clause pénale", D. 2008, s. 2497; **Bertrand Fages**, "Derrière les mots, la clause pénale", RTD civ. 2008, s. 675.

57 Reform sonrası düzenlemenin lafzına rağmen hakimın müdahalesi için taraflar arasında yapılan anlaşmanın borçluyu ifaya güdülemesinin gerekeceği yönünde bkz. Yannick Dagorne-Labbe, "Une indemnité de jouissance peut constituer une clause pénale – Cour de cassation, com. 14 juin 2016", AJCA 2016, s. 387. Kesin olmamakla birlikte hakimın müdahalesi için kararlaştırılan tutarın ifaya güdüleme amacı taşınmasının aranabileceği yönünde, **Kevin Magnier-Merran**, "Clause pénale: elle en avait la substance sans le nom – Cour de cassation, com. 6 décembre 2017", AJ contrat 2018, s. 39. Yeni düzenlemede ceza koşulu ve götürü tazminat arasında hiçbir ayırım yapılmamış olmasının, bunların talep edilebilmesi için zarar şartının aranıp aranmayacağı hususunda bir karışıklık yaratacağı yönünde bkz. **Hélène Boucard**, "Responsabilité contractuelle", Répertoire de droit civil, Temmuz 2018, N. 575; **Denis Mazeaud**, "Qualification de clause pénale : encore et toujours...", Recueil Dalloz 2016, s. 1628.

58 Reform öncesi dönemde borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine tazminat sorumluluğu doğacağı ve bu sorumluluktan kurtulmanın şartları 1147. ve 1448. maddelerde düzenlenmişti. Bu düzenlemelerin ilkinde borçluyu sorumluluktan kurtarması beklenen olayın borçlunun dışında gelişmesi gerektiğine değinilmiş; ikincisinde ise mücbir sebep ve beklenmeyen hal kavramlarına atıf yapılmıştı. Fransız Medeni Kanunu'nun bugün yürürlükte olan 1231-1. maddesinde ise sadece mücbir sebep kavramına atıf yapıldığı dikkat çekmektedir, **Boucard**, N. 362.

bağımsız bir değerlendirmeye tabidir.⁵⁹ Fakat öğretilde, yeni düzenlemelerde kendine yer bulamamış olan özen ve sonuç taahhüdü içeren borçlar arasındaki eski ayrımın hala önem arz ettiği savunulmaktadır.⁶⁰ Bu ayrıma göre bir sonuç taahhüdünde bulunmuş olması durumunda, sonucun gerçekleşmemesi borçlunun sorumluluğuna yol açar. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi yetmez. Bunun yerine sonuç taahhüdünü yerine getirememesine yol açan, mücbir sebep niteliğinde bir olayın yaşandığını ispat etmelidir.⁶¹ Oysa sadece bir özen borcu niteliğindeki borçlar açısından durum farklıdır. Hiçbir sonuca ulaşmayı taahhüt etmemiş olan borçlu, gerekli özeni göstermiş olması durumunda borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulamayacaktır. Bu özenin gösterilmediğini ispat edecek olan ise kuşkusuz olacaktır. Bu durumda kusur tartışması özen borçları için yapılabilecekken, sonuç taahhüdü içeren borçlarda borçlunun kusursuz olmasının onu sorumluluktan kurtaran bir etkisi yoktur.⁶²

Özetle, yeni düzenleme metninin gösterdiğinin aksine, Fransız hukukunda hala özen ve sonuç borçları arasında bir ayrım yapılması gerektiği söylenebilir. Bu durumda ceza koşulunun talep edilebilirliği açısından da bu ayrımı göz önünde bulundurmamak gerekir. Zira ceza koşulu ile temin edilmeye çalışılan edimin yerine getirilmemesinin borçlunun sorumluluğuna sebep olup olmayacağı bu tespate bağlıdır. Her halde, ceza koşulunun borçludan talep edilebilmesi için, kanunun borçludan tazminat talep edilebilmesi için aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle örneğin ister özen ister sonuç taahhüdü içeren bir borcun, mücbir sebep niteliğindeki bir olay nedeniyle ifa edilememesi durumunda, borçludan ceza koşulu talep edilemeyecektir.⁶³

b. Uyumlaştırma Çalışmaları

Ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olup olmadığı değerlendirilirken yol gösterici olabilecek metinler sadece çeşitli ülkelerin ulusal düzenlemeleri değildir. Özel hukukun yeknesaklaştırılması adına yapılmakta olan uyumlaştırma çalışmalarındaki ceza koşulu düzenlemeleri de dikkate değerdir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında söz konusu uyumlaştırma çalışmalarından PICC ve PECL'teki düzenlemelere kısaca değinilecektir.

PICC m. 7.4.13'te ifa etmeme halinde ödenmesi kararlaştırılan tutarlara⁶⁴ ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında, taraflar arasında ifa etmeme halinde diğer tarafa belirli

59 Bu sisteme yakın bir diğer sistem de OR 2020 ile öngörülümüşse de hayata geçirilememiştir.

60 **Gaël Chantepie**, "Contrat : effets", Répertoire de droit civil, Ocak 2018, N. 298; **Yves Picod**, "Obligations", Répertoire de droit civil, Haziran 2017, N. 89 ve 91. Bu ayrımın reform öncesi dönemde kanunlaşmasından önce dahi mevcut olduğu; zira bu ayrımın esasen işin doğasından kaynaklandığı yönünde bkz. **Picod**, N. 77'den naklen FROSSARD, La distinction des obligations de < moyens > et de < résultat >, 1965, LGDJ, no 20.

61 **Boucard**, N. 326 ve 356; **Chantepie**, N. 298.

62 **Boucard**, N. 395; **Chantepie**, N. 294 ve 298.

63 Öğretilde kanundaki düzenlemenin ifadesinin de esasen bu sonucu açıkça ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Şöyle ki reform öncesi dönemde 1152. maddede kullanılan "*manquera d'exécuter*" (ifa etmekte başarısız olma) ifadesi, borçlunun sorumlu tutulabilmesi gerekliliğine işaret etmektedir, bu yönde bkz. **Couchepin**, Clause pénale, N. 254. Aynı ifade, bugün yürürlükte olan ceza koşulu düzenlemesinde de korunmuştur.

64 Uyumlaştırma çalışmasında kullanılan ifade "kararlaştırılan ödeme" şeklindedir. Ulusal hukuk sistemlerinde kullanılanlara böylesi yabancı bir ifadenin seçilmesi ise bilinçli bir tercih olsa gerekir. Zira PICC'yi kaleme alanlar, "ceza

bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırıldığında, borcunu ifa etmeyen tarafın sözleşme karşı tarafının zararından bağımsız olarak bu ödemeyi yapmakla yükümlü olacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, kararlaştırılan tutarın indirilmesine izin verilebilecek istisnai durumlara dikkat çekilmiştir. PICC'deki düzenleme bundan ibaret olmakla birlikte metnin resmi şerhi, çalışma konusu bakımından daha açıklayıcıdır. Şerhe göre, kararlaştırılan bu tutarın talep edilebilmesi kural olarak borçlunun, borcun ifa edilmemiş olması sebebiyle sorumlu tutulabilecek olmasına bağlıdır.⁶⁵ Şerhte bu kuralın mantığı açıklanırken, özellikle de mücbir sebep hallerinde, gerçekleşemeyen ifa yerine kararlaştırılan tutarın ödenmesine imkan verecek bir durum tahayyül etmenin zor olduğu ifade edilmiştir. Ancak yine de tarafların borçluya böyle bir sorumluluk yüklenmesini arzu ettikleri istisnai durumlarda bu yönde bir düzenleme yapılması önünde bir engel bulunmamaktadır.⁶⁶ İçeriği PICC m. 7.4.13 ile aynı olan bir düzenlemenin PECL'da (PECL m. 9:509) da olduğu dikkat çekmektedir.

Uyumlaştırma çalışmalarında borçlunun kusurundan söz edilmemekte, sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulmaktadır. Bunun sebebi ise anılan uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde kusurun sorumluluk için bir şart olarak görülmemesidir.⁶⁷ Borçlu, borca aykırılıkta kusursuz olduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluktan kurtulmak için oluşması beklenen şartlar PICC m. 7.1.2 ve m. 7.1.7'da düzenlenmiştir. Anılan maddelerden ilkinde borcun ifa edilmemesinin (geç ifa ve kötü ifayı da kapsayacak şekilde geniş anlamda borca aykırılık kastedilmektedir) alacaklının bir davranışından veya alacaklının risk alanındaki bir olaydan kaynaklandığı hallerde değinilmiştir. Esasen bu hallerde bir borca aykırılığın mevcut olmadığı kabul edilir.⁶⁸ Bu nedenle sorumluluktan da bahsedilemez. Bunun yanında PICC m. 7.1.7 ile borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulacağı mücbir sebep halleri düzenlenmiştir. Bu haller esasen bu çalışmanın muhtelif kısımlarında değinilmiş olan CISG (CISG m. 79), OR 2020 ve Fransız hukuku sorumluluk sistemindekine denk hallerdir. PICC'nin alacaklıya tanımış olduğu bu sorumluluktan kurtulma imkanları, sırası ile, PECL m. 8:101 ve m. 8:108'de tekrar edilmektedir.

Anılan uyumlaştırma çalışmalarında kararlaştırılan tutarın talep edilebilmesi, borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulması şartına bağlanmış olduğuna göre, borçlunun (i) alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple veya (ii) kontrolü dışında kalan ve sözleşmenin kurulduğu sırada ne kendisini ne de sonuçlarını göz önünde bulundurmasının, bunlara engel olmasının veya üstesinden gelmesinin beklenemeyeceği bir engel sebebiyle borcunu ifa edememesi durumunda da kararlaştırılan tutarı ödemekten kurtulması gerekir.

Taraf devletlerin hukuk sistemlerinin bir parçası olması sebebiyle bir uyumlaştırma çalışması olarak nitelendirilemeyecek olsa da, kararlaştırılan ödemeler hususunda CISG'ı da anmak gerekir. CISG

koşulu" ve "götürü tazminat" kavramlarının yarattığı karmaşadan uzak durmak istemiş ve her iki durumu da kapsayacak bir kurallar bütünü getirmeyi amaçlamıştır.

65 Aynı yönde bkz. UNCITRAL Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance, Art. 5.

66 PICC m. 7.4.13 resmi şerhi, s. 290.

67 Borçlunun borcunu ifa edememesi üzerine tazminat sorumluluğu doğacağını düzenleyen PICC m. 7.4.1'in şerhinde bu husus açıkça ortaya konmuştur; PICC m. 7.4.1 resmi şerhi, s. 270.

