

İFAYA EKLENEN CEZAI ŞART PENAL CLAUSE ADDED WITH EXECUTION

Dr. Didem BAŞAR*

ÖZET

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut borcu hiç yada gereği gibi ödememesi halinde söz konusu olan bir hukuki müessese olup 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 158 ve 161. maddelerinde düzenlenmiştir. Cezai şart, borcun ifa edilmemesi yada sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmemesi halinde talep edilebileceğinden asıl edime ve geciktirici şarta bağlı edim olarak nitelendirilebilir. Cezai şart, genellikle para borçlarında söz konusu olsa da ekonomik değer taşıyan bir edim içinde cezai şart kararlaştırılması mümkündür. Cezai şartın talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğramasına gerek olmadığı gibi borçlunun kusurunun da bulunması gerekmez. Bu nedenlerle alacaklının zarar ve kusuru ispat külfeti bulunmaz. İfaya eklenen cezai şart TBK m.158/2 gereğince, borcun belirlenen yer ve zamanda yerine getirilmemesi halinde talep edilebilse de anılan madde emredici hüküm niteliğinde olmadığından borcun gereği gibi ifa edilmediği başka hallerde de ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılabilir. Hem ifanın hem de cezai şartın birlikte talep edilebileceği sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasa da sözleşmedeki ifade, halin icabına göre tarafların iradelerinin ifaya eklenen cezai şart kararlaştırılma yönünde olduğu sonucuna varılabilir. TBK m.158/2 ye göre, alacaklının feragati ve ihtirazi kayıta bulunmaksızın asıl borcu kabulü ifaya eklenen cezai şartı talep hakkını düşürmektedir. Alacaklı açıkça kararlaştırılan cezai şarttan vazgeçmişse yada ifanın bitmediğinin hatırlatılması anlamına gelen ihtirazi kayıta bulunmadan ifayı kabul etmişse daha sonra hem ifayı hem de cezai şartı talep edemeyecektir. İhtirazi kayıt bildiriminin alacaklı tarafından borçluya bildirilme zamanına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmasa bile doktrin ve Yargıtay uygulamasında ihtirazi

* Erciş Hakimi, didembasar@hotmail.com

kayıt bildirimiminin ifayı kabulden önce, kabul sırasında, en geç kabulden hemen sonra borçluya bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İhtirazi kayıt bildirimini kanunda herhangi bir şekilde tabi kılınmasa da ifanın ticari işletmeyi ilgilendirmesi söz konusu ve taraflarda tacirse Türk Ticaret Kanununun 17.maddesinin 3.fıkrası gereği, noter, iadeyi taahhütlü mektup veya telgrafla yapılmalıdır. İhtirazi kayıt olmadan asıl borcun ifasının kabulü cezai şartı talep hakkını kanun gereği ortadan kaldıracaktır.

Anahtar kelimeler: ifa, ceza, cezai şart, alacak, borç

ABSTRACT

The penal clause was established in Articles 158 and 161 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, which is a so-called legal institution in which the borrower's current borrowing against the creditor is zero or not. The penal clause may be referred to as the actual act of deliberation and delay, as it may be demanded if the debt is not exercised in accordance with the contract. The penal clause is usually a matter of money, but it is possible to decide criminal conditions in an act of economic value. In order for the criminal condition to be demanded, the creditor does not have to suffer any damage, nor does the debtor have to be flawed. For these reasons, creditor does not have burden of proving the damage and malfunction. Penal requirement added to the statement In accordance with TBK Article 158/2, the penal clause added to the statement can be decided even in cases where the debtor is not fulfilled at the time and place where the debtor is determined, but the article is not an imperative provision.

Although both the performance and the penal clause are not explicitly agreed upon in the jointly demanded clause, the expression in the contract can be concluded as the result of the fact that the wills of the parties are in the direction of deciding the penal clause added to the expression. According to TBK m.158 / 2, the waiver of the creditor and the reservation of the claim reduce the entitlement to the penal clause added to the acceptance of the actual debt without registration. If the creditor has given up on the explicitly agreed criminal terms, then the reservation, which means that it is reminded that the execution has not ended, will not be able to demand both the expression and the penal clause later if he accepts the execution without the record. Even if there is no clear regulation on the time of notification of the objection by the creditor to the debtor, it is considered that the doctrine and the application of the Court of Cassation must be notified to the debtor immediately before acceptance, at the time of acceptance.

Although it is not subject to any form of objection in the declaration of objection, it is the responsibility of the commercial operator to take care of the transaction, and if the transaction is between the parties, pursuant to paragraph 3 of Article 17 of the Turkish Commercial Code, notary, must be done by registered letter or telegram. The acceptance of the act of indebtedness without registering the objection will remove the right to demand the punishment from the requirement of law.

Key words: execution, penal, penal clause, credit, debt

GİRİŞ

Günümüzün ekonomik ve sosyal koşulları, sözleşmenin gereği gibi ifasını temin amacıyla, hukuki ilişkiye giren tarafları cezai şart kararlaştırmaya sevk etmektedir. Borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde borçlunun alacaklıya bir miktar para ya da para ile ölçülebilen bir edimi vermesi şeklinde alacaklı ile borçlu arasında asıl sözleşmenin kuruluşu aşamasında ya da daha sonra ayrıca bir sözleşme ile öngörülen cezai şart, alacaklının alacağına 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 96. maddesinde öngörülen koşulları sağlamasına gerek kalmaksızın kavuşmasını sağlarken borçlunun da borcunu yerine getirmek için daha fazla çaba göstermesini sağlamaya yönelik bir müessesedir.

Makalemizde öncelikle, cezai şart kavramı, cezai şartın özellikleri, şekli, hukuki niteliği genel olarak ele alındıktan sonra cezai şart türlerine kısaca değinilerek asıl çalışma konumuzu oluşturan ifaya eklenen cezai şart kavramı, ifaya eklenen cezai şartın gündeme geldiği haller, işlevi ve amacı, alacaklının cezai şartı talep hakkını ortadan kaldıran feragat ve ihtirazi kaydın ileri sürülmemesi halleri, feragat ve ihtitazi kayıt kavramlarının özellikleri çerçevesinde değerlendirilmiş olup, Borçlar Kanunumuzun 158.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ve 113. maddesi birlikte incelenmiş, son olarak da benzer müesseselerden olan temerrüt faizi, gecikme zammı ve götürü tazminat, ifaya eklenen cezai şart ile benzerlik gösteren ve farklılık arz eden yönleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

I- CEZAI ŞART KAVRAMI

Cezai şart kavramı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 158 ve 161.maddeleri arasında düzenlenmiş olup sözleşmeden doğan borçlarda güvence niteliğinde olan bir kurumdur.¹ Cezai şartı oluşturan sözcüklerden ceza kavramı, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda bir ödemede bulunma yaptırımını, şart kavramı ise borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesini ifade eder.² Dolayısıyla, cezai şartın talep edilebilmesi, şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Borç ilişkisinde alacaklının amacı, borcun kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır.³ Alacaklı borçlunun edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmeme ihtimalini göz önüne alarak alacağını güvence altına almak isteyebilir.⁴ Cezai şartta kararlaştırılan ceza miktarı kural olarak tazminat miktarından yüksek tutulmakta olduğundan borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için daha fazla çaba sarf edecektir.⁵