68 PICC m. 7.1.2, resmi şerhi, s. 228.

metninde karşılaştırılan ödemelere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak borçlunun borca aykırılık sebebiyle belirli miktarda bir ödeme yapacağından önden karşılaştırılmış olması mümkündür. Zira taraflar, CISG’ta öngörölmüş olan tazminat sisteminden ayrılmayı ve başka bir düzenleme getirmeyi tercih etmekte özgürdür. Bu şekilde bir ödeme yapılması karşılaştırıldığında, borca aykırılık sebebiyle sorumlu tutulamayacak olan borçludan bu ödemenin ifasının talep edilip edilemeyeceği ise ayrı bir soru işaretidir. CISG Danışma Kurulu Görüşü no. 10’da bu sorunun yanıtı araştırılmış ve tarafların iradelerinin aksi yönde olduğu anlaşılmadığı sürece, CISG m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulan borçlunun karşılaştırılan tutarı da ödemekle yükümlü olmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹ Danışma Kurulu bu çıkarımı yaparken kuşkusuz yukarıda anılan uyumlaştırma çalışmalarından da etkilenmiştir. Zira CISG yorumlanırken, antlaşmanın milletlerarası niteliğinin dikkate alınması gerekliliği, yine CISG’ta açıkça düzenlenmektedir (CISG m. 7(1)).⁷⁰

B. TBK m. 180(2): CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

Ceza koşulunun borçlunun kusuruyla ilişkisi anlamında yol gösterici olabilecek bir diğer düzenleme ise TBK m. 180(2)/İsvBK m. 161(2)’de karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme ile alacaklının uğradığı zararın karşılaştırılan ceza koşulunu aşması durumunda, ceza koşulunu aşan kısmın da tazmininin talep edilebileceği; ancak bunun için alacaklının, borçlunun ceza koşulunu muaccel kılan davranışta kusurlu olduğunu ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Anılan madde öğretide genel olarak ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bir düzenleme olarak kabul görmektedir.⁷¹ Zira bilindiği üzere TBK m. 112 uyarınca sözleşmesel sorumluluk rejimi, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi halinde sorumlu tutulması genel kuralı üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, kusursuz olarak sorumlu tutulmasını gerektiren bir durum olmadıkça, kusursuzluğunu ispat edebilen borçlu tazminat ödemeyeceği gibi; ceza koşulu taahhüdünde bulunmuşsa, bu taahhüdü yerine getirmekten de kurtulacaktır. Dolayısıyla lehine ceza koşulu getirilmiş alacaklı, ne zararını ne de borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak ceza koşulunu aşan bir zararı olduğunu iddia etmesi halinde, alacaklının konumu bu kadar avantajlı olmaz.⁷² Bu defa alacaklının hem aşkın zararını hem de bu zararın ortaya çıkmasına borçlunun kusurlu bir davranışla sebep olduğunu ispat etmesi gerekecektir.⁷³

TBK m. 180(2) ile yapılan bu “aşkın zarar” düzenlemesi, temerrüt faizini aşan zararın tazminine ilişkin TBK m. 122’yi andırmaktadır. TBK m. 122(1) uyarınca, alacaklı temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığında, hiçbir kusuru olmadığını ispat edemeyen borçlu, bu zararı da gidermekle

69 CISG DK Görüş no. 10, N. 5.2.

70 CISG DK Görüş no. 10, N. 5.2. Borçlunun, alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple borca aykırı davranması durumunda karşılaştırılan tutarın talep edilemeyeceği ise CISG m. 80’in doğal sonucudur.

71 **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 124; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 359; **Kılıçoğlu**, s. 813-814; **Günay**, s. 163; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 59; **Erdem**, Clause pénale, s. 125; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 318; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s. 346-347; **Ekinci**, Kusur Sorunu, s. 26; **Yağcıoğlu**, s. 218-219; **Sanlı**, s. 352, dn. 137.

72 **Tolou**, N. 193.

73 Pek tabii borçlunun kusursuz olarak sorumlu tutulması gereken bir hal söz konusu olduğunda, ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bu hüküm uygulanmaz.

yükümlü olacaktır. Düzenlemelerin ortak noktası; alacaklının aşkın zararın varlığını ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak bu iki düzenleme, kusura ilişkin ispat yükü açısından birbirinden ayrılır. Zira TBK m. 122 uyarınca aşkın zarardan sorumlu tutulmak istemeyen borçlu, genel kural çerçevesinde yine kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

Kanun koyucunun sonucunda aşkın zararın ortaya çıktığı iki durumda neden böyle bir farklılık yarattığı sorgulanabilir. Bir ihtimal, ceza koşulunun borçlu ve alacaklı arasında ve dahası alacaklı yararına bir anlaşma ürünü olduğu; bu anlaşmadan borçlu aleyhine sapma gerektirecek hususların da yine alacaklı tarafından ortaya konmasının gerektiği düşünülebilir.⁷⁴ Diğer bir ifadeyle kanundan kaynaklanan bir götürü tazminat olan temerrüt faizinin⁷⁵ aksine, alacaklı ceza koşulu anlaşmasını karşı tarafa kabul ettirerek; bir anlamda bu anlaşmadan sapmamayı taahhüt etmektedir. Ancak kanımca aşkın zararın söz konusu olduğu bir durumda, taraflar arasındaki anlaşmadan sadece ceza koşulunun miktarı konusunda sapma olacaktır. Bu nedenle zararın ceza koşulunu aştığının ispatının alacaklı üzerinde bırakılması gerekli ve yeterlidir.

Borçlunun davranışının kusurlu olduğunu ispatın da alacaklıya yüklenmesi, alacaklıyı bunu öngörebilse tercih etmeyeceği derecede sıkıntılı bir duruma düşürecektir. Durumu somutlaştırmak adına, birinde taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı, diğerinde ise alacaklının kendini bu şekilde özel olarak korumaya gerek duymadığı veya bunu ihmal ettiği iki senaryoda aynı borca aykırılık sebebiyle aynı zararın doğduğunu varsayalım. Bu zarar ceza koşulu olarak belirlenen miktardan daha yüksekse, en başta kendini daha fazla korumak için gerekli çabayı göstermiş alacaklının durumu diğer alacaklıya göre kötüleşecektir. Zira bu alacaklı borca aykırı davranışa borçlunun kusuruyla sebep olduğunu kanıtlamak zorundadır; aksi halde ceza koşulu yanında bu tutarı aşan zararının tazminini talep edemez. Ceza koşulu anlaşması yapmamış diğer alacaklı ise karşı tarafın kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Özellikle de zararının belirlenen ceza koşulundan çok daha fazla olması nedeniyle ceza koşulu olarak belirlenen tutarın tatmin edemeyeceği alacaklı, borçlunun kusurunu ispat edemeyecekse, ceza koşulundan vazgeçerek genel hükümlere göre zararının tazmini talep etmelidir.⁷⁶ Bu durum ise ya ceza koşulu anlaşmasını işlevsizleştirecek ya da alacaklının gereğinden fazla yüksek bir ceza koşulu belirlemesine ve borçluyu daha büyük bir yük altına sokmasına sebep olacaktır.⁷⁷ Hatta kimi durumlarda alacaklının aşkın zarar endişesinin onun *ex ante* olası zarar hesabına yansması daha şiddetli olur. Böyle bir kaygı içinde son derece yüksek bir tutar üzerinden belirlenen ceza koşulunun fahiş bulunması ve hakim tarafından indirilmesi de gündeme gelebilecektir. Ceza koşulunun ortaya çıkan zarara denk düşecek şekilde indirilmesi de mümkün olmadığından, borçlu yine daha büyük bir yük altına girer. Zira bu defa da aşkın zararın üzerinde bir ceza koşuluna hükmedilmesi gerekecektir. Özetle hükmün bu şekilde uygulanması

74 **BK/Becker**, Art. 161, N. 3; **Ekinci**, Kusur Sorunu, s. 26; **Aksoy**, s. 1006 (Ceza koşulunun her halükarda alacaklının yararına bir anlaşma olduğu açık olmakla birlikte, yazar ceza koşulunun kusursuz borçludan da talep edilebileceğini savunduğundan, ona göre alacaklının yararının en üst düzeyde gözetildiğini belirtmek gerekir).

75 **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, s. 224, N. 7.

76 **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 74-75.

77 **Yağcıoğlu**, s. 219.

ya bu kurumun doğru kullanılmasının önüne geçmekte ya da aşkın zarar durumunda bir nebze korunması hedeflenen borçluyu daha da zor bir durumda bırakmaktadır.

Aşkın zarara ilişkin bu düzenlemeye öğretide de kuşkuyla yaklaşıldığı ve bu düzenlemenin alacaklı açısından yaratacağı olumsuzlukları törpülemek amacıyla çeşitli fikirler geliştirildiği de görülmektedir. Örneğin İsviçre öğretisinde geliştirilen ve alacaklıya yüklenmiş olan kusur ispatı külfeti için aranan derecenin düşük tutulması veya taraflar arasında ispat yükünü borçlu üzerinde bırakan örtülü bir anlaşma yapıldığının karine olarak kabul edilmesi gibi fikirler bu amaca hizmet etmektedir.⁷⁸

Görüleceği üzere TBK m. 180(2) düzenlemesinden anlaşılması gereken, borçlunun kusurunun ancak aşkın zarar söz konusu olduğunda aranacağı değildir. Öğretide yerindeliği sorgulanmış dahi olsa, bu düzenlemenin amacı kusurun hangi şartlarda kim tarafından ispat edileceğine ilişkin bir kural getirmektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeden yola çıkarak ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olduğuna ilişkin bir kaniya varmak mümkün olmayacaktır.

C. ARA SONUÇ

TBK m. 182(2) uyarınca borcun borçlunun sonradan sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesinin, ceza koşulunun da talep edilebilirliğini ortadan kaldıracağı belirtilmiştir. Ancak burada, esasen TBK m. 131’de açıkça ortaya konan ceza koşulunun fer’iliği ilkesi bir kez daha vurgulanmıştır. Kanımca bu vurgu sayesinde, 1881 İsvBK’da yer verilen ceza koşulu düzenlemesinin ayrıksılığının bugün geçerli olmadığı açığa kavuşturulmuştur.

1881 İsvBK’da, borçlunun kusurlu olmadığı ancak borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal sebebiyle vuku bulan imkansızlık, ceza koşulunun talep edilebileceği bir hal olarak düzenlenmişti. Diğer bir deyişle borcu sona erdirmesi gereken, borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal sebebiyle vuku bulan imkansızlık, ceza koşulunun talebine engel olamayacaktı. Bu da esasen ceza koşulunun fer’iliğinin bir istisnası olarak kabul edilebilecekti. Ancak İsvBK m. 163(2) ile bu durum değişmiş, borcun imkansızlığına sebep olan ve borçlunun sorumlu tutulamayacağı hallerin hiçbirinde ceza koşulunun talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle ceza koşulunun fer’iliği de istisnasız olarak kabul edilmiştir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, borca aykırılık hallerinin tek bir çatı altında toplanması eğiliminin git gide arttığı günümüzde, ceza koşulu çerçevesinde bu aykırılıklar arasında bir ayrıma hiç gerek yoktur. PICC ve PECL gibi uyumlaştırma çalışmalarının gerek “ifa etmeme” gerekse “kararlaştırılan tutar” kavramlarını ele alışları da aynı sonucu desteklemektedir. Hatta her ne kadar bir taslak olarak kalmış olsa da, OR 2020’nin ceza koşulu ve borçlunun sorumluluğu arasında kurduğu ilişkinin anlamlı olduğu da yadsınamaz (OR 2020 m. 220(3)). Hatırlanacağı üzere söz konusu düzenleme ile

78 Daniel Wuffli, Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2016, Art. 161, N. 6; Bucher, s. 531, dn. 42; Roth Pellanda, Art. 161, N.6 ve aynı yerden naklen Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 56 N 10; Oser/Schönenberger, ZK OR 161 N 4; Schoch, 58.

borcun, borçludan kaynaklanmayan bir engel yüzünden ifa edilememesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı belirtilmiştir. Böylelikle bir çatı kavram olarak öngörülen “ifa etmeme” ifadesi ile tüm borca aykırılıklar hükmün kapsamına dahil edilmiştir ve yanlış çıkarımlara kapı aralayan bugünkü fer’ilik vurgusu tekrarından da kaçınılmıştır.

TBK m. 182(2) hakkında çalışmanın bu kısmına kadar yapılmış olan açıklamalar ayrıca, ilgili maddenin doğrudan kusurla değil, sorumluluk kavramıyla ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle tartışılması gereken husus, ceza koşulunun kusura bağlı olup olmadığı değil; borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesinin, ceza koşulunu talep edebilmek için bir şart olup olmadığıdır. Bu çerçevede verilmesi gereken cevap ise borca aykırılıktan kaynaklanan zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulmuş olan borçlunun ceza koşulunu ifadan da kurtulacağı yönünde olmalıdır.⁷⁹ Bu noktada TBK m. 180(2)’deki aşkın zarar düzenlemesinin de aksi yönde bir sonuca varmayı gerektirmediği tekrar vurgulanmalıdır.

İsviçre ve Türk hukukunda sorumluluğun birinci şartı olarak borçlunun kusurlu bir davranışta bulunması kabul edildiğinden, sorumluluk ve kusur kavramları birbirine eş tutulmuş ve böylelikle kavramlar arası bağlantı incelenirken de ceza koşulunun kusurla ilişkilendirildiği görülmüştür. Ancak borçlunun kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulması gerektiği bir durum mevcut olduğunda, örneğin borçlunun ifa yardımcısının borca aykırılığa sebep olması veya borçlu kusuruyla temerrüde düşmüşken bir beklenmeyen halin ortaya çıkması durumunda, ceza koşulunu ifa ile yükümlü olacağına da şüphe yoktur.

Bu çerçevede ceza koşulunun muaccel olabilmesi, tarafların üzerinde anlaştıkları borca aykırılığın gerçekleşmesine ve borçlunun bu aykırılıktan sorumlu tutulabilmesine bağlıdır. Borçlunun kusurunun ceza koşulunun muaccel olmasındaki rolü ise, kusurun tazminat sorumluluğundaki rolüne denk olmalıdır.⁸⁰ Tazminat sorumluluğu açısından kabul edilen kusur anlayışının da yine ceza koşulu için de geçerli olması gerekir. Diğer bir deyişle, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için subjektif kusur anlayışı esas alınıyorsa; borçlunun bizzat sahip olduğu kişisel yetenekler, eğitim düzeyi ve mesleki becerilere göre yapılacak değerlendirme sonucunda borca aykırılıkta kusurlu olmadığına kanaat getirilebiliyorsa, bu borçludan ceza koşulu talep edilemeyecektir. Öte yandan objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilecekse de⁸¹, borçlunun ceza koşulunu ifaya zorlanabilmesi için, mensup olduğu sosyal çevre içerisindeki makul bir kişi ile kıyaslama yapılması ve borçlunun,

79 Borçlunun sorumluluktan kurtulmasının zararın mevcut olmamasından (veya buna bağlı olarak, borca aykırı davranış ile zarar arasında nedensellik bağının mevcut olmamasından) kaynaklandığı haller pek tabii ceza koşulunun ifasının talep edilmesine engel olmayacaktır.

80 Aksi görüş için bkz. **Aksoy**, s. 1011 vd.; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1215; **Birinci Uzun**, s. 150.

81 Öğretide ağırlıklı olarak kusurun objektifleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Serozan**, s.199, N. 2; **Eren**, Genel Hükümler, s. 594; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.876-877; **Atamer**, CISG, s. 313; **Sanlı**, s. 482; **Baysal**, s.107, 109 ve (sözleşmesel sorumlulukta kusura özel olarak) 288-289. Katı bir objektifleştirilmiş kusur ve kusurluluğu imkansız kılan bir subjektif kusur arasında orta yol bulunması gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 162-165 ve objektifleştirilmiş kusur eleştirisi ile alternatif bir anlayış için bkz. **Erman Benli**, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: ‘Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü’”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 304 vd. Ancak sözleşmesel sorumlulukta borçlunun, esas alınacak makul kişiye göre daha üstün özellikleri olması halinde, kusur araştırmasının bu özellikler göz önünde tutularak yapılacağına da şüphe yoktur.

bu makul kişiden beklenecek tavrı sergilememiş olması gerekir. Özetle mevcut kanun hükümleri çerçevesinde ceza koşulunun kusur ile ilişkisi değerlendirilirken, kusur ve tazminat sorumluluğu arasındaki ilişkiden bağımsız bir yol çizilmemelidir.

III. CEZA KOŞULUNU KUSURDAN BAĞIMSIZLAŞTIRMAYA İHTİYAÇ OLUP OLMADIĞI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mevcut düzenlemelerden yola çıkarak, ceza koşulunun kararlaştırıldığı her durumda borçlunun kusursuz dahi olsa sorumlu tutulacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Ancak mevcut düzenlemelerin yetersiz olup olmadığı; başka bir ifadeyle, ceza koşulunun kendisinden beklenilene vermesi için tazminat sorumluluğu şartlarından ayrılmaya ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Çalışmanın bu kısmında öncelikle Türk hukukunda sorumluluğun kusurdan ayrıştırıldığı durumların hangi sebeple genel kuraldan bu şekilde sapmayı gerektirdiği; ardından ise ceza koşulunun kararlaştırıldığı bir durumda benzer bir gereklilikten söz edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.

Bu değerlendirmeler yapılırken “kusur”un sorumluluk hukukundaki yerinin tartışma konusu yapılmadığı hatırlanmalıdır. Diğer bir deyişle bu çalışmada, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olması kuralı tartışmaya açılmamakta; aksine bu kural kabul edilerek, ceza koşulu için bu kuraldan ayrılmaya gerek olup olmadığı sorgulanmaktadır.

A. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ALANINDAKİ KUSURSUZ SORUMLULUK DÜZENLEMELERİNE GENEL BAKIŞ

Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde sözleşmesel sorumluluk alanında tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun aranmadığı haller incelendiğinde ilk karşılaşılan, korkutma halinde sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulanın, sözleşmenin uğradığı zarardan kusursuz sorumluluğudur. Ancak sözleşmeyle bağlı olmak istemeyen korkutulanın bu sorumluluğunu kusura bağlı olmayan bir tazminat sorumluluğu olarak adlandırmak yerine, fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayalı bir sorumluluk olarak nitelemek daha uygun düşer.⁸² Zira korkutulan, salt kanundan kaynaklanan iptal hakkını kullanması ile bir zarara sebep olmaktadır. Öte yandan en az korkutulan kadar, onunla sözleşme yapmış ve bu korkutma eylemine dahil olmamış kişinin de korunması gerekeceğinden, hakkaniyet çerçevesinde onun uğradığı zararın korkutulana yüklenmesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir.

Bir diğer kusursuz sorumluluk düzenlemesi ise yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin sözde temsil olunan tarafından onanmaması halinde yetkisiz temsilcinin, sözde temsil yetkisini kullanarak işlem yaptığı kişinin zararından sorumlu olacağına dair TBK m. 47(1) düzenlemesidir. Bu düzenlemede yetkisiz temsilci açısından bir kusursuz sorumluluk öngörülmesinin gerekçesi olarak,

82 Bu yönde bkz. **Pekmez Cüneyt**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015, s. 499, 504.

yetkinin kapsamını en iyi bilebilecek kişinin yetkisiz temsilci olduğu gösterilebilir ve bu nedenle de yetki aşımının sonuçlarına katlanması gerekenin de yine o olduğu söylenebilir. Ancak bu kusursuz sorumluluk düzenlemesi öğretide işlem menfaatinden yararlanmayan yetkisiz temsilcinin, bu işlemin külfetine katlanmak zorunda bırakılması sebebiyle eleştirilmiştir.⁸³

Gerek korkutulanın gerekse yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu bu hallerle ilgili bir husus gözden kaçırılmamalıdır: Korkutulanın iptal hakkını kullanması ve sözde temsil olunanın yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemi onamaması üzerine, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Ancak her halde gerek korkutulan gerekse yetkisiz temsilci, işlem yaptıkları kişilerle sözleşmesel bir yakınlığa sahiptir. Bu çalışma kapsamında bahse konu iki kusursuz sorumluluk haline yer verilmesinin nedeni de bu sözleşmesel yakınlıktır. Bu nedenle anılan hallerde doğan sorumluluğu da bir *culpa in conrahendo* sorumluluğu olarak nitelemek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan kusursuz sorumluluk hallerini bir kenara bırakacak olursak, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu takiben karşılaşılan bir diğer kusursuz sorumluluk düzenlemesi TBK m. 116'da borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu altında yer almaktadır. İki yönlü bir düzenleme olan TBK m. 116'da sadece borcun ifası değil, bir hakkın kullanılması sırasında da yardımcılarından yararlanan kişinin, bu yardımcıların verdiği zararlardan kusursuz sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Borçlunun, bir başkasının hareketlerinden dolayı sorumlu tutulmasının gerekçesi, özellikle borcun ifası söz konusu olduğunda, alacaklının müdahale edip denetim yapmasının beklenemeyeceği bir alanda gerçekleşen ihlal karşısında alacaklıyı koruma güdüsüdür. Bunun yanında ifa yardımcısı niteliğindeki kişilerin ifa sürecine katılması ile borçlunun iş kapasitesi ve gelir elde etme olanağı da artacağından, ifa yardımcısı kullanmanın nimetinden faydalanan borçlunun külfetine de katlanmasını beklemek makuldür.⁸⁴

Kusursuz sorumluluğun esas olduğu bir başka durum ise kanunda yasal garanti sorumluluğunun düzenlendiği hallerdir. Bu kapsamda anılabilecek durumlar ise ivazlı bir alacak devrinde alacağını devreden sorumluluğu ile satış sözleşmesinde satıcının zapt ve ayıp sebebiyle sorumluluğudur. Gerek alacak devrinde gerekse satış sözleşmesinde kanun koyucu, belirli zarar kalemleri için devreden/satıcının kusurundan bağımsız bir tazminat sorumluluğu öngörmüştür. İvazlı alacak devrinde devreden sorumluluğu açısından kusursuz sorumluluğun tercih edilme sebebi kuşkusuz devir konusunun bir "alacak" olmasıyla yakından ilgilidir. Kanun koyucu bu yasal garanti sorumluluğu ile, "gözle görülemeyen ve geçmişte de bilinemeyecek olan" alacak haklarının alıcısının güvenini özel olarak korumayı hedeflemiştir.⁸⁵ Satıcının zapttan ve (dönme haline özgü olarak) ayıptan dolayı kusursuz sorumluluğunda ise alıcının, uğradığı doğrudan zarar karşısında satıcıya karşı daha korunmaya değer bir konumda olduğu fikri itici güç olmuştur. Zira satıcı sattığı malın çalıntı veya ayıplı olduğunu bilebilecek bir durumdadır⁸⁶ veya en azından alıcıya kıyasla bunu bilmeye en yakın kişidir. Ancak

83 **Murat M. İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009, s. 463.

84 **Serozan**, İfa Engelleri, s. 285, N. 3.

85 **Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2018, N. 643; **Baki İlkay Engin**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, s. 56.

86 Zapt açısından bu yönde bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 615. Ayıp için bu yönde bir çıkarım yapılması mümkün değildir; zira günümüzde çoğu zaman satıcı, satılan ürünün üreticisi olmayacaktır. Dolayısıyla bu ayıpları bilebilecek durumda

yine de bu hallerde kusurdan bağımsız olarak tazmin edilmesi gerekecek zararın niteliği yönünden de bir sınır getirilmiş olduğuna dikkat etmek gerekir.

Sözleşmesel sorumluluk rejiminde kusurun aranmadığı bazı durumlarda ise, kanunda düzenlenen belirli koşullar altında, borçlunun beklenmeyen halden dahi sorumlu olacağı öngörülmüştür. Borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulacağı ilk hal genel hükümler çerçevesinde temerrüt durumuna ilişkin olarak düzenlenmiş; ödünç ve saklama sözleşmelerinde de benzer bir sorumluluğa yer verilmiştir. Temerrüde ilişkin TBK m. 119(1) düzenlemesi uyarınca, temerrüde düşmüş olan borçlu, bir beklenmeyen hal nedeniyle zarara uğrayan alacaklının bu zararını tazmin etmek zorundadır. Borçlunun ortaya çıkan zarara kusuruyla yol açmamış olması, bu sorumluluğu ortadan kaldırmaya yetmez. Bu sorumluluktan kurtulabilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya borcunu zamanında ifa etse dahi alacaklının zarara uğrayacağını ispat etmesi gerekir. Ödünç ve saklama sözleşmelerinde de kanun koyucu benzer bir yol izlemiştir; ödünç alınanın sözleşmeye ya da amacına aykırı kullanımı/başkasına kullandırılması ile saklananın izinsiz kullanımını takiben ortaya çıkacak beklenmeyen hallerde borçluyu zarardan sorumlu tutmuştur. Bu sorumluluktan kurtulabilmek için kanunda yasaklanan davranıştan kaçınılmış olsa dahi söz konusu zararın yine de doğacağını borçlu tarafından ispatı gerekecektir. Dikkat edileceği üzere borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulduğu bu durumlarda, borçlu beklenmeyen hal öncesinde borcuna aykırı bir davranışta bulunmaktadır. Bu aykırılık temerrüt durumunda gecikme görünümünde; ödünç ve saklama sözleşmeleri özelinde ise bu sözleşmeler uyarınca iadesi gereken bir malın yasaklanan şekilde kullanılması olarak karşımıza çıkar. Beklenmeyen hal nedeniyle doğan zarardan sorumluluk, adeta beklenmeyen halden önce vuku bulan borca aykırı davranışın uzantısı niteliğindedir. Kanun koyucunun neden bu şekilde bir tavır takındığı kolaylıkla tahmin edilebilir. Şöyle ki borçlunun borca aykırı davranışının etkileri sürerken ortaya çıkan beklenmeyen halden doğan zarara alacaklının katlanmasını beklemek adil olmaz. Kaldı ki borçlu açısından bakılacak olduğunda, bu borca aykırılık hiç yaşanmasa bile zararın doğacağını ispat etmek, diğer bir deyişle borca aykırılık ve zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırarak sorumluluktan kurtulmak da mümkündür. Yine temerrüt durumuna özgü bir diğer sorumluluktan kurtulma yöntemi de, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edebilmesinden geçer. Zira eğer beklenmeyen halden sorumluluğun borca aykırılığın uzantısı olduğu kabul edilirse, borçlunun kendi kusuru olmayan bir borca aykırılık (gecikme) nedeniyle yaptırma tabi tutulması anlamlı olmayacaktır. Ödünç ve saklama sözleşmeleri açısından ise bu şekilde bir sorumluluktan kurtulma imkanı sayılmamıştır. Zira bu iki sözleşme tipinde beklenmeyen halden sorumluluğun doğmasına sebep olan yasaklı eylemler (ödünç alınanın sözleşmeye/amaca aykırı kullanımı ya da başkasına kullandırılması veya saklananın izinsiz kullanımı), iade borçlusunun kusuru bulunmaksızın sergileyebileceği davranışlar değildir.⁸⁷