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç ya da sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmemesi halinde ödemeyi taahhüt ettiği hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir.⁶ Öğretide bazı yazarlar cezai şartı, “borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlem”⁷ bazı yazarlar da “borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklıya ödenmesi gereken edim olarak tanımlamıştır.⁸ İlk tanım, hukuksal işlemi, ikinci ise hukuksal işlemle kararlaştırılmış asıl borcun dışında bir edimi ifade etmektedir.⁹

¹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.583; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2016, s.65

² Kılıçoğlu, s.583

³ Kılıçoğlu, s.583

⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.1133; Kılıçoğlu, s.583

⁵ Eren, 2017, s.1133

⁶ Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul1963, s.6; Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018, s.868; Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.341

⁷ Oğuzman/Öz, s.870

⁸ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Cilt I, Ankara 1987,s.1169

⁹ Köksal Kocağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.34

Cezai şartın muacceliyeti asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine bağlıdır. Asıl borç bölünemez bir edime ilişkinse borçlulardan birinin borca aykırı davranmasıyla cezai şart muacceliyet kazanır.¹⁰ Cezai şart muaccel olduktan sonra bağımsız bir borç niteliğini kazanır.¹¹

II-CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ VE KUSUR İLE İLİŞKİSİ

Cezai şart, sözleşmeden doğan borçlarda kendini gösterdiğinden akdi cezadır.¹² Cezai şart, tarafların iradelerine dayandığından kanunla cezai şart düzenlemesi yapılamaz,¹³ sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılabildiğinden ölüme bağlı tasarruf ile cezai şart kararlaştırılmaz.¹⁴

Cezai şart, geciktirici şarta bağlı bir edim olup geciktirici şart, borcun ifa edilmemesi ya da kötü ifasıdır.¹⁵

Cezai şart, genellikle alacaklıya bir miktar paranın ödenmesi şeklinde ortaya çıksa¹⁶ da para ödeme dışındaki edimler de cezai şart olarak kararlaştırılabilir; ancak, bu edimin ekonomik değer taşıyan bir edim olması gerekir.¹⁷ Yasal bir sınırlama getirilmediğinden bütün sözleşmeler için cezai şart kararlaştırılabilmesi mümkündür.¹⁸ Kural olarak, eksik borçların da cezai şarta bağlanması mümkündür. Ancak kumar ve bahis borcundan doğan eksik borçlar cezai şarta bağlanamaz.¹⁹

Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun borcunu sözleşmeye uygun yerine getirmediğinde cezai şart ilke olarak ödenir.²⁰ Borçlar Kanunumuzun 159.maddesinin I.fıkrasında ifade edilen, “alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur.” hükmü, cezai şartın talep edilmesinin alacaklının borcun gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle

¹⁰ Haluk.N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s.223

¹¹ Eren, 2017, s.1135

¹² Nomer, s.223

¹³ Eren, 2017, s.1134

¹⁴ Eren, 2017, s.1134

¹⁵ Eren, 2017, s.1134

¹⁶ Oğuzman/Öz, s.871; Ayan, s.65; Eren, 2017, s.1134

¹⁷ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.440; Oğuzman/Öz, s.871; Ayan, s.65

¹⁸ Kılıçoğlu, s.583-584

¹⁹ Oğuzman/Öz, s.870; Kılıçoğlu, s.583; Tekinay/Akman /Burcuoğlu/ Altop, s.844

²⁰ Kamil Haluk Gökçeoğlu, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s.54

zarara uğramasının gerekmediğini gösterir. Taraflar alacaklının zararı ispatlamasını kararlaştıramayacağı gibi borçlunun hiçbir zararın doğmadığını ispat ederek cezadan kurtulabilmesine ilişkin hüküm de koyamaz.²¹ Anılan maddenin II. fıkrasına göre, alacaklı zarara uğramış olup da zararı, cezai şartı aşılırsa, bu zararın tazmini için borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olması gereklidir.²² Akdi ilişkilerde borca aykırı hareket halinde Borçlar Kanununun 96. maddesi gereğince, kusurun meydana geldiği kabul edildiğinden borçlunun tazminat ve cezadan kurtulması için kusursuzluğunu ispatlaması gerekir. Cezai şartta ilişkin olarak Borçlar Kanununun 96.maddesinden farklı bir çözüm yolu benimsenmiştir. 96. maddeye göre, borçlunun sorumluluktan kurtulması kusursuzluğunu ispatlamasına bağlıken burada alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması gerekir:²³ ancak, 159. madde emredici hüküm niteliğinde olmadığından tarafların aksini kararlaştırması mümkündür.

²¹ Necip Bilge, Cezai Şart, Esat Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s.109

²² Kılıçoğlu, s. 591

²³Kılıçoğlu, s. 591;Gökçeoğlu, s.56

III-CEZAI ŞARTIN ŞEKLİ

Cezai şart, asıl sözleşmenin yapıldığı sırada sözleşmede yer alabileceği gibi asıl sözleşmenin yapılmasından sonra bağımsız bir sözleşme ile kararlaştırılabilir.²⁴

Cezai şartın şekli konusunda kanunla getirilmiş bir düzenleme bulunmamaktadır. Cezai şart, asıl borç niteliği taşımayıp fer'i bir borç olduğundan asıl sözleşmenin tabi olduğu şekil cezai şart için de geçerli olmalıdır.²⁵ Asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise ya da taraflar sözleşmeyi şekle tabi kılmışsa cezai şartın da asıl sözleşme için öngörülen şarta uygun yapılması gerekir. Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olduğundan taşınmaz satışı için öngörülen cezai şart da resmi şekilde yapılmalıdır.²⁶

Borçlar Kanunumuzun 161.maddesinin II. fıkrasında yer alan ‘...hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuşsa, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez’ hükmü de cezai şart’ın fer'i bir borç olmasının sonucudur. Bu maddeye göre asıl borç kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ererse aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça cezai şart ödeme borcu ortadan kalkar.²⁷

²⁴ Eren, 2017, s.1135; Reisoğlu, s.440; M.Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2014, s.166

²⁵ Eren, 2017, s.1134

²⁶ Tunçomağ, s.61

²⁷ Eren, 2017, s.1139

IV- CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Cezai şart, sözleşmenin borçluya yüklediği edimin zamanında, yerinde ve tam olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla borcun sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmemesinden kaynaklanacak zararların tazminini de göz önüne alarak tarafların sözleşmeye ekledikleri ya da ayrıca kararlaştırdıkları yan borçtur.²⁸

Cezai şart, başlı başına bir borç teşkil etmez. Cezai şartın söz konusu olabilmesi için asıl borcun varlığı gerekir.²⁹ Asıl borç mevcut ve geçerliyse cezai şart borç doğurur. Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin II. fıkrasında yer alan “Ceza, kanuna ve ahlaka mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuşsa, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” hükmüne göre cezai şart, hukuka ve ahlaka aykırı bir borcu garanti etmek amacıyla kararlaştırılmışsa ya da asıl borcun ifası borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşmışsa fer’ilik niteliği nedeniyle asıl borç ortadan kalktığından cezai şart da talep edilemeyecektir. Cezai şart, asıl borca yaptırım olarak bağlıdır, borca aykırılık söz konusu olursa fer’i bir borç olarak doğacaktır.³⁰ Yasanın emredici hükmüne uygun olmak koşuluyla her geçerli borç için cezai şart kararlaştırılması mümkündür.³¹ Asıl borç, verme yapma ya da yapmama borcu olabilecektir³²

Cezai şart fer’i nitelikte bir borç olduğundan asıl borca karşı ileri sürülebilecek itirazlar cezai şarttan doğan borca karşı da ileri sürülebilecektir.³³

Asıl borcun sona ermesi, cezai şartı da ortadan kaldıracaktır.³⁴ Asıl borç ilişkisini doğuran sözleşme herhangi bir şekilde hukuksal nedenlerden ötürü geçerlilik kazanamamışsa cezai şarta ilişkin sözleşme esas ya da

²⁸ Halil Yılmaz, İhtirazi Kayıt, Ankara 2007, s.260

²⁹ Eren, 2008, s.1134;Kılıçoğlu, s.584;Yılmaz, s.261; Tekinay/Akman /Burcuoğlu/ Altop, s.392; Reisoğlu, s.440; Oğuzman/Öz, s.872; Ayan, s.66

³⁰ Yılmaz, s.261

³¹ Yılmaz, s.261

³² Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I İstanbul 1995, s.457

³³ Yılmaz, s.261

³⁴ Eren, 2017, s.1139

şekli şartlar açısından tamamlanmış olsa da cezai şartın geçerlilik kazanması mümkün değildir.³⁵ Cezai şartın talep edilebilmesi için, bağlı olduğu asıl borcun varlığını geçerli bir şekilde sürdürüyor olması ve muaccel olması gerekir.

36

V-CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

A) Seçimlik Cezai Şart

Borçlar Kanunumuzun 158.maddesinin I. fıkrasında ifadesini bulmuş olan seçimlik cezai şart maddede şu şekilde açıklanmıştır. ” Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.” Bu madde borca aykırı davranan borçluya ifası gereken edim yerine, kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma imkânı sağlamaktadır. Burada alacaklıya tanınmış olan yenilik doğuran seçimlik hak söz konusudur.³⁷ Alacaklı borçlunun aynen ifada bulunmasını isterse cezai şartı talep edemeyecektir. Borçlar Kanunu m.158/I hükmü emredici nitelikte olmadığından tarafların aksini kararlaştırması mümkündür. Taraflar, sözleşmede borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde, alacaklının cezai şartı talep edebileceğini öngörebilir.³⁸

³⁵ Yılmaz, s.262

³⁶ Karahasan, s.1672

³⁷ Kılıçoğlu, s. 586

³⁸ Kılıçoğlu, s. 587

B) İfa Yerine Cezai Şart

Burada borçlunun borca aykırı davranması aranmaz. Borçlu ya ifada bulunacak ya da cezai şartı ödeyecektir.³⁹ Seçimlik cezai şartta seçim hakkı alacaklının iken ifa yerine cezai şartta seçim hakkı borçluya aittir.

C) İfaya Eklenen Cezai Şart

Cezai şartın bu türü için kanunda belirli bir kavram kullanılmamış, doktrin ve uygulamada ise “ifaya eklenen cezai şart”⁴⁰, “toplu veya ekli ceza”⁴¹, “ifayla birlikte istenebilecek sözleşme cezası”⁴², “çifte ceza”⁴³ şeklinde ifadeler kullanılmıştır.

Borç ilişkisinden doğan edim, cezai şarta bağlanmışsa bu edimin ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, yalnızca cezanın mı, yoksa ceza ile birlikte ifanın da mı talep edilebileceği hususunun taraflar arasında serbestçe kararlaştırılması mümkündür.⁴⁴ Borçlar Kanunumuzun 158. maddesinin II. fıkrasında ifadesini bulan ifaya eklenen cezai şart, şu şekilde tanımlanmıştır: “Akdin muayyen zamanda ve meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmişse, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilecektir. Meğerki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.” Bu hükme göre, borçlu borcunu gereği gibi yerine getirmemiş ve cezai şart muaccel olmuşsa alacaklı borçludan hem ifayı hem de cezai şartı talep edebilecektir.⁴⁵ Bu hükümle, borca ilişkin edimin belli zamanda ya da kararlaştırılan yerde ifa edilmemesinden, alacaklı aleyhine doğacak

³⁹ Kılıçoğlu, s. 587

⁴⁰ Tunçomağ, s.45;Karahasan, s.1315

⁴¹ Bilge, s.104

⁴² Oğuzman/Öz, s.866

⁴³ H.Avni Göktürk, Borçlar Hukuku, II. Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s.597

⁴⁴ Bilge, s.97;Oğuzman/Öz, s.866; Tunçomağ, s.46; VonTuhr Andreas,(Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2, İstanbul 1985, s.767

⁴⁵ Eren, 2017, s.1139; Kılıçoğlu, s. 587 Asıl borcun bir para borcu olması ve borçlunun bunun ifasında temerrüde düşmesi halinde, alacaklı cezai şart yanında temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi de isteyebilir. (Helvacı. M, s.90-91) Zira ortada bir para borcu söz konusu olup, bu borcu ifada temerrüde düşen borçlu, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz ödemek zorundadır. Temerrüt faizi temerrüt tarihinden itibaren başlar. Ayrıca, cezai şartın para olarak kararlaştırılması halinde, borçlu cezai şartı ödemede temerrüde düştüğü tarihten itibaren, 3095 sayılı kanun uyarınca yine temerrüt faizi ödemek zorundadır.(Tunçomağ, s.112)

zararların telafi edilmesi taahhüt edilmiş olmaktadır. Tarafların bu şekilde kararlaştırmış olduğu cezai şart türü ifaya eklenen cezai şart olarak adlandırılmaktadır.⁴⁶ İfaya eklenen cezai şartta taleplerin birleşmesi söz konusudur.⁴⁷ Bu nedenle, bu tür cezai şartı toplu veya ekli cezai şart olarak ifade edenler⁴⁸ de vardır. İfaya eklenen cezai şart, özel bir anlaşma ya da kanun hükmüne dayanır. Bu cezai şart türü, özellikle borcun geç ifasında gündeme gelen ve uygulamada en çok rastlanan cezai şart türü⁴⁹ olup, özellikle rekabet yasağında, uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁰

İfaya eklenen cezai şartın seçimlik cezai şarttan farkı, alacaklının aynen ifa ya da cezayı talep etmek konusunda ikisinden birini seçmek zorunda olmayıp her ikisini de talep yetkisine sahip olmasıdır. İfaya eklenen cezai şart, asıl borcun belli edilen zamanda ya da kararlaştırılan yerde yerine getirilmemesi şartının gerçekleşmesiyle doğar, muaccel oluncaya kadar asıl borca bağlıdır. Borçlar Kanununun 158. maddesine göre ifaya eklenen cezai şart iki türlü borca aykırılık halinde gündeme gelmektedir. Bunlardan birisi borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesidir. ikincisi de kararlaştırılan yerde ifa edilmemesidir. Taraflar, gecikme süresince ödenecek rakamı belirlemişse ve bunu ceza olarak nitelermişse tarafların açık iradesiyle ifaya eklenen cezai şart kararlaştırmış olduğundan bahsetmek gerekir.⁵¹ Sözleşmede herhangi bir oran zikredilmeden gecikme süresine bağlı belli miktar para ya da gecikme nedeniyle toplu miktar para ödenmesi kararlaştırılmışsa da ifaya eklenen cezai şart söz konusu olacaktır.⁵² Örneğin istisna sözleşmesinde işin ücretini vadesinde ödemeyen iş sahibinin 20.000 YTL ya da geciktiği her ay için 3.000YTL ödemesi kararlaştırmışsa ifaya eklenen cezai şart söz konusudur.⁵³ Borçlar Kanunumuzun 158. maddesinde sayılan ikinci borca aykırı hal ise borcun kararlaştırılan yerde ifa edilmemesidir; ancak, tarafların bu iki hal dışındaki borca aykırılık hallerinde de ifaya eklenen cezai şart kararlaştırabilmesi mümkün olduğu gibi bu iki ihlal hali için seçimlik cezai şart kararlaştırılabilmesi de

⁴⁶ Yılmaz, s.260

⁴⁷ Eren, 2017, s.1137; Kılıçoğlu, s.587-588; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara 2002, s.83

⁴⁸ Bilge, s104

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s.878

⁵⁰ Eren 2017, s.1137

⁵¹ Gökhan Dirican, Eser Sözleşmelerinde Temerrüde Bağlı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007 s.165

⁵² Dirican, s.165

⁵³ Dirican, s.165

mümkündür.⁵⁴ Zira 158.madde emredici hüküm değildir. Sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart yanında temerrüt faizi de istenmesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte tarafların aksini kararlaştırması mümkündür.⁵⁵

Türk/ İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda, ifaya eklenen cezai şart gereği gibi ifa etmeme hallerinin hepsi için kabul edilmiştir.⁵⁶ Alman Medeni Kanununun 341. paragrafında, borçlunun taahhüdünü gereği gibi ifa etmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmışsa alacaklı hem asıl borcu hem de cezai şartı isteyebilir hükmü yer almakta olup borcun ifa edilmemesi 341. paragrafta örnek niteliğinde gösterilmiştir.⁵⁷ Alman yasalarında, edimin belirtilen yerde ifa edilmemesi ya da iyi kalitede ya da gereken miktarda olmaması edimin eksik ifası sayılmıştır. Ancak, kısmi ifa ayıplı ya da eksik ifa değildir. Bu halde doğrudan doğruya ifa etmeme söz konusudur.

Fransız hukuku da Türk/İsviçre ve Alman hukukundan farklı olarak, Fransız Medeni Kanununun 1231. maddesinin II. fıkrasında, borcun zamanında ifa edilmemesi için cezai şart kararlaştırılması halinde ifa ile cezai şartın birlikte istenebileceğini, düzenleyerek ifaya eklenen cezai şartı yalnız bu halde öngörmüştür.⁵⁸

Hukukumuzda ifaya eklenen cezai şartın kanundan ya da sözleşmeden doğması mümkündür. Bu anlamda 158. maddenin II. fıkrası, özel bir hüküm olup ifanın belirlenen bir yerde ya da zamanda yapılmaması halinde kanundan doğan ifaya eklenen cezai şart söz konusudur. Durumun gereğinden ya da hukuki ilişkinin niteliğinden de ifaya eklenen cezai şartın varlığını çıkarmak mümkündür.⁵⁹Cezai şartın amacı da cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olup olmadığını belirleyebilmektedir. Örneğin bir kira sözleşmesine kiracının belirli saatler dışında piyano vs. çalması gibi apartman düzenine aykırı hareketleri için cezai şart kararlaştırılmışsa ifaya eklenen cezai şart söz konusu olacaktır. Bu durumda kiralayan borcun yerine getirilmemesi halinde, kiracının hem cezai şartı ödemesini

⁵⁴ Tekinay/Akman /Burcuoğlu/ Altop, s.351; Tunçomağ, s.46; Oğuzman/Öz, s.878; Kılıçoğlu, s.588

⁵⁵ Mehmet Helvacı, “Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı”, İstanbul 2000, s.90

⁵⁶ Gökçeoğlu, s.32

⁵⁷ Alman yasalarında, edimin belirtilen yerde ifa edilmemesi ya da iyi kalitede ya da gereken miktarda olmaması edimin eksik ifası sayılmıştır. Ancak, kısmi ifa ayıplı ya da eksik ifa değildir. Bu halde doğrudan doğruya ifa etmeme söz konusudur. Gökçeoğlu, s.32

⁵⁸ Kocaağa, s.152

⁵⁹ Özellikle rekabet yasağı sözleşmelerinde ifaya eklenen cezai şart uygulama alanı bulur. Eren 2017, s.1137

hem de apartman düzenine uymasını isteyebilecektir.⁶⁰ Bunun seçimlik cezai şart olarak nitelendirilmesi halinde, cezai şartın borçluyu edimini ifaya zorlama amacı gerçekleşmez.⁶¹ Kiralayan için de cezai şart kararlaştırılmış olabilir. Cezai şart kararlaştırılmış olmasına rağmen kiralayan kiralananı üçüncü kişiye satmışa burada da ifaya eklenen cezai şart gündeme gelecektir.⁶²

Cezai şartın miktarının çok küçük olması da çoğu zaman bunun ifaya eklenen cezai şart olduğunu gösterir.⁶³

1)İfaya Eklenen Cezai Şartın Gündeme Geldiği Haller

Borçlar Kanunumuzun cezai şarta ilişkin m.158/II hükmü, emredici nitelikte olmadığından, borcun belirlenen yer ve zamanda yerine getirilmemesi halinde sadece cezai şartın ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi, bu haller dışında da borcun gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olduğunda hem ifanın hem de cezai şartın talep edilebileceğinin kararlaştırılması mümkündür.⁶⁴

İfa yeri ve zamanına ilişkin tarafların anlaşması söz konusu ise hem ifanın hem de cezai şartın talep edilebilecektir. Sadece bir tarafın ifa yeri ya da zamanına ilişkin beyanı yeterli değildir; ancak, borçlu alacaklının bu şekilde bir beyanına uzun ve makul bir süre itiraz etmezse dürüstlük kuralına göre zımni bir kabulün varlığından söz edilir.⁶⁵

Sözleşmenin tarafları, hem cezai şartın hem de ifanın birlikte talep edilebileceğini sözleşmede açıkça kararlaştırabilecekleri gibi, genel nitelikteki ifadelerinden, hal ve durumun gereklerinde, hukuki ilişkinin niteliği ve cezai şartın amacından da tarafların iradesini bu şekilde olduğu çıkarılabilir.⁶⁶

a) Hukuki İlişkinin Niteliği ve Amacı

⁶⁰ Tunçomağ, s.46-47

⁶¹ Kocağa, s.152

⁶² Gökçeoğlu, s.33

⁶³ Gökçeoğlu, s.33

⁶⁴ Bilge, s.102-103;Tunçomağ, s.113

⁶⁵ Saymen Ferit Hakkı/Elbir Halid , Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt I, Ankara 1958, s.670-671

⁶⁶ Bilge, s.102-103

Cezai şart konulmasında alacaklının amacı, borçlunun edimini yerine getirmesi konusunda güvence elde etmektir. Cezai şartla temin edilmiş olan asıl borcu doğuran ilişkinin amacı ve niteliği ifaya eklenen cezai şartın varlığı yönünde kanaat uyandırabilir. Örneğin, taraflar kira akdinde evde yüksek sesle müzik dinlenmesi gibi bazı hallerde cezai şart ödenmesini kararlaştırmış olabilir.