Öte yandan borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulduğu her hali önceleyen bir borca aykırılık bulunmayabilir. Örneğin konaklama yeri işletenin, konaklayanın eşyasının beklenmeyen hal sebebiyle zarara uğraması durumunda sorumlu tutulması buna bir örnektir. Konaklama yeri

olması da her zaman mümkün değildir. Fakat yine de tedarikçisinden mal satın alıp sonra da satarak kazanç elde eden kişinin, bu malı kendisinden satın alan alıcı karşısında daha fazla korunmayı hak ettiğini de kabul etmek gerekir.

87 Aksi görüş için bkz. **Pekmez**, s. 502.

işletenin yasaklı bir davranışta bulunmamış olmasına rağmen sorumluluğunun bu şekilde katı düzenlenmesi de kuşkusuz konaklama yeri işletme ediminin niteliğinden kaynaklanır. Şöyle ki konaklayanlar, konaklama yerinde çalışan kişilerin buradaki görevleri sebebiyle odalarına girip çıkmalarını kesin olarak engelleyebilecek, dolayısıyla da eşyalarını her an koruyabilecek imkanlara sahip değildir. Kanun koyucu bu nedenle eşyaya gelecek zararı, bu zararın doğumuna konaklayanın, bir mücbir sebebin veya eşyanın niteliğinin yol açtığını ispat edemeyen konaklama yeri işleten üzerinde bırakmayı uygun görmüştür.⁸⁸

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer kusursuz sorumluluk hali de yine borç ilişkisine konu edilen edimin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çeşit borcu ve para borçları hiçbir zaman imkansızlaşmayacaklarından, borçlunun edimin niteliğinden doğan bir garanti sorumluluğu olduğu söylenebilecektir.⁸⁹ Pek tabii bu kuralın geçerli olabilmesi için hasarın hala borçluda olması da gerekir. Çeşit borcunun imkansızlaşmaması nedeniyle, borçlu borcunu borç konusu çeşit yeryüzünden silinmediği sürece ifa etme imkanına sahip olacaktır. Ancak taraflar sözleşmelerinde sınırlı çeşit borcu belirleyerek bu sorumluluğu da sınırlandırabileceklerdir.⁹⁰ Para borcunun imkansızlaşması da yine aynı sebeplerle mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki borç söz konusu olduğunda borçlu hala ifa ile yükümlü olduğundan, bir tazminat talebiyle de karşılaşılacaktır. Bunun yanında para borçlarında temerrüt durumunda temerrüt faizinin talep edilmesi için de borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediği araştırılmaz. Zira borçlu para borcunun ifasında kusursuz olarak gecikmiş olsa da, zamanında ödeme yapmayarak alıkoyduğu paradan yararlanmıştı.

Yukarıdaki açıklamalardan da görülebileceği üzere sözleşmesel sorumluluk alanında karşılaşılabilecek tüm bu kusursuz sorumluluk örneklerinde kanun koyucunun genel kuraldan ayrılarak daha katı bir rejim benimsemesinin ardında bunu gerektiren özel bir sebep yer almaktadır. Bu kimi zaman sözleşmenin niteliğinden (ödünç, saklama gibi sözleşmelerde olduğu gibi), kimi zaman borçlanılan edimin niteliğinden (çeşit borcu ile para borcunun konusu oluşturduğu edimlerde, alacak devrinde ivaz karşılığı alacağını devredenin garanti sorumluluğunda veya konaklama yeri işletenin sorumluluğunda olduğu gibi), kimi zaman edimin ifa edilme sürecine başka kişilerin katılmasından (yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk söz konusu olduğunda) veya borca aykırı davranışın niteliğinden (satış sözleşmesinde satıcının ayıp ve zapttan doğan sorumluluğunda olduğu gibi) kaynaklanabilir. Özetle tüm bu hallerde kanun koyucunun genel kuraldan ayrılmasını tetikleyen bir ihtiyaç vardır. Çalışmamızın bu bölümünde incelenecek olan da, taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşması yapıldığında böyle bir ihtiyaçtan bahsetmenin mümkün olup olmadığıdır. Ancak daha öncesinde yukarıda anılan kusursuz sorumluluk hallerinin mevcut olduğu kimi durumlarda ceza koşulunun nasıl bir işlev göstereceğine değinilecektir.

88 **Ş. Barış Özçelik**, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi Veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2284-2285. Bununla beraber kanun koyucunun TBK m. 576(2) ile, bu kusursuz sorumluluk hali açısından bir sınır getirdiği de gözden kaçırılmamalıdır.

89 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 538; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 81, N. 7 ve s. 97, N. 3.

90 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 541-542; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 32 ve 1805.

B. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLDUĞU KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

1. Para Borcunda Temerrüt

Bir para borcunda temerrüde düşen borçlunun, temerrüde düşmekte kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, temerrüt faizi ödeme borcu doğacaktır. Ancak taraflar sözleşme ile bu para borcunun ödenmesinde gecikme durumunda muaccel olacak bir ceza koşulu kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda, borçlunun yine ceza koşulunu ifa etmesi talep edilebilmelidir. Hal böyle olmakla birlikte, bu şekilde bir sonuca varılabilmesi için öncelikle para borçları için ceza koşulu kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.⁹¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminden bu yana süren bu tartışmanın temellerinin bugün, eskiye göre daha sağlam olduğu söylenebilir. Bunun sebebi ise bugün yürürlükte olan TBK m. 120 uyarınca sözleşme ile belirlenebilecek temerrüt faizi açısından bir sınır getirilmiş olmasıdır. Tarafların sözleşme ile bu sınırı aşan bir ceza koşulu belirlemeleri ise, TBK m. 120'nin dolanılması endişesini beraberinde getirmektedir.⁹² Eğer bu endişe haklı bulunacak olursa, para borçları açısından ceza koşuluna izin verilebilecek hallerin, TBK m. 120'de getirilmiş olan temerrüt faizi sınırlamasının uygulama alanı bulmayacağı, tacirler arası işlemlere özgülenmesi gerekir. Ancak tacirler arası işlemler açısından bir faiz sınırlaması olmaması sebebiyle tarafların bir ceza koşulunda anlaşmaktansa, diledikleri oran üzerinden bir temerrüt faizi belirlemeleri çok daha muhtemeldir.

2. Konaklama Yeri İşletenin Sorumluluğu

Konaklama yeri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından TBK m. 576 uyarınca herhangi bir kusurları olmasa da sorumlu tutulmuşlardır. Diğer bir ifadeyle burada borçlunun kusursuz sorumluluğu beklenmeyen hallere ilişkindir.⁹³ İşletenin konaklayanın eşyalarını koruma borcunu gereği gibi ifa edememesi şartına bağlı bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa; beklenmeyen hal sebebiyle zarara uğrayan eşyanın sahibi, konaklama yeri işleten kusursuz dahi olsa bu ceza koşulunun ifasını talep edebilecektir. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen işleten, zararın (i) bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, (ii) mücbir sebepten ya da (iii) eşyanın niteliğinden

91 Bu yöndeki tartışmalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1571; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s.38 vd.; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s.23 vd. Para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmayacağına ilişkin olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verilmiş kararlar, bu dönemde taraflarca kararlaştırılabilecek temerrüt faizine üst sınır getiren bir düzenleme olmaması sebebiyle eleştirilmektedir, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 343-344; **Saba Özmen/Türkan Aktaş**, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı:1, 2018, s. 47.

92 818 sayılı eski Borçlar Kanunu dönemine ilişkin olarak aynı yönde açıklamalar için bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 68. Yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu açısından aynı yönde bkz. **Günay**, s. 22; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 25.

93 Buradaki beklenmeyen halden sorumluluk, temerrüt halindeki veya ödünç ve saklama sözleşmelerindeki beklenmeyen halden sorumluluktan ayrılmaktadır. Zira gerek temerrüt gerekse ödünç/saklama sözleşmelerinde beklenmeyen halden sorumlu tutulan borçlu, daha öncesinde zaten borcuna aykırı davranmıştır. Bu nedenle, örneğin temerrüt halinde, borçlunun sorumluluğunun beklenmeyen hal yanında mücbir sebebi de kapsayacağı ifade edilmektedir, **BSK/Wiegand**, Art. 103, N. 12; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1594; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1133. Kanımca aynı sonuca ödünç ve saklama sözleşmeleri açısından da varılabilir.

doğduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu sayılan hallerden birinin mevcut olduğunu ispat edemeyen kusursuz işletenin sorumluluğu, çalışanlarının da bir kusuru bulunmadığı sürece, konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katını aşamayacaktır. Bu durumda kusursuz borçludan talep edilebilecek olan ceza koşulu da, daha yüksek belirlenmiş olsa dahi, kanunda getirilen üst sınırı aşamayacaktır. Belirlenen ceza koşulunun bu sınırı aşması halinde ise ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle değil; eksik geçerlilik sebebiyle kanunun öngördüğü sınıra indirilmesi gündeme gelecektir.

3. Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıp ve Zapttan Sorumluluğu

Sözleşmesel sorumluluk rejimi çerçevesinde borçlunun kusurlu olmaksızın sorumlu tutulabileceği hallerden bir diğeri de, ayıplı mal satan satıcının, kendisine karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanan alıcının doğrudan zararlarını tazmin etme borcudur (TBK m. 229). Satıcının ayıptan sorumluluğuna çok benzer bir diğer düzenleme ile zapta karşı sorumlulukta da karşılaşmaktadır. Tam zapt halinde satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılacak⁹⁴ ve hiçbir kusuru olmasa bile satıcı, alıcının doğrudan zararlarını tazmin etme borcu altında olacaktır (TBK m. 217). Özetle satıcı kusursuz bile olsa, ayıplı ifada sadece alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine veya satış konusu malın, üstün hak sahibi üçüncü bir kişi tarafından alıcının elinden alınması ihtimalinde ise her halde, alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Ayrıca ayıp hali açısından bakıldığında, ayıplı ifanın muhatabı olan alıcıya kanunda tanınmış seçimlik hakların kullanılabilmesi de yine satıcının kusurundan bağımsızdır.⁹⁵

O halde ayıplı ifa ve/veya malın zapt edilmesi durumuna özgü bir ceza koşulunun öngörülmüş olması halinde, ayıplı veya zapt tehlikesini bilmeyen/bilebilecek durumda da olmayan – kusursuz – satıcının ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olup olmadığını tartışmak gerekir. Alıcının ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kusursuz satıcıya karşı ileri sürebileceğinde şüphe yoksa da, dönme dışındaki haklarından biri yanında tazminat talep edebilmesi, satıcının kusurlu olması şartına bağlıdır. Zira ayıplı ifa karşısında alıcının hakları düzenlenirken, tazminat talebi için genel hükümlere atıf yapılmıştır (TBK m. 227(2)). Bu atıf sayesinde alıcı ayıba bağlı seçimlik haklarını kullanırken veya bunları hiç kullanmadan, genel hükümler çerçevesinde tazminat talebinde bulunabilir.⁹⁶ Ancak kanun koyucu sözleşmeden dönme haline özgü bir düzenleme getirmiş ve kusursuz olsa dahi satıcıyı, alıcının uğradığı doğrudan zararlardan sorumlu tutmuştur. Bu durumda kusursuz satıcıdan ceza

94 Kullanılan “kendiliğinden sona erme” ifadesinin ve bu kapsamda satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin bir eleştirisi için bkz. **Yeşim M. Atamer**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (ed. Mehmet M. İnceoğlu), İstanbul, 2012, s. 218 vd.

95 Satıcının zapttan sorumluluğu çerçevesinde alıcının ayıp düzenlemesindeki gibi seçimlik haklara sahip olmamasının eleştirisi için bkz. **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 219 vd.; **Yeşim M. Atamer/Zahide Altunbaş Sancak**, “Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?”, Prof. Dr. Türkan Rado Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 101 vd.

96 Eser sözleşmesi açısından, ayıplı ifa muhatabı iş sahibinin de genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmesi mümkündür.

koşulunun talep edilip edilemeyeceği hususunda, alıcının seçimlik haklarından hangisini kullanacağı önem arz edecektir.

a. Ayıba Bağlı Seçimlik Haklardan Dönme Hakkı Dışındakilerden Birinin Kullanılması

Satıcı ayıplı ifa nedeniyle ceza koşulu taahhüdünde bulunduysa, dönme dışındaki haklarından birini kullanan veya ayıp sebebiyle sahip olduğu hakları hiç kullanmayan alıcının ceza koşulunun ifasını isteyebilmesi için, satıcının genel hükümlere göre sorumlu tutulabilmesi gerekir. Bu da borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır.⁹⁷ Ayrıca öğretide bir görüşe göre taraflar arasında, TBK m. 179(1)'deki yedek hükümden ayrılarak, ifa yanında talep edilebilecek bir ceza koşulu anlaşması yapılması da aranmalıdır.⁹⁸ Zira dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanan veya hiçbir seçimlik hakkını kullanmasa dahi malı teslim alan alıcı, ifayı kabul etmiş olduğundan seçimlik olarak kararlaştırılan (bu yönde bir kararlaştırma olmasa da TBK m. 179(1) uyarınca öyle olduğu varsayılan) bir ceza koşulunu talep edemez.⁹⁹ Özetle bu görüşe göre, TBK m. 179(1)'deki yedek hükmün aksi yönünde bir kararlaştırma yapılmamışsa, ceza koşulunu talep edebilmenin tek yolu, ayıplı malı iade etmek olacaktır. Bir diğer görüş ise alıcının hem ifayı kabul edebileceğini hem de ceza koşulunu talep edebileceğini savunur. Ancak bu defa da ceza koşulunu talep eden alıcı, ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Zira bu görüşteki yazarlar, aksi yönde bir kararlaştırma olmadıkça, bunun TBK m. 179(1)/İsvBK m. 160(1) yasağını ihlal edeceği görüşündedir.¹⁰⁰

Bununla beraber öğretilerde alıcının edimin ifası ve ceza koşulu ya da ayıba bağlı seçimlik haklar ve ceza koşulu arasında bir tercih yapmak zorunda bırakılmasının sebebinin, "seçimlik ceza koşulu" kavramının doğru anlaşılabilmesi olduğu da isabetli olarak savunulmaktadır.¹⁰¹ Bu görüşe göre TBK m. 179(1)/İsvBK m. 160(1) uyarınca ifa ve ceza koşulu taleplerinin seçimlik olduğunun kabul edilmesi gereken hallerde, asıl olarak hedeflenen tek bir borca aykırılık sonucunda aynı menfaatin tatminini amaçlayan iki yaptırıma hükmedilmesinin önüne geçmektir.¹⁰² Bu tür durumlarda ifa ve ceza koşulunun veya ifa yerine geçen bir tazminat ve ceza koşulunun birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, borçlunun ediminin ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırması bu duruma bir örnek olabilecektir. Seçimlik ceza koşulu söz konusu olduğunda imkansızlaşan edim yerine geçen tazminat ve ceza koşulundan birinin tercih edilmesi gerekir. Ancak ayıplı ifaya bağlı ceza koşulunda, alıcı satıcıyı ayıpsız ifaya güdülemek istemekte ve ayıplı ifada bulunulması halinde, ifa menfaatini

97 Eser sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. **Gauch**, N. 2529.

98 **Yağcıoğlu**, s. 195-196.

99 **Yağcıoğlu**, s. 195 (Yazar, ifayı kabul etmenin her zaman alıcının ifayı tercih ettiği anlamına gelmeyeceğini belirterek; aksi yönde bir sonuca varılacak olması halinde alıcıya borç konusu malı iade ederek, ceza koşulunu talep etme hakkı tanınması gerektiğini de savunmaktadır); **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1593, dn. 423 (Onarım, ayıpsız benzeri ile değiştirme ve bedel indirimi haklarının ceza koşulu yanında kullanılabilmesi için tarafların bu hususta anlaşmış olması gerektiği ifade edilmektedir).

100 Eser sözleşmesinde bedelden indirim hakkının kullanılması/tazminat talebi ve ceza koşulu ilişkisi açısından bu yönde bkz. **Gauch**, N. 2530 ve **Couchepin**, La clause pénale, N. 1374.

101 **Vedat Buz**, "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2017, s. 495.

102 **Ostendorf**, s. 978; **Dimitri Santoro**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern, 2001, s. 14; **Buz**, Konventionalstrafe, s. 495.

değil ayıba bağlı olarak oluşan zararların tazminini güvenceye almayı amaçlamaktadır. Bu nedenle esasen ifayı kabul eden ancak onarım veya ayıpsız benzeri ile değişim ya da bedelde indirim isteyen alıcı, tercih edeceği hakkın yanında ceza koşulunu da talep edebilecektir.¹⁰³ Önemle belirtmek gerekir ki bu görüş çerçevesinde tarafların ifa yanında ceza koşulu talep edileceğine ilişkin bir anlaşma yapmaları da gerekmez. Alıcı seçimlik hakları yanında tazminat talep edebileceğine göre, bu tazminat yerine geçecek ceza koşulunu da talep edebilmelidir.¹⁰⁴

b. Ayıba Bağlı Seçimlik Haklardan Dönme Hakkının Kullanılması

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde ise öncelikle dönmenin sözleşmeye etkisinden bahsetmek gerekecektir. Yargıtay kararlarında benimsenen yaklaşım, dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldıracağı yönündedir. Bu yaklaşım kabul edilecek olursa, ortadan kalkan sözleşmeye bağlı bir anlaşma olan ceza koşulunun ifasının da artık talep edilememesi gerekir.¹⁰⁵ Alıcının bu halde dahi ceza koşulu talep edebilmesinin tek yolu, sözleşmede bunun taraflarca kararlaştırılmış olmasıdır. Diğer taraftan, kanımca daha isabetli olarak dönmenin sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmadığı, sadece bir tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü ve bu tasfiyenin de sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılacağı görüşü¹⁰⁶ kabul edilecek olduğunda, ceza koşulunun talep edilmesi önünde bir engel kalmamaktadır. O halde satıcının kusursuzluğunun ceza koşulunun talep edilebilirliğine etkisini incelerken de, sözleşmeden dönme açısından belirlenecek görüşe göre bir ayrıma gidilmesi gerektiği söylenebilir.

Alıcının dönme hakkını kullanması ve dönmeye rağmen ceza koşulunun talep edilebileceği durumlarda (taraf iradeleri bu yönde uyuşmuşsa veya dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldırmayacağı görüşü benimsenirse), ceza koşulunun talep edilmesine herhangi bir engel yoktur.¹⁰⁷ Ancak satıcının ayıplı ifade kusursuz olması halinde, satıcıdan bu ceza koşulunun ancak doğrudan zararı karşılayacak kadar kısmının talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Ceza koşulu olarak belirlenen miktar, alıcının

103 **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497. Ancak gereği gibi ifa etmeme durumunda, ifa yanında talep edilebilecek tazminat ve ceza koşulu, bu iki yaptırımın aynı menfaati tatmin ediyor olması nedeniyle, birlikte talep edilemeyecektir, **Ostendorf**, s. 978.

104 TBK m. 179(2)/İsvBK m. 160(2)'da ifa yanında ceza koşulu talep edilmesine imkan tanınan borca aykırılık çeşitleri arasında gereği gibi ifa etmemenin sayılmaması olmasının, editöryal bir hatadan kaynaklandığı ve kanun koyucunun gerçek iradesini yansıtmadığı yönünde bkz. **Buz**, Konventionalstrafe, s. 493 vd. Karş. BGB § 340 ve 341: Alman hukukunda ifa etmeme hali için seçimlik; gereği gibi ifa etmeme hali için ise ifa yanına eklenen ceza koşulunun talep edilebileceği düzenlenmektedir.

105 İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 23.HD., 11.3.2019, 4618/941 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 25.1.2016, 5933/382 (Kazancı veritabanı); Yarg. 23. HD., 5.5.2015, 8053/3272 (Kazancı veritabanı); Yarg. 23. HD., 25.11.2014, 2171/7539 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 8.9.2014, 3312/4996 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 10.3.2010, 1586/1330 (Kazancı veritabanı). Bu görüşte bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1585; **Yağcıoğlu**, s. 195; **Kapanıcı**, Sözleşme Cezası, s. 679.

106 Yeni dönme teorisi için bkz. **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 73 vd.; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 236 vd., N. 18; **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014, s. 123 vd.; **BSK/Wiegand**, Art. 109, N. 5 vd.

107 Haklı olarak sözleşmeden dönme halinde ceza koşulunun her şekilde talep edilebileceği yönünde **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497 vd. Kanımca da sözleşmede ayıplı ifaya ilişkin bir ceza koşulu belirlenmiş olması durumunda, bu ceza koşulunun alıcının tercih edeceği seçimlik haktan bağımsız olarak ayakta kalması gerekir.

doğrudan zararını aşıyorsa, bu aşan kısım kusursuz satıcıdan talep edilememelidir.¹⁰⁸ Diğer bir deyişle bu defa alıcı, ceza koşulu kararlaştırılmamış bir sözleşmeye taraf olmuş gibi, sadece gerçekten uğradığı doğrudan zararın tazminini talep edebilecek ve ceza koşulunun olağan korumasından fayda sağlayamayacaktır. Zira kanun koyucu sadece belirli tipte bir zarar için kusursuz borçluyu sorumlu tutmuştur ve alacaklının talepleri – eğer mevcutsa – sadece bu nitelikteki zararın telafisi ile sınırlı olmalıdır. Ancak genel hükümler çerçevesinde, kusursuzluğunu ispat külfetinin de satıcıya ait olacağı unutulmamalıdır.

c. Tam Zapt Halinde Sözleşmenin “Kendiliğinden Sona Ermesi” ve Kısmi Zapt

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, alıcının elindeki malın bir üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi sebebiyle uğrayacağı doğrudan zararlar açısından da kusursuz sorumluluk esasını benimsenmiştir. Satıcının zapttan kaynaklanan sorumluluğunun, ayıptan ayrı bir şekilde değerlendirilmesinin sebebi, kanun koyucunun bu defa alıcıya seçimlik bir hak tanımamış olmasıdır. Ayıplı ifanın muhatabı olan alıcının ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine ortaya çıkan kusursuz sorumluluk, tam zapt durumunda kendiliğinden ortaya çıkar. Zira kanunda, tam zapt halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

Bölümsel zapt halinde ise, temel yaptırım tazminattır. Ancak TBK m. 218(2) uyarınca, alıcının satılardaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağını anlaşılması halinde, alıcıya hakimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini talep imkanı tanınmıştır. Gerek tam zapt durumundaki kendiliğinden sona erme gerekse bölümsel zaptta hakimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesi halleri hukukumuzda yabancı ifade seçimleridir. Esasen bu belirtilen durumlarda da sözleşmeden dönmeden bahsedildiğinin kabulü gerekir.¹⁰⁹

Yukarıda açıklandığı üzere dönme hakkının kullanılmasının sözleşme ve dolayısıyla ceza koşulunun talep edilebilirliği üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Yargıtay içtihatları dönme hakkının kullanılmasının aksi yönde bir kararlaştırma söz konusu olmadıkça ceza koşulunu talep etme imkanını ortadan kaldırdığı yönündedir.¹¹⁰ Ancak özellikle tam zapt durumunda dikkat çeken nokta, sona ermenin alıcıya sunulan bir imkan olmamasıdır: Sözleşme – alıcının ne istediğinden bağımsız olarak – kendiliğinden sona erer. O halde gereği gibi ifa edilmeme hali için taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşması yapılmışsa, gereği gibi ifaya engel olan durumun tam zapt olması üzerine sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, ceza koşulu açısından olumsuz bir durum yaratacaktır. Zira bu sona erme, alıcının ceza koşulu anlaşması yönündeki iradesini de etkisiz kılacaktır. Dönmenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin Yargıtay içtihatlarında değişiklik olmaması durumunda, bu sorunu aşabilmek adına zapt halinde taraflar arasında sözleşme ortadan kalksa dahi ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde örtülü bir anlaşma olduğunun kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak zapttan

108 Gerek doğrudan gerekse dolaylı zararların tazmini talebi ile ceza koşulu aynı menfaati tatmin etmeye yönelik olduğundan, bu iki kalemin birlikte talep edilmesi kanımca mümkün değildir. Bu yönde bkz. **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497. Karşı görüş için bkz. **Kapanıcı**, Sözleşme Cezası, s. 678-679.