Bu durumda kiracının amacının, hem kiracının sözleşmeye uymasını sağlamak hem de bazı taahhütlerin ihlali halinde cezai şartı talep etmek olduğu açıktır.⁶⁷ Birden fazla defa ihlal edilmesi söz konusu olabilen bu tür edimlerde Seçimlik cezai şartın olduğu kabul edilirse, borcun ihlali üzerine cezai şartı bir defa ödeyen borçlu bu türde bir ihlali üzerine tekrar ceza ödemek zorunda kalacaktır. Oysa burada seçimlik cezai şartın olduğunu kabul edersek, cezai şartın istenmesi asıl alacaktan vazgeçilmesini gerektirecektir.⁶⁸ Rekabet yasağına ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şart için de aynı durum söz konusudur. Rekabet yasağından vazgeçilmesi şartıyla cezai şartın talep edilebilecek olmasının kabulü, alacaklının rekabet yasağı ile korunmak istenen menfaatine ters düşeceğinden, alacaklının cezai şarttan beklediği yarar sağlanmamış olacaktır.⁶⁹

Hizmet akdinden kaynaklanan rekabet yasağı farklılık arz etmektedir. TBK m.352/1 hükmü gereğince işçi kararlaştırılmış olan cezai şartı ödemek suretiyle rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirebilecektir. TBK m. 351/son hükmü gereğince iş sahibinin toplu talepte bulunabilmesi, sözleşmede bu hakkın yazılı olarak korunması ve işçinin hareket tarzıyla korunan menfaatin toplu talepte bulunabilmeyi haklı gösterir nitelikte olmasına bağlıdır. Bu şartlar yoksa alacaklı iş sahibinin, cezai şartın ödenmesi veya rekabet yasağı yükümlülüğünün devam ederek zararlarının tazmininden birini talep etmesi mümkündür.⁷⁰

b) Cezai Şart Miktarının Çok Az Olması

Cezai şart miktarı çok az kararlaştırılmışsa, tarafların açık iradelerinin bulunmaması nedeniyle, alacaklının asıl edim ya da cezai şarttan birini talep etmek durumunda olması halinde, cezai şartın alacaklının zararını tazmin

⁶⁷ Bilge, s103

⁶⁸ Tunçomağ, s.45; Göktürk, s.597

⁶⁹ Tunçomağ, s.45

⁷⁰ Bilge, s103

ve borçluyu ifaya zorlama işlevi yerine gelmez;⁷¹ ancak, cezai şart miktarı, borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesinden doğan gecikme tazminatından açıkça fazla olduğu ve karşılaştırılmış olan cezanın akdin ifa edilmemesinde doğan müspet zararın tazminine yönelik olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda seçimlik cezai şartın karşılaştırılmış olduğu kabul edilmelidir.⁷²

2)İfaya Eklenen Cezai Şartın İşlevi ve Amacı

a) İfanın Gerçekleşmesini Sağlama

Cezai şart anlaşmasıyla borçlanılan edim, asıl borcun hiç ya da gereği gibi ödenmemesi nedeniyle oluşan zarar telafi etmeye yönelik bir fonksiyona sahiptir. Bu özellik, ifaya eklenen cezai şart türünde daha belirgindir.⁷³

İfaya eklenen cezai şartın en önemli amacı, asıl borcu güçlendirerek teminat altına almaktır. İfaya ekli ceza, asıl sözleşmenin yanında borçluyu sözleşmeden doğan borcu gereği gibi yerine getirmeye zorlamak için karşılaştırılır.⁷⁴ Bu durumda borçlu üzerindeki asıl edimin ifasına yönelik baskı da artacağından⁷⁵ borçlu asıl borcunu ifa ederek ifaya eklenen cezai şattan kurtulmak için bir gayret içinde olacaktır.⁷⁶

b)Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi İşlevi

İfaya eklenen cezai şartın karşılaştırıldığı hukuki ilişkide, tarafların muhtemel zararı önceden götürü olarak tespit etmeleri söz konusu olduğundan zararın ve kusurun ispatı sorunu çözümlenmiş olacaktır. Cezai şartın talep edilmesi zarar şartına bağlı olmadığından, cezai şart, borca aykırılık nedeniyle meydana gelen zararın ve tazminatın

⁷¹ Bilge, s.103

⁷² Tekinay/Akman /Burcuoğlu/ Altop, s.350

⁷³ Bilge, s.104

⁷⁴ Bilge, s.83

⁷⁵ Tunçomağ, s.49

⁷⁶ Bilge, s.83

belirlenmesinde kolaylık sağlamakta ve kararlaştırılan cezai şart bakımından alacaklının ispat yükü bulunmamaktadır.⁷⁷

3) BK.m.158/2 Gereğince İfaya Eklenen Cezai Şartı Talep Hakkını Düşüren Haller

a) Feragat

Alacaklı cezai şart talep hakkından açıkça feragat etmişse cezai şartın ifasını talep edemeyecektir. Alacaklının cezai şarttan vazgeçmesi feragat niteliğinde olup borçlunun cezai şart borcundan ibra edilmesi olarak değerlendirilebilir.⁷⁸ Feragat iradesi, ister zımni ister açıkça ortaya konulmuş olsun feragat edilen hak dava yoluyla talep edilemez. TBK m.158/2'nin ikinci cümlesinde feragatın açık olması şart kılınarak alacaklının bir zarara uğrama korkusu olmaksızın cezai şart ileri sürmeyi geciktirebilmesi sağlanmıştır.⁷⁹ Alacaklının cezai şart talebinden vazgeçtiğini borçlu ispatlayacaktır. Dava yoluyla hak talebinde bulunmak, hakkın maddi hukuk bakımından mevcut olmasına bağlıdır.⁸⁰ Borçlar Kanunumuzun 158.maddenin 2.fıkrasının 2.cümlesi, cezai şart talep etme hakkına sahip olan alacaklıya asıl borcun sona ermesine rağmen cezai şart hakkının korunmasına imkan vermektedir. Borçlar Kanunumuzun 113. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bir haktan feragat değil hakkın korunmasını gerektiren durum söz konusudur.⁸¹ Gerek doktrin gerek mehz İsviçre Kanunu ve buna paralel hüküm içeren Alman Kanun uygulamalarında, ihtirazi kayıt dermeyan edilmemesi halinde, alacaklının feragat kasdının aranmayacağı, ihtirazi kayıt ileri sürülmediği takdirde cezai şart talep hakkının kanun gereği(ex lege) sona ereceği kabul edilmektedir.⁸² İhtirazi kayıt ileri sürmeden ifanın kabulü söz konusuysa alacaklının feragat kasdının olup olmadığı dikkate alınmaz, bu durumda cezai şart kanun gereği gerçekleştiğinden alacaklı tarafından hukuki işlem