109 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 635.

110 Bu yönde karar örnekleri için bkz. dn. 105.

sorumlu olan satıcının kusurlu olmaması halinde, ayıpta dönmeye ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, ceza koşulu olarak ne belirlenirse belirlensin ancak doğrudan zarara karşılık gelen kısmı talep edilebilecektir.

Bölümsel zaptta sözleşmenin sona ermesinin talep edilemeyeceği bir kurguda hükmedilecek tazminat yaptırımının kusurla ilişkisi ise tartışmalıdır. Ancak öğretilerde doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının burada da geçerli olacağı ve kusursuz satıcının yine alıcının doğrudan zararını karşılamakla yükümlü olduğu savunulmaktadır.¹¹¹ Bu çerçevede bölümsel zaptın gerçekleşmesi halinde muaccel olacak bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, borçlunun kusursuz olması halinde ceza koşulunun sınırını yine doğrudan zarar miktarı oluşturur.

C. KUSURSUZ SORUMLULUK YARATAN HALLER ARASINDA CEZA KOŞULU ANLAŞMASINA YER VERMEYE İHTİYAÇ OLUP OLMADIĞI

Bilindiği üzere ceza koşulu anlaşmasının kural olarak herhangi bir sözleşmedeki herhangi bir edime ilişkin olarak yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bir ceza koşulu anlaşması yapılmasını yasakladığı düzenlemeler istisna niteliğindedir. Örneğin TBK m. 346 uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin ödenmemesi hali için ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir; TBK m. 420 uyarınca hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine getirilen ceza koşulu geçersiz olacaktır; TMK m. 119¹¹² uyarınca nişanlanma sırasında evliliğin gerçekleşmemesi durumu için yapılan ceza koşulu anlaşmasının ifası talep edilemeyecektir. Bu hükümler yanında ceza koşulu anlaşmasını tümünden yasaklamayan ancak belirli bir tutara kadar izin veren kanuni düzenlemeler de mevcuttur. Taksitle satışlara ilişkin TBK m. 260(2) ile 271(3) bu sınırlamalara örnek gösterilebilir. Ancak bu tip istisnai düzenlemeler dışarıda bırakılacak olursa, herhangi bir sözleşmede, herhangi bir edimle ilgili olarak ceza koşulu anlaşması ile karşılaşılabilir. Bu nedenle sadece sözleşme niteliğinden veya bu sözleşme ile borçlanılan edimin türünden yola çıkarak ceza koşulu anlaşmasının kusursuz sorumluluk düzenlemesi gerektiren unsurlar barındırdığını söylemek güçtür.

Sözleşmenin niteliğinin kusursuz sorumluluk düzenlemelerini haklı kılabilmesine ilişkin olarak yukarıda verilen ödünç ve saklama sözleşmeleri örneklerinde, önemli olan ödünç alanının/saklananın sözleşmesel ilişki sona erdiğinde geri verilecek olmasıdır. Bu nedenle ödünç alanın veya saklayanın bu eşyayı kullanımına belirli bir sınır getirilmiştir. Oysa hemen her sözleşmede yer verilebilecek ceza koşulu anlaşması söz konusu olduğunda, borçluyu kusuru olmaksızın da sorumlu tutmayı gerektirecek bir özellik olduğu söylenemez. Bunun gibi konaklama yeri işletenin sorumluluğunda da yine işletenin üstlenmiş olduğu edimin özelliği, eşyalarını yeterince korumaktan aciz konaklayan

111 **Jolanta Kren Kostkiewicz**, Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2016, Art. 196, N. 2; **Heinrich Honsell**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 196, N. 2; **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 640; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 95. Aksi görüş için bkz. **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 219.

112 Kanımca bu düzenleme esasen ceza koşulu anlaşması yapılmasını yasaklamamakta, ancak ceza koşulu anlaşmasının ifasının talep edilmesini yasaklayarak onu bir eksik borca çevirmektedir.

karşısında işletenin bir dereceye kadar kusursuz olarak sorumlu tutulmasını haklı çıkarmaktadır. Ceza koşulu anlaşmasında ise alacaklının borçlu karşısında zayıf durumda olduğundan bahsedilemez; aksine salt bu anlaşma sayesinde, alacaklı borçlu karşısında daha avantajlı bir duruma kavuşmaktadır.

Benzer şekilde ceza koşulu anlaşması her türlü borca aykırılığa ilişkin olarak yapılabilmektedir. Borçlunun ifada gecikmesi veya dar ya da geniş anlamda gereği gibi ifada bulunmaması hallerinin her biri ayrı ayrı veya birlikte ceza koşulu anlaşmasının konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla örneğin satış sözleşmesinde zapt veya ayıp durumunda (dönme haline özgü olarak) alıcının doğrudan zararı nedeniyle satıcının kusursuz olarak sorumlu tutulduğu hallere benzer bir düzenlemenin, tüm ceza koşulu anlaşmaları için geçerli olacağı söylenemez.

Öte yandan borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluk düzenlemesi getirilirken kanun koyucunun duyduğu kaygının, ceza koşulu anlaşmaları için söz konusu olduğu da iddia edilemez. Nitekim ceza koşulu anlaşması alacaklı lehine sonuçlar doğuran bir anlaşmadır ve yardımcı kişi kullanarak iş kapasitesini ve dolayısıyla gelirini arttıran borçlunun buna bağlı olarak taşınması gereken riskleri yine borçlunun taşınmasının beklenebileceği bir durum mevcut değildir.

Özetle salt ceza koşulu anlaşmasının varlığı, Türk-İsviçre hukukunda hakim olan kusura bağlı sorumluluk ilkesinden ayrılmayı meşru kılamaz. Zira bu ilkenin terk edildiği durumlara için özellikler ceza koşulu anlaşmasının kararlaştırıldığı her durumda sağlanmış değildir. Hatta ceza koşulu anlaşmasının kendine özgü amacının, genel kurala bağlı kalmayı destekleyen bir yanı olduğu dahi ileri sürülebilir. Şöyle ki, bu çalışmanın daha en başında ceza koşulu anlaşmasının amacı hakkındaki düşüncelerde açıklanmış olduğu üzere, alacaklının ceza koşulu anlaşması ile asıl hedefi borçluyu ifaya güdülemektir. Borçlu, üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmemesi halinde kendisinden ceza koşulunun ifasının talep edilebileceğinin farkında olduğu için de edimini yerine getirmek konusunda gerekli özveriye göstermeye hazır olacaktır. Bu çerçevede borçlu kendisiyle aynı şartlarda benzer bir kişinin edimini ifa edebilmek için yapması beklenen hazırlıkları yapmalı ve alması gereken önlemleri almalıdır. Bu, ahde vefa ilkesi çevresinde gelişen bir sözleşmesel sorumluluk rejiminde “olması gereken” olduğu gibi, aynı zamanda aksi halde ceza koşulunu ifa etmesi gereken borçlu açısından da tercih edilmesi beklenen senaryodur. Duruma alacaklının bakış açısından yaklaşılacak olduğunda da aslında pek farklı bir sonuca varılmaz. Alacaklı, borçlunun ifayı tehlikeye düşürebilecek durumlara karşı önlem almış olmasını tercih edecektir. Zira ancak bu şekilde ifaya kavuşma ihtimali artacaktır. Ancak borçlu, kendisine hiçbir kusur isnat edilememesine rağmen borcunu ifa edemediğinde dahi ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalacağı bir kurguda, alabileceği önlemleri de almayı ihmal edebilecektir. Bu da esasen borcun ifasını güvenceye almak isteyen alacaklının varmak istediği sonuçtan epey uzaktır. Diğer bir deyişle ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsızlaştırılması, bu mekanizmanın borçluyu ifaya güdülemesi amacı ile örtüşmemektedir.¹¹³ Ancak yine de taraf iradelerinin bu yönde uyuşması halinde, borca aykırılığın meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmayan borçlunun da ceza koşulunu ifa edeceği kararlaştırılabilecektir.

113 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58.

Yine de kusuru olmayan borçludan dahi ceza koşulunun talep edilebilmesinin yukarıda açıklandığı şekilde alacaklının esas amacına ters düştüğünü kabul etmeyen; hatta alacaklı için daha güvenli bir durum yarattığını ileri süren görüşler de öğretilerde savunulmuştur.¹¹⁴ Örneğin *Giovanoli*, 1881 tarihli İsviçre Borlar Kanunu'nun ceza koşuluna ilişkin düzenlemesinin bu anlamda yerinde olduğunu ileri sürmüştür. Esasen ceza koşulunun borçluyu daha dikkatli olmaya yöneltici bir etkisi olması gerektiğini kabul eden yazar, bu etkinin ancak kusur sınırlarını aşan bir sorumluluk rejimi ile sağlanabileceği görüşündedir. Bu nedenle borcun ifasına engel olan hiçbir beklenmeyen halin veya en azından 1881 tarihli Kanun'da da benimsenmiş olduğu üzere borçlu şahsında vuku bulan beklenmeyen hallerin ceza koşulunun talep edilmesine engel olmaması gerekir. Ancak yazar yine de mücbir sebep halinde ceza koşulunun talep edilemeyeceğinin de altını çizmiştir.¹¹⁵ Ceza koşulunun talep edilebilirliğinin kusurdan tamamen bağımsızlaştırmaya yönelik görüşler kabul edilecek olursa, tazminat ve ceza koşulu arasındaki farkın derinleşeceğinde şüphe yoktur. Kaldı ki mevcut sorumluluk rejiminde, ceza koşulunu kusurdan bağımsızlaştırma arzusunun temelinde de bu saik yatmaktadır. Ancak ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sorumlu tutulabilmesinin ve dolayısıyla da kural olarak kusurlu olmasının gerekmesi, ceza koşulunun halihazırda tazminattan çok daha ağır bir yaptırım olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Unutulmamalıdır ki, borçludan ceza koşulunu ifa etmesini talep etmek için alacaklının herhangi bir zarara uğramasına gerek yoktur. Dolayısıyla ceza koşulu doğası itibarıyla, daha en başta, zarara uğrayanın zararını telafiye amaçlayan tazminatın bir adım ötesine geçmektedir.

Ceza koşulu ve tazminat sorumluluğunun doğumu şartları arasındaki bir diğer farklılık da nedensellik bağına ilişkindir. Tazminat hukukunda zarar ve borca aykırı davranış arasında aranan nedensellik bağı, bahis konusu ceza koşulu olduğunda artık aranmayacaktır. Zira zararın mevcut olmaması ceza koşulunun talep edilebilmesine engel değilse, bu zarar ile borca aykırı davranış arasında nedensellik bağı bulunmamasının da bir önemi olmasa gerekir. Önemli olan borçlunun borca aykırı davranmış olması ve kanunda kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olduğu haller saklı olmak üzere, borca aykırı bu davranışta kusurlu olmasıdır. Zararından ve buna paralel olarak da nedensellik bağı bulunup bulunmamasından bağımsız olarak ceza koşulunun ifasını talep edebilecek olan alacaklının, bir adım daha ileri giderek, kusuru da olmayan borçludan ceza koşulunu talep edebilmesinin önünü açmanın sağlam bir gerekçesi bulunmamaktadır. Böyle bir sonuca ulaşmanın tek yolu, taraf iradelerinin bu hususta uyuşmasıdır.

Bu aşamada nedensellik bağı ve kusur şartlarının birbirine yakınlaştığı bazı noktalara da temas etmek gerekir. Örneğin mücbir sebep veya beklenmeyen hal kimi zaman borçlunun kusurunun olup olmadığına ilişkin bir tartışmayı, kimi zaman da borca aykırı davranış ve zarar arasındaki nedensellik bağı sorgulamayı gerektirir. Aşağıda bir örnek ile, mücbir sebep olarak nitelenebilecek bir olayın nedensellik bağı ve kusur üzerinde doğurabileceği sonuçları ortaya koymaya çalışacak ve bu sırada ceza koşulu ile tazminatın talep edilebilirliği arasındaki farklılıklara da değinmiş olacağız:

114 *Giovanoli*, s. 146 vd.

115 *Giovanoli*, s. 147-148.

(i) Bir satış sözleşmesinde satıcının (S), tedarikçisine (T) zamanında sipariş vermeyi ihmal ettiğini ve bu nedenle kendisine geç ulaşan malları, 27.07.2020 olarak belirlenen vadeden sonra, ancak 30.07.2020 tarihinde alıcısına (A) teslim edebildiğini varsayalım. Bu teslimat, tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça anlaştıkları şekilde, karayolu ile gerçekleştirilmiştir. Alıcı A ise söz konusu malları bir üçüncü kişiye (Ü) satıp, 29.07.2020 tarihinde teslim etmeyi taahhüt etmiştir. A ve Ü arasındaki sözleşmede, A kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak, her türlü gecikme için belirli bir ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmiştir. S'nin kendi ihmali neticesinde yaşanan gecikme kuşkusuz A'yı da Ü karşısında üstlendiği edimleri ifada geciktirmiştir ve A, bu gecikme sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulunu Ü'ye ödeyecektir. Ancak A'nın bu ceza koşulunu, kusuruyla borca aykırı davranan S'den tazminat olarak talep edebileceği açıktır. Zira S kusurlu olarak borca aykırı davranmış ve bu aykırılık nedeniyle A, Ü'ye ceza koşulu ödeyerek zarara uğramıştır.

A ve S arasındaki sözleşmede, S'nin gecikmesi durumu için bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması ihtimalinde de, S yine bu ceza koşulunu ifa etmekle yükümlüdür. Zira S, kusuru ile borca aykırı davranmış ve ceza koşulunun talep edilmesi için gerekli yegane şart da böylelikle sağlanmıştır. Özetle bu örnekte, S'nin tazminat sorumluluğuna gidilebileceği gibi; bu yönde bir anlaşma olması kaydıyla, S'den ceza koşulunu ifası da (seçimlik olarak) talep edilebilir.

(ii) Örneği biraz değiştirerek, 26.07.2020 tarihinde ülke genelinde yaşanan siyasi olaylar sebebiyle deniz ve hava taşımacılığının 2 hafta süre ile durdurulduğunu ve A'nın Ü'ye malları ancak bu iki yoldan biriyle teslim edebileceğini varsayalım. Alıcı A, 29.07.2020 tarihinde malları deniz yoluyla teslim etmeyi taahhüt ettiği Ü'ye karşı borcunu ifa edememiş ve bu sözleşmeden kaynaklanan ceza koşulunu ödemek zorunda kalmıştır (Ü ile yapılan sözleşmelerde, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulundan sorumlu tutulacağı yönünde bir kayıt olduğunu hatırlatalım). Bu örnekte A ve Ü arasındaki ceza koşulu anlaşması uyarınca, gecikmeye bağlı ceza koşulu muaccel olmuş ve bu nedenle A açısından bir zarar doğmuştur. Havayolu ve denizyolu taşımacılığının durdurulmuş olması bir mücbir sebeptir. Bu durum 26.07.2020 tarihinde başlamış olduğuna göre, mallar A'ya S tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı gibi 27.07.2020 tarihinde teslim edilmiş olsaydı dahi, A'nın bu malları Ü'ye zamanında teslim edemeyeceği açıktır. Başka bir ifadeyle S'nin borca aykırı davranışı ve A'nın ifada gecikmeye bağlı olarak ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu (zarar) arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla S, borcun ifasında kusurlu olarak gecikmiş olsa dahi, nedensellik bağı bulunmadığından, A'nın uğradığı zararın tazmini kendisinden istenemeyecektir.

Ancak A ve S arasındaki sözleşmede, S'nin gecikmesi durumu için ceza koşulu öngörülmüş ise, A bu ceza koşulunu S'den talep edebilecektir. Zira havayolu ve deniz yolu ile ulaşımın durdurulmuş olmasının, S'nin borcunu ifa etmesine engel teşkil ettiği söylenemez. Diğer bir ifadeyle S, yine kusuru ile borca aykırı davranmıştır. Öte yandan S'nin gecikmesi ve A'nın zarara uğraması arasında nedensellik bağının olmamasının bir önemi yoktur. Ne de olsa ceza koşulunun talep edilebilmesi için A'nın zarara uğraması dahi şart değildir.

(iii) Son olarak, S'nin tedarikçisine uygun zamanda sipariş vermiş olduğunu ancak ülkede yaşanan siyasi olaylar sebebiyle sipariş vermesinin hemen ardından karayolu ulaşımının da durdurulduğunu

varsayalım. Bu durumda S'nin malların tesliminde gecikmesi onun kusurlu bir davranışından değil, ortaya çıkan mücbir sebepten kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak A'nın Ü'ye ceza koşulu ödemiş olması nedeniyle uğradığı zararın S tarafından tazmin edilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira tazminat sorumluluğu için kural olarak S'nin kusuruyla borcuna aykırı davranması gerekir.

Öte yandan A ve S arasındaki sözleşmede, gecikme haline özgü olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış olsaydı da, S bu ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalmayacaktı. Zira ceza koşulunun talep edilebilmesi için de borçlunun ilgili borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi, bir diğer ifadeyle, kural olarak kusurlu olması gerekecektir. Ancak karayolu ulaşımının durdurulmuş olması, S'nin borca aykırı davranmasının esas sebebi olduğundan, borçlunun kusurundan bahsedilemez.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, salt zarardan bağımsız olmasının ceza koşulunu alacaklı açısından tazminat yaptırımına kıyasla çok daha avantajlı kıldığı açıktır ve alacaklının menfaatinin borçlu ile karşılaştırıldığında daha korunmaya değer olduğu da söylenemez. Bu nedenle borca aykırılıkta kusursuz olması sebebiyle tazminattan sorumlu tutulamayacak borçluyu, ceza koşulundan da sorumlu tutmamak gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki ceza koşulunun kusurdan bağımsızlaştırılması tartışmasını, alacaklının da kusurunun olmadığı ve dolayısıyla alacaklı ve borçlu arasından birini tercih etmek zorunda kalınan gri alanda kalan borca aykırılık halleri üzerinde yürütmek gerekir. Zira taraflar arasındaki anlaşmada, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulunu ifa edeceği kararlaştırılmış da olsa, bu anlaşma kendiliğinden borca aykırılığın alacaklıdan kaynaklanması ihtimalini kapsamaz. Hem borca aykırılığa yol açan hem de bu aykırılığa bağlı ceza koşulunu talep eden alacaklı karşısında borçlunun imdadına koşula ilişkin bir düzenleme olan TBK m. 175 yetiştir. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, taraflardan biri koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır. Ceza koşulunun muaccel olması borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluna bağlıdır. Alacaklının herhangi bir fiili ile borçlunun borcuna aykırı davranmasına yol açması ise TBK m. 175(2) çerçevesinde değerlendirilecek ve bu durumda da koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır.

SONUÇ

Ceza koşulu anlaşması ile amaçlanan borçluyu ifaya güdülemek ve buna rağmen borcunu ifa etmemiş olan borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamını baştan belirlemektir. Ceza koşulunun bu amaçlardan hangisini merkezine oturttuğu konusu tartışmalı olabileceksede, kesin olan ceza koşulu anlaşmasıyla tarafların bu iki koşulu birlikte hedeflemesidir.

Özellikle borçlunun ifaya güdülenmesi için ceza koşulu olarak belirlenen tutarın, borca aykırılık durumunda ortaya çıkması beklenen zarardan daha yüksek olması hedeflenir. Bu da esasen ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Yine muhtemel zararı aşacak şekilde belirlenmesi sebebiyle ceza koşulunun, ceza ve tazminat karışımı bir yapıda olduğu kabul edilmelidir. Ceza koşulunu tazminattan ayıran husus kanımca alacaklının zarara uğramasına

gerek olmaksızın da talep edilebilmesidir. Yine bu farklılığa bağlı olarak, ceza koşulunun talep edilmesi için borca aykırılık ve zarar arasında nedensellik bağı bulunması de aranmaz. Zira nedensellik bağı ancak zarar kavramı ile bir arada düşünüldüğünde bir anlam ifade eder. Her ne kadar ceza koşulu işlevsel olarak tazminata çok yaklaşırsa da, ceza koşulunun zarardan bağımsızlığını tazminat kavramından yola çıkarak açıklamak güçtür. İşte ceza koşulunun ceza işlevi tam da bu hususu açıklamak için devreye girecektir. Ceza koşulu kararlaştırılırken olası bir zarardan daha yüksek bir tutarın belirlenmesi, esas olarak borçluyu ifaya güdülerken, tarafların borca aykırı davranan borçluyu cezalandırma niyetini de içinde barındırır. Öyle ki borca aykırılık sonucunda ortaya çıkan zararın, ceza koşulundan daha az olması da *ex ante* olarak yapılan değerlendirme ile ortaya konan bu ceza işlevini yadsımaz.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi için bu borca aykırılığa kusurlu bir davranışla sebep olmuş olması gerekir. Bunun anlamı ise borçlunun borca aykırı davranışa derecesi her olursa olsun ihmali bir davranış veya kasten sebep olmasıdır. Bu hallerde, borca aykırı davranış ve doğan zarar arasında nedensellik bağı da kurulmuşsa, borçlunun tazminat sorumluluğu doğmuş olacaktır. Bunun yanında kusura bağlı sorumluluk kuralını delen, kusursuz borçlunun da tazminattan sorumlu olmasını öngören düzenlemeler mevcuttur. Her ne kadar uygulama alanlarının yaygınlığı sebebiyle zaman zaman bu niteliğinde şüpheye düşülebilse de, kusursuz sorumluluk düzenlemeleri sorumluluk hukukunda istisna teşkil eder. Bu nedenle de bu hallerin kanunda düzenlenmesi gerekir. Duruma ceza koşulu açısından yaklaşılabileceği durumda, kanunun kusursuz borçludan ceza koşulunun talep edilebilmesine her halde izin veren bir düzenleme içermediği görülecektir. Ceza koşulu ve kusur arasında doğrudan bir bağlantı kuran yegane düzenleme TBK m. 180(2)'deki aşkın zarar düzenlemesidir ve aşkın zarar durumunda kusura ilişkin ispat yükünün tersine çevrilmesine ilişkindir. Ceza koşulu ve kusur arasında doğrudan olmasa bile yine bağlantı kurmaya imkan veren bir diğer düzenleme ise ceza koşulunun talep edilemeyeceği halleri sayan TBK m. 182(2)'dir. Bu son hükümde dikkat çeken ilk husus borçlunun kusurundan değil, sorumlu tutulabilmesinden bahsedilmesi; ikinci husus ise herhangi bir borca aykırılığa değil, özel olarak borcun imkansızlaşmasına vurgu yapılmış olmasıdır.