⁷⁷ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Zamanında Tesliminde Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt III, s.1-2, Haziran Aralık, 1999, s.78vd

⁷⁸ Arif Kocaman, BK.m.158/2 C2 Hükümü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi ve BK.m.158/2'deki Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s.567-582, s.569

⁷⁹ Kocaağa, s.198

⁸⁰ Yılmaz, s.101

⁸¹ Kocaman, s.581

⁸² Kocaman, s.581

yoluyla yapılmış feragat önem taşımaz, yasadaki kaynaklanan böyle bir hukuki sonucun sözleşme ile bertaraf edilmesi mümkün değildir.⁸³

b) İhtirazi Kayıt

ba) Kavram

İhtirazi kayıt kavramı, kural olarak verme borçlarında söz konusu olur.⁸⁴ Yasal bir tanımla bulunmamasıyla birlikte ihtirazi kayıt, “borcun fer’leriyle birlikte ifa edilmesinin güvencesi”⁸⁵ olarak ifade edebiliriz. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı, asıl borç ilişkisinden kaynaklandığından varlığı asıl borç ilişkisine bağlı bir haktır.⁸⁶ Alacaklı ihtirazi kayıt yoluyla belli savunma yollarını kullanabilmeyi ilerideki bir zamana ertelediğinden alacaklı ihtirazi kayıtla kabul ettiği ödemede ileride kendisini ispat yükünden kurtararak borçluya karşı konumunu güçlendirmektedir.⁸⁷ Zira, ihtirazi kayıt kullanılması, asıl haktan doğan yan hakların ifasını sağlamaya yönelik olup yan borçların canlı kalmasını sağlar, aksi halde ifanın sonucu doğacak, borç yan haklarla birlikte sona ermiş olacaktır.

bb) İhtirazi Kayıt Kavramının Hukuki Niteliği

İhtirazi kayıt, alacaklı tarafından borçluya ya da temsilcisine yöneltilerek ifanın bitmediğinin hatırlatılmasına ilişkin varması gerekli irade beyanı olarak tanımlanabilir.⁸⁸

⁸³ Kocaman, s.582

⁸⁴ Yılmaz, s.74

⁸⁵ Yılmaz, s.71

⁸⁶ Yılmaz, s.72

⁸⁷ Yılmaz, s.73

⁸⁸ Yılmaz, s.73

Yargıtay bir kararında, “İhtirazi kayıt, alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildirimini ile yapılır. İhtirazi kaydı ileri sürme hakkı, bir hakkın korunmasına yarayan yenilik doğuran haklardandır.” ifadesini kullanmıştır.⁸⁹

Yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmaya uygun haklardır; ancak, itirazi kayıt ileri sürme hakkı, hak sahibine sürekli kullanma yetkisi verir. Zira, her ifa öncesinde ya da ifa sırasında bu hak kullanılabilir. ⁹⁰ Bir kez kullanılan yenilik doğuran hakkın geri alınması mümkün değildir. ⁹¹ İhtirazi kaydı ileri sürme hakkının geri alınarak ifaya ilişkin talepten vazgeçilmesi mümkündür.⁹²

bc) İhtirazi Kayıt İleri Sürmenin Koşulları ve Şekli

İhtirazi kayıt hakkının söz konusu olabilmesi için asıl borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Asıl borç ilişkisi kurulmadan ya da geçerli bir şekilde doğmadan fer’i nitelikteki borçlar mevcut olmayacağından fer’i hakları koruyan ihtirazi kaydın da anlamı olmayacaktır. Örneğin, cezai şartın uygulandığı eser sözleşmesinde, eser sözleşmesinin esas ya da usule ilişkin bir nedenle baştan itibaren geçersiz olması ya da sonradan geçersiz hale gelmesi söz konusuysa geçerli bir eser sözleşmesi mevcut olmadığından cezai şartın da geçerliliğinden söz edilemeyecektir.⁹³ İhtirazi kaydı ileri sürme hakkı, tek taraflı bir hak olup karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sonuçlarını meydana getirir. Bu bildirim yapılmadığı takdirde varlığı korunmak istenen hak düşer.

İhtirazi kayıt bildirmenin zamanına ilişkin yasada açık bir düzenleme olmamakla birlikte doktrin ve Yargıtay uygulaması, ihtirazi kayıt bildirimini ifayı kabulden önce, kabul sırasında, en geç kabulden hemen sonra borçluya derhal bildirilmesi gerektiğine yöneliktir.⁹⁴ Borçlar Kanunumuzun 113. maddesine göre, “ asıl borç tediye ile ya da sair surette sakıt olduğu takdirde fer’i hakları da sakıt olur”. hükmü gereğince, ihtirazi kayıt hakkının

⁸⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 02.11.1994 tarih, 1994/6201-1952 sayılı kararı, VonTuhr, s.768

⁹⁰ Yılmaz, s.77

⁹¹ Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s.257

⁹² Yılmaz, s.77

⁹³ Yılmaz, s.79

⁹⁴ Oğuzman/Öz, s.878, Y.13.HD’nin 02.11.994 tarih 1994/6201-1952 sayılı kararı, Von Tuhr, s.827

kullanılmasına ilişkin süre alacağın ifasının yapılmış sayıldığı ana kadar geçen zaman dilimidir.⁹⁵ Hak düşürücü süre, muhatabın korunmasını sağlamaktadır. Bu hakkın sonsuz bir süre içinde kullanılabilir olması, borçlu açısından bu süre içinde hukuksal belirsizlik ve tedirginliğe neden olacaktır.⁹⁶

İhtirazi kayıt beyanı, tek taraflı varması gerekli irade açıklamasıdır. İrade beyanının borçluya varması, onun hakimiyet alanına girmesi gerekir. Borçlunun aktif bir davranışıyla gerçekleşecek olan öğrenmek gerekli değildir.⁹⁷

Yasada ihtirazi kaydın şekline ilişkin şekil şartı getirilmemiş olup yetkili herhangi bir merci önünde yapılması koşulu yoktur. İhtirazi kayıt, taraflar arasındaki borç ilişkisini değiştirmedikten, asıl borç ilişkisinin şeklinde bağımsızdır.⁹⁸ İhtirazi kayıt beyanı ile alacaklının alacağın ödenmesine ilişkin iradesini borçluya bildirmesi söz konusudur. Yasada ihtirazi kayıt beyanının şekline ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da bunun tereddüte yer vermeyecek şekilde açık yapılması gerekir.⁹⁹ İhtirazi kayda ilişkin ifa, ticari işletmeyi ilgilendiriyor ve taraflar tacirse, Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasına göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih yahut rücu maksadıyla yapılacak ihtar ve ihbarların geçerliliği noter, iadeyi taahhütlü mektup ya da telgrafla yapılması şart olduğundan bu şekle uymak gereklidir.

İhtirazi kayıt, açık olarak ifa sırasında sözlü beyan edilmesi veya yazılı olarak dilekçe ile ileri sürülmesi şeklinde gerçekleşebilir.¹⁰⁰ Alacaklı, ifadan önce ya da ifa sırasında ‘‘ihtirazen, ihtirazi kayıtla, alacağın kalan kısmına ilişkin hakkımı saklı tutuyorum’’ şeklinde ifa beklentisini gösteren ifadelerle ihtirazi kayıt beyanını açıklayabilir.¹⁰¹ Borçlar Kanunumuzun 113.maddesinde belirtilen ‘‘Evvvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neşet eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz.’’ hükmü, dikkate

⁹⁵ Yılmaz, s.99

⁹⁶ Buz, s.263

⁹⁷ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayını, İstanbul 2008, s.474;Eren, 1987, s.1082

⁹⁸ Tekinay, s.682; Halil Akkanat, İfade Gecikme ve Borçlunun Temerrüdü, Prof.Dr Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.27

⁹⁹ Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.27

¹⁰⁰ Yılmaz, s.104

¹⁰¹ Yılmaz, s.104

alındığında alacaklı ihtirazi kaydı açıkça ileri sürmese bile yaptığı işlemler ve eylemlerden ihtirazi hakkını kullanmak isteği ortaya çıkıyorsa bu hakkın kullanıldığının kabulü gerekir.¹⁰² Borçluya edimini ifa için uygun süre verilmesi, borcun ödenmesi isteğini içeren belge gösterilmesi icra takibi yapılması ya da dava yollarından birine başvurulmuş olması gibi haller de ifanın istenmesi yolunda alacaklının iradesini ortaya koyduğundan ihtirazi kayıt yerine geçer¹⁰³

Borçlar Kanunumuzun 158. maddenin 2.fıkrasının 2.cümlesi, cezai şart talep etme hakkına sahip olan alacaklıya asıl borcun sona ermesine rağmen cezai şart hakkının korunmasına imkân vermektedir. Borçlar Kanununun 113. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bir haktan feragat değil hakkın korunmasını gerektiren durum söz konusudur.¹⁰⁴ Gerek doktrin gerek mehaz İsviçre Kanunu ve buna paralel hüküm içeren Alman Kanun uygulamalarında, ihtirazi kayıt dermeyan edilmemesi halinde, alacaklının feragat kasdının aranmayacağı, ihtirazi kayıt ileri sürülmediği takdirde cezai şart talep hakkının kanun gereği(ex lege) sona ereceği kabul edilmektedir.¹⁰⁵

İhtirazi kayıt ileri sürmeden ifanın kabulü söz konusuysa alacaklının feragat kasdının olup olmadığı dikkate alınmaz, bu durumda cezai şart kanun gereği gerçekleştiğinden alacaklı tarafından hukuki işlem yoluyla yapılmış feragat önem taşımaz, yasadan kaynaklanan ve hukuki işlemden doğmayan böyle bir hukuki sonucun sözleşme ile bertaraf edilmesi mümkün değildir.¹⁰⁶

4)İfaya Eklenen Cezai Şartın Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

a)Temerrüt Faizi ile Karşılaştırılması

¹⁰² Yılmaz, s.105

¹⁰³ Von Tuhr, s.606

¹⁰⁴ Kocaman, s.581

¹⁰⁵ Kocaman, s.582

¹⁰⁶ Kocaman, s.582

Borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının alacağına kavuşamamasından dolayı zarara uğraması ve borçlunun da bu durumdan çıkar sağlamasını engellemek gerektiği için alacaklı lehine temerrüt faizi ile ilgili haklar getirilmiştir.¹⁰⁷

Temerrüt faizi, para borçlarında, borçlunun temerrüdü nedeniyle kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüt süresince varlığını sürdüren, zamanında ifa etmeme ile doğrudan bağlantılı bir yükümlülüktür.¹⁰⁸

Temerrüt faizi, alacaklının aksi iddia ve ispat olunamayan farazi zararlarının asgari oranda giderilmesine yönelik maktu, götürü tazminattır.¹⁰⁹

İfaya eklenen cezai şart ile temerrüt faizi bazı hususlarda benzerlik göstermekle birlikte birbirinden ayrılan yönleri de bulunmaktadır. Alacaklının cezai şarta hak kazanması, zarar şartına bağlı değildir. Benzer işlev, temerrüt faizi için de söz konusudur. Hem temerrüt faizi hem de ifaya eklenen cezai şart, borçluyu borcunu ödeme hususunda daha gayretli ve azimli olmaya sevk eder.¹¹⁰

Temerrüt faizi sadece para borçlarında söz konusu olur. Oysa ifaya eklenen cezai şart, geçerli olarak doğan her türlü borcun, belirlenen yer ve zamanda ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde gündeme gelebilecektir.

İfaya eklenen cezai şart, asıl borcun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, alacaklıya teminat sağlamak amacıyla sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Temerrüt faizinde ise talep hakkı kanundan doğar.¹¹¹

Temerrüt faizi, sadece borcun zamanında ifa edilmemesi durumunda talep edilebilecek bir hakken, ifaya eklenen cezai şart, borcun belirlenen zamanda ve yerde ifa edilmemesi halinde, kararlaştırılan cezai şartın ifaya eklenen cezai şart olduğu konusunda ayrıca anlaşmaya gerek olmaksızın, diğer ifa etmeme hallerinde ise tarafların sözleşmede kararlaştırması halinde söz konusu olan bir haktır.

¹⁰⁷ Barlas, s.127

¹⁰⁸ Barlas, s.127

¹⁰⁹ Barlas, s.135

¹¹⁰ Barlas, s.129

¹¹¹ Akar Öcal , Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, 1965 Eskişehir 1965, s.32

Temerrüt faizinin talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekir. İfaya eklenen cezai şartın muaccel olması için, asıl borcun ifasının belirlenen yer ve zamanda yapılmaması¹¹² ya da borcun gereği gibi yerine getirilmemesi yeterlidir.

İfaya eklenen cezai şartta, borcun ifasının belirlenen yer ve zamanda ya gereği gibi yapılmaması halinde cezai şartın tamamı istenebilir. Temerrüt faizinde ise kısmi ifa söz konusu ise sadece ifa edilmeyen kısım bakımından temerrüt faizi istenebilir.¹¹³

Temerrüt faizini aşan zararların, Borçlar Kanunumuzun 105. maddesi gereğince, borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe zararı tazminle yükümlü olsa da 96. madde gereğince, borçlunun kusurlu olduğu varsayıldığından alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat mükellefiyeti yoktur. Cezai şart miktarını aşan munzam zararını alacaklının talep edebilmesi için, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir.¹¹⁴

b)Gecikme Zammı ile Karşılaştırılması

Asıl borcun zamanında ifa edilmemesi halinde, daha önceden belirlenen miktarın asıl borca ek olarak ödenmesi gecikme zammı açısından da söz konusudur. İfanın zamanında yapılmaması nedeniyle herhangi bir zararın doğması gerekmez. İfanın zamanında yapılmaması halinde cezai şart gibi, gecikme zammı da muaccel hale gelir.¹¹⁵ Gecikme zammı bu yönleri ile ifaya eklenen cezai şartta benzemekle birlikte bazı hususlarda ifaya eklenen cezai şarttan ayrılır.