TBK m. 182(2)'nin borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple borcun ifasının imkansızlaşması durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceğine ilişkin düzenlemesi esasen ceza koşulunun fer'iliğine ilişkin bir düzenlemedir. Borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifa imkansızlığı borcu sona erdireceği için fer'i nitelikteki ceza koşulu talep edilemeyecektir. TBK m. 182(2) ve mehz kanunun aynı içerikteki düzenlemesine ihtiyaç duyulmasının sebebi ise kanımca 1881 İsviçre Borçlar Kanunu zamanında borçlunun kusuru olmamasına rağmen ceza koşulunu ifa etmek zorunda kaldığı bir halin mevcut olmasıdır. Bu hal ise borcun ifasının, borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal sebebiyle imkansızlaşmasıdır. Buradan yola çıkarak TBK m. 182(2)'nin ne anlatmak *istemediği* de açıklığa kavuşmuş olmaktadır. TBK m. 182(2) borçlunun sorumlu tutulamayacağı temerrüt veya kötü ifa hallerinde dahi ceza koşulunun talep edilmesine imkan vermez. Diğer bir ifadeyle TBK m. 182(2), borçluyu sorumlu tutulmadığı ifa imkansızlığı halinde ceza koşulundan kurtaran; diğer tüm borca aykırılık hallerinde ise kusuru olmayan ve dolayısıyla normalde sorumlu tutulmaması beklenen borçluyu ceza koşuluna ifaya mecbur bırakan bir düzenleme değildir.

Karşılaştırmalı hukukta ceza koşulu düzenlemeleri incelendiğinde de, borçlunun ancak borca aykırılıktan sorumlu tutulabileceği hallerde ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacağı anlaşılmaktadır. Bir hukuk sisteminin hangi hallerde borçluyu sorumlu tutacağı ise hukuk politikası tercihidir. Kimi ülkeler bu tercihlerini borçlunun garanti sorumluluğundan yana kullanırken, Türk-İsviçre hukukunun da aralarında olduğu kimi diğer sistemlerde borçlu kural olarak ancak kusurlu davranışı sebebiyle sorumlu tutulabilir. Ancak önemli olan sorumluluk için benimsenmiş olan ilkenin hem tazminat hem de ceza koşulu için geçerli olmasıdır. Özellikle ceza koşulunun tazminata olan işlevsel yakınlığı da düşünülecek olduğunda, bu iki yaptırım türü için aranan şartları ayırıştırmanın anlamı yoktur. O halde özellikle Türk-İsviçre hukuku açısından yapılan ceza koşulunun kusurdan bağımsız olup olmadığı tartışmasına da bu çerçeveden yanıt vermek gerekir. Borçlu, tazminat sorumluluğundan kurtulmasını sağlayacak bir durum olmadıkça, ceza koşulundan da sorumludur. Kusursuzluk, kural olarak borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtaracağından, ceza koşulunu ifa mecburiyetinden de kurtarır. Bunun istisnası ise borçlunun kusursuz olmasına rağmen tazminattan sorumlu tutulabileceği hallerdir. Kanunun kusursuz sorumluluk öngördüğü hallerde bu sorumluluk bir üst sınıra tabi tutulmuşsa, aynı sınırlama kusursuz borçludan talep edilecek ceza koşulu için de geçerli olmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki ceza koşulu ifaya zorlayıcı niteliği itibarıyla zarardan bağımsızdır ve zararın oluşmadığı veya buna bağlı olarak, nedensellik bağının olmadığı gerekçeleri tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırırsa da, borçluyu ceza koşulunu ifa mecburiyetinden kurtarmaz.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerinin incelemesi sırasında varılan bir diğer sonuç ise ceza koşulunun talep edilebilirliğinin borca aykırılık halleri arasında değişiklik göstermemesidir. Dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulabildiği imkansızlık, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme hallerinden her birinde, eğer taraf iradeleri bu yönde uyuşmuşsa, ceza koşulu talep edilebilir. İfa etmeme kavramının bir çatı kavram olarak kullanılması ve dolayısıyla borca aykırılık hallerinin bir bütün olarak ele alınması da TBK m. 182(2)'nin imkansızlığa hasredilerek değerlendirilemeyeceği görüşüne destek sağlamaktadır.

Mevcut düzenlemeler ceza koşulu ve tazminat yaptırımlarının talep edilebilmesinin borçlunun sorumlu tutulması şartına bağlı olduğunu göstermekte; özellikle kusur sorumluluğunun kural olduğu Türk-İsviçre hukukunda, ceza koşulunun her halde kusursuz borçludan da talep edilmesinin önünü açacak bir yoruma geçit vermemektedir. Kaldı ki ceza koşulu anlaşmalarının genel kuraldan sapmayı gerektirecek bir niteliği haiz olduğu da söylenemez. Oysa kanun koyucunun kusur sorumluluğundan sapmayı uygun gördüğü her durumda, bunu gerektiren bir ihtiyaç söz konusudur. Bu ihtiyaç sözleşme tipinden, edimin niteliğinden, borca aykırılığın özelliğinden veya borcun ifa usulünden kaynaklanabilir. Ancak kanunda özel olarak yasaklanan istisnai haller dışında her sözleşme tipinde, her türlü edimi temin edebilmek adına ve yine taraf iradelerinin üzerinde uyduğu her türlü borca aykırılık durumuna özgü olarak ceza koşulu kararlaştırılabilecektir. Ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı her olayda ise borçlunun, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmasını meşru kılacak bir zemin bulunmamaktadır. Kaldı ki kural olarak sorumlu tutulamayacak borçluyu ceza koşulunu ifaya mecbur bırakacak bir kusursuz sorumluluk düzenlemesi, amaçlarından biri borçluyu ifaya güdülemek olan ceza koşulu anlaşmasının mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Zira

tüm önlemleri almasına rağmen kendi kusuru olmayan bir durum sebebiyle dahi ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalabilecek olan borçlu, alabileceği önlemleri de almamayı seçebilir. Böylelikle borçlu ifaya güdülenmemiş olacaktır.

Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki ceza koşulu anlaşması yapılmış olmasını ayrı bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirmemek gerekir. Ceza koşulu anlaşmasının tarafı olan kusursuz borçlu ancak sözleşme ile bunu taahhüt etmiş veya mevcut diğer şartlar sebebiyle kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulabilecek durumdaysa kendisinden ceza koşulunun ifası talep edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akkanat Elif Beyza**, “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 23-61.
- Aksoy Hüseyin Can**, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 999-1018.
- Atamer Yeşim M.**, “Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger), İstanbul, 2018, s. 87-133 (Ceza Koşulu-Götürü Tazminat).
- Atamer Yeşim M., CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (CISG).
- Atamer Yeşim M.**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (ed. Mehmet M. İnceoğlu), İstanbul, 2012, s. 187-223 (Taşınır Satımı).
- Atamer Yeşim M./Altunbaş Sancak Zahide**, “Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?”, Prof. Dr. Türkan Rado Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 67-106.
- Baysal Başak, Zarar Görenin Kusuru, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Becker Hermann**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Hermann Becker), Art. 1-183 OR, Bern, 1945 (**BK/Becker**).
- Benli Erman**, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: ‘Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü’”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 300-316.
- Birinci Uzun Tuba**, Götürü Tazminat, Yetkin, Ankara, 2015.
- Boucard Hélène**, “Responsabilité contractuelle”, Répertoire de droit civil, Temmuz 2018 (Daloz veritabanı).
- Brox Hans/Walker Wolf-Dietrich**, Allgemeines Schuldrecht, 2020.
- Bucher Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988.
- Buz Vedat**, “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2017 s. 490-504 (Konventionalstrafe).
- Buz Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014.
- Bühler Theodor**, “Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht”, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (ed. Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier), Freiburg, 1982, s. 143-179.
- Cansel Erol/Özel Çağlar**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.

- Chantepie Gaël**, “Contrat : effets”, Répertoire de droit civil, Ocak 2018 (Dalloz veritabanı).
- Couchepin Gaspard**, “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II s. 1-30.
- Couchepin Gaspard**, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich, 2008 (Clause Pénale).
- Dagorne-Labbe Yannick, “Une indemnité de jouissance peut constituer une clause pénale – Cour de cassation, com. 14 juin 2016”, AJCA 2016, s. 387 (Dalloz veritabanı).
- Ehrat Felix R.**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Ekinci Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2015 (Ceza Koşulu).
- Ekinci Hüseyin**, “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 8, 2007, s. 21-28 (Kusur Sorunu).
- Engin Baki İlkay**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002.
- Erdem Mehmet**, La Clause Pénale : Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006 (Clause Pénale).
- Erdem Mehmet**, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 97-124 (Tazminat).
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2018 (Genel Hükümler).
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2018.
- Ergüne Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul, 2008.
- Fages Bertrand**, “Derrière les mots, la clause pénale”, RTD civ. 2008, s. 675 (Dalloz veritabanı).
- Forest Grégoire**, “Promesse de vente, indemnité d’immobilisation et clause pénale”, D. 2008, s. 2497 (Dalloz veritabanı).
- Gauch Peter**, Le contrat d’entreprise, Schulthess, Zürich, 1999.
- Giger Hans**, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (ed. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2016.
- Giovanoli Silvio**, Force majeure et cas fortuit en matière d’incrémentation des obligations, Genève, 1933.
- Günay Cevdet İlhan**, Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Hekim Aylin/Kaplan Mikail Bora**, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler 2017 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 165-189.
- Honsell Heinrich**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Huguenin Claire**, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012.
- İnceoğlu Murat M.**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek Yasemin**, Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018.
- Kapancı Berk**, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 655-683 (Götürü Tazminat).
- Kapancı Berk**, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 661-684 (Sözleşme Cezası)
- Kılıçoğlu Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- Kocaağa Köksal**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, 2018.
- Kocaağa Köksal**, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, s. 149-157.

- Koller Alfred**, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau – und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen (ed. Alfred Koller), St. Gallen, 1996 (Verspätungsstrafe)
- Koller Alfred**, “Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen”, AJP 1996, s. 1518-1521.
- Kren Kostkiewicz Jolanta**, Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2016.
- Kurt Müjde L.**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara, 2016.
- Legeais Dominique**, “Crédit-bail. Critère de qualification de la clause pénale”, RTD com. 2008, s. 610 (Daloz veritabanı)
- Magnier-Merran Kevin**, “Clause pénale: elle en avait la substance sans le nom – Cour de cassation, com. 6 décembre 2017”, AJ contrat 2018, s. 39 (Daloz veritabanı).
- Mazeaud Denis**, “Qualification de clause pénale : encore et toujours...”, Recueil Dalloz 2016, s. 1628 (Daloz veritabanı).
- Medicus Dieter/Lorenz Stephan**, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München, 2015.
- Müller-Chen Markus, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013 (OR 2020/Müller-Chen)
- Nomer Haluk Nami**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut**, Borçlar hukuku Genel Hükümler C. I – II, İstanbul, 2018.
- Ostendorf Patrick**, “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 977-981.
- Özçelik Ş. Barış**, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi Veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, 2283-2303.
- Özmen Saba/Aktaş Türkan**, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 39-54.
- Parlak Börü Şafak**, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 195-228.
- Pekmez Cüneyt**, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış”, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015, s. 489-522.
- Pichonnaz Pascal**, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013 (OR 2020/Pichonnaz)
- Picod Yves**, “Obligations”, Répertoire de droit civil, Haziran 2017 (Daloz veritabanı).
- Roth Pellanda Katja**, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 – CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (ed. Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), Zürich, 2016.
- Sanlı Kerem Cem**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2017.
- Suat Sarı**, “‘Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 299-304.
- Santoro Dimitri**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern, 2001.
- Serozan Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016 (İfa Engelleri).
- Serozan Rona**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

- Serozan Rona/Baysal Başak/Sanlı Kerem Cem**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2018.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Tolou Alborz**, La forfaitisation du dommage, Zurich, 2017.
- Tunçomağ Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963 (Cezai Şart).
- Tunçomağ Kenan**, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, 1 Banka Hukuku Dergisi (1962), s. 558-570.
- Uçar Salter**, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993.
- Weber Rolf H**, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Heinz Hausheer), Bern, 2000 (**BK/Weber**)
- Wiegand Wolfgang**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011 (**BSK/Wiegand**).
- Wuffli Daniel**, Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), Zürich, 2016.
- Yağcıoğlu Burcu**, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu, Ankara, 2019.