¹¹² Tunçomağ, s.94

¹¹³ Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.553

¹¹⁴ Helvacı, s.90

¹¹⁵ Öcal, s.35

Gecikme zammında da temerrüt faizinde olduğu gibi asıl borcun para borcu olması gerekir. İfaya eklenen cezai şart ise asıl borcun sadece para borcu olması şeklinde bir sınırlamaya tabi olmayıp para borcu dışında yapma, kaçınma gibi her türlü borç asıl borcun konusunu oluşturabilir.¹¹⁶

Gecikme zammında bir taraf her zaman devlettir. İfaya eklenen cezai şartta taraflar yönünden bir kısıtlama getirilmemiştir.¹¹⁷

Aşırı cezai şartın hakim tarafından indirilmesi söz konusu iken gecikme zammının miktarının indirilmesi talep edilemez.

İfaya eklenen cezai şart ile gecikme zammı arasındaki önemli bir fark da, gecikme zammında asıl edimin ifası sırasında gecikme cezasını talep hakkının saklı tutulmasının gerekmemesidir.¹¹⁸

c)Götürü Tazminat ile Karşılaştırılması

Götürü tazminatta tazmin edilmesi muhtemel zarar için ödenecek azami tazminat önceden taraflarca götürü olarak kararlaştırılır. Böylece alacaklı zararın varlığı ve miktarını ispat yükünden kurtulacaktır. Götürü tazminat bu yönüyle ifaya eklenen cezai şartta en çok benzeyen müessesedir. Ancak cezai şartın talep edilebilmesi, zararın varlığına bağlı değilken, götürü tazminatın talep edilebilmesi zararın varlığına bağlıdır.¹¹⁹

İfaya eklenen cezai şartta asıl borcun ifası sırasında cezai şartı talep hakkı saklı tutulmazsa, cezai şartı talep hakkı düşer. Götürü tazminat talebi saklı tutulmasa da sonradan talep edilebilmesi mümkündür.¹²⁰

¹¹⁶ Ekinci, Hüseyin, Doktrinde ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s.174

¹¹⁷ Ekinci, s.174

¹¹⁸ Ekinci, s.174

¹¹⁹ Kocaağa, s.53

¹²⁰ Kocaağa, s.51

VI- SONUÇ

Cezai şart müessesesi, alacağın sözleşmede kararlaştırılan şekilde teminine hizmet eden bir müessese olup varlığı asıl borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Bu niteliği itibarıyla cezai şart fer'i bir borçtur. Ancak borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde muaccel hale gelecek, bağımsız bir borç niteliği kazanacaktır.

Cezai şartın amacı, borçluyu borcunu ödemek için bir gayret içine sokmak,

Alacaklı ya da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun borca aykırılık halini düzenleyen 96.maddedeki koşullardan olan zararın ispatından kurtularak alacağına kavuşma imkanı vermektir.

Alacağın temini amacıyla borçludan cezai şart vaadi alan alacaklı, giriştiği hukuki ilişkide rahat olacak, vaatte bulunan borçlu da kendini kurtarmak amacıyla borcunu yerine getirme gayreti içinde olacaktır.

Sözleşmede hangi cezai şart türü kararlaştırılmışsa alacaklının talep hakkı ona göre olacaktır. Seçimlik cezai şart kararlaştırılmışsa alacaklıya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilecektir. İfaya eklenen cezai şartta ise, alacaklı hem borcun ifasını hem de cezai şartı isteyebilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 158. maddesinin 2. fıkrasına göre borcun belli bir yerde ya da belli zamanda ödenmesi kararlaştırılmışsa, tarafların kararlaştırmış olduğu cezai şart, ifaya eklenen cezai şart olacaktır. Bu madde emredici hüküm niteliğinde olmadığından tarafların bu durumda seçimlik cezai şart kararlaştırması mümkün iken, borcun belli bir yer ya da zamanda ödenmesi kararlaştırılmış olmasa da borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde de ifaya eklenen cezai şart kararlaştırmaları mümkündür. .

Alman Hukukunda Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak ifaya eklenen cezai şart tüm eksik ifa hallerinde söz konusudur. Fransız Medeni Kanunu ise sadece borcun zamanında ödenmemesi hali için ifaya eklenen cezai şart öngörmüştür. İfaya eklenen cezai şart, en çok uygulama alanı bulan cezai şart türüdür ve özellikle eser sözleşmelerinde gündeme gelmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 158.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre ifaya eklenen cezai şart iki halde talep edilemeyecektir. Bunlardan ilki alacaklının cezai şart talep etmeyeceğini açıkça belirterek

cezai şarttan feragati, ikincisi de ihtirazi kayıt belirtmeksizin ifayı kabul etmesidir. Alacaklının ihtirazi kayıt beyan etmeden ifayı kabulü halinde cezai şartı talep hakkı kanun hükmü gereği, kesin olarak ortadan kalkacağından bunun sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün değildir. İhtirazi kayıt müessesesi alacaklının hak kaybına uğramaması açısından getirilmiş önemli bir kanuni müessesedir.

KAYNAKLAR

Akkanat, Halil, İfade Gecikme ve Borçlunun Temerrüdü Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına
Armağan, İstanbul 2000

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayını, Konya 2016

Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen
Genel Sonuçlar, İstanbul 1992

Bilge, Necip, Cezai Şart, Esat Arsebük'e Armağan, Ankara 1958

Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005

Dirican, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul
2007

Ekinci, Hüseyin, Doktrinde ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1987 (1987)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017 (2017)

Günay, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002

Helvacı, Mehmet, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000

İnan Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, II. Kitap, Ankara 2014

Karahasan, M.Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2014

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017

Kocaağa, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003

Kocaman Arif, BK.m.158/2 C2 Hükmü Gereğince İfaya Ekli Cezai Şart Talep Etme Hakkının Düşmesi ve BK.m.158/2'deki Hakkın Korunması İçin Öngörülen İhtirazi Kayıt İleri Sürme Şartının Sözleşme ile Bertaraf Edilip Edilemeyeceği Hususu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011 s.567-582

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

Oğuzman Kemal /Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018

Ozanoğlu, Seçkin Hasan, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Zamanında Tesliminde Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt III, s.1-2, Haziran Aralık, 1999, s.78vd.

Öcal, Akar, Gecikme Faizi, Eskişehir 1965

Saymen Ferit Hakkı/Elbir Halid, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt I, Ankara 1958

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayını, İstanbul 2008

Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1995

Tekinay Selahatti Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıp Atili,, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul1993

Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku, CiltI-II, (Çeviri Edege Cevat),Yargıtay Yayınları, Ankara 1985

Yılmaz, Halil, İhtirazi Kayıt, Ankara 2007