

T.C. YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DÖNME CEZASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ELCE TUTAR

11300001315

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. AYŞE HAVUTCU

İzmir, 2014

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Dönme Cezası” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlâk ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

17.02.2014

ELCE TUTAR

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ
TEZ VERİ FORMU

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI.....	III
YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ TEZ	
VERİ FORMU.....	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	X
TÜRKÇE ÖZET	XII
YABANCI DİL ÖZET.....	XIII
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

DÖNME CEZASI KAVRAMI, İŞLEVLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1. KAVRAM, TANIM VE TERMİNOLOJİ	3
I. TERMİNOLOJİ	3
II. KAVRAM VE TANIM, UNSURLARI	4
§ 2. DÖNME CEZASININ AMACI (İŞLEVİ).....	5
I. SÖZLEŞMEDEN KOLAYCA DÖNÜLMESİNİ SAĞLAMA.....	5
A. GENEL OLARAK	5
B. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI VE TÜRK BORÇLAR	
KANUNU'NDA DÖNME HAKKINA YER VERİLEN	
DURUMLAR.....	6
1. Sözleşmeden Dönme Kavramı	6
2. Fesih Kavramı ile Sözleşmeden Dönme Kavramları.....	7
3. Türk Borçlar Kanunu'nda Dönme/Fesih Hakkının Düzenlendiği	

Haller.....	9
a) Borçlunun Temerrüdünde	9
b) Alacaklının Temerrüdünde	13
c) Alacaklıya İsnat Edilebilen Nedenlerle Edimin İfa Edilemediği Diğer Hallerde	15
aa) Alacağın Kime Ait Olduğundan ya da Alacaklının Kimliğinden Kaynaklanan Nedenlerle Edimin İfasının Mümkün Olmaması	16
aaa) Alacağın Kime Ait Olduğundan Kaynaklanan Nedenler	16
bbb) Alacaklının Kimliğinden Kaynaklanan Nedenler	16
bb) Borçlunun Kusurunun Bulunmaması	17
cc) Borcun Alacaklıya veya Temsilcisine İfa Edilememesi	17
dd) Alacaklı ya da Temsilcisine İfanın Mümkün Olmaması	17
d) Diğer Haller.....	18
aa) Sözleşmenin Uyarlanması	18
bb) Sözleşmenin Uyarlanmasının Yasada Özel Olarak Öngörüldüğü Haller.....	20
aaa) Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması (Bağışlama Taahhüdünden Rücu) (TBK. m. 296).....	20
bbb) Ürün Kirasında Kiradan İndirim Hakkı (TBK. m. 363)	20
ccc) Eser Sözleşmesinde (TBK. m. 480)	20
cc) Sözleşmenin Önemli (Mühim) Sebepler Dolayısıyla Feshi...	21
4. Dönme Cezasının Kararlaştırılmasının Hak Sahibine Sağladığı Kolaylık.....	22

II. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUNU SINIRLANDIRMA

AMACI..... 24

§ 3. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE BU GÖRÜŞLERİN DÖNME CEZASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	25
I. CEZA GÖRÜŞÜ	26

II. TAZMİNAT GÖRÜŞÜ	27
III. İRADİ DÖNME GÖRÜŞÜ	28
IV. İRADİ ŞART GÖRÜŞÜ	28
V. GÖTÜRÜ TAZMİNAT GÖRÜŞÜ	31
§ 4. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI	33
I. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI BULDUĞU	
İŞLEMLER.....	33
A. BORÇLAR HUKUKUNDA	33
1. Sözleşmenin Muhtevasının Genel İşlem Şartlarıyla Belirlendiği	
Hallerde Dönme Cezası İle İlgili Kayıtlar.....	35
2. Taksitle Satışlarda.....	36
3. Taşınmaz Satım Sözleşmeleri ve Vaatlerinde.....	37
B. İŞ HUKUKUNDA.....	37
C. TİCARET HUKUKUNDA	39
II. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI BULMADIĞI	
İŞLEMLER.....	40

İkinci Bölüm

DÖNME CEZASININ VARLIK KAZANMASININ ŞARTLARI, KAYNAĞI, FER'İ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

§ 1. DÖNME CEZASININ VARLIK KAZANMASININ ŞARTLARI	44
I. DÖNME CEZASINA KAYNAKLIK EDEN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNİN	
VARLIĞI	44
A. ASIL BORCUN KONUSU	45
B. ASIL BORCUN DOĞUŞ KAYNAKLARI	47
II. ASIL BORCUN GEÇERLİ OLMASI	48

III. ASIL BORCUN HÂLEN MEVCUT OLMASI	52
§ 2. DÖNME CEZASININ KAYNAĞI.....	53
§ 3. DÖNME CEZASININ FER'İ NİTELİĞİ.....	55
§ 4. BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	58
I. CEZAI ŞARTTAN FARKI (İFAYA EKLI VEYA SEÇİMLİK CEZAI ŞARTTAN FARKI)	58
II. PEY AKÇESİNDEN FARKI.....	60
III. PİŞMANLIK AKÇESİNDEN FARKI	62
IV. SEÇİMLİK BORÇTAN FARKI.....	65
V. SEÇİMLİK YETKİDEN FARKI	71
VI. OBSİYON HAKKINDAN FARKI.....	73
VII. CAYMA HAKKINDAN FARKI	74

Üçüncü Bölüm

DÖNME CEZASININ TALEP EDİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

§ 1. DÖNME CEZASININ TALEP EDİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR.....	76
I. GENEL OLARAK.....	76
II. BORÇLUNUN DÖNME CEZASINI ÖDEYEREK / TEKLİF EDEREK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME YETKİSİ	77
III. DÖNME CEZASINI KABUL ETMEYEN ALACAKLININ DURUMU	79
IV. KUSURSUZ İMKÂNSIZLIKTA DÖNME CEZASININ DURUMU ..	80
A. GENEL OLARAK	80
B. DÖNME CEZASI İLE KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK İLİŞKİSİ....	81

§ 2. DÖNME CEZASI İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	84
I. GENEL OLARAK.....	84
II. DÖNME CEZASI BAKIMINDAN ZARAR KOŞULUNUN	
İRDELENMESİ	84
III. EK TAZMİNAT TALEP EDİLEMEMESİ.....	86
§ 3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART	88
I. REKABET YASAĞI VE CEZAI ŞART	88
A. GENEL OLARAK	88
B. İŞÇİNİN CEZAI ŞART ÖDEMESİ	89
C. REKABET YASAĞINA AYKIRILIK HALİNDE CEZAI ŞARTIN	
İNDİRİLMESİ	92
II. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ	
VE SONA ERMESİ	94
A. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN	
GEÇERSİZLİĞİ	94
B. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN	
SONA ERMESİ.....	95
1. İşverenin Menfaatinin Kalmaması.....	95
2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi.....	98
3. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi	100

Dördüncü Bölüm

DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ VE SONA ERMESİ

§ 1. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ.....	102
I. İNDİRİMİN CEZAI ŞART AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ..	102
II. İNDİRİMİN DÖNME CEZASI AÇISINDAN	

DEĞERLENDİRİLMESİ.....	104
III. İNDİRME HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ	105
IV. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ	
ŞARTLAR.....	109
A. GEÇERLİ BİR DÖNME CEZASININ BULUNMASI	110
B. DÖNME CEZASININ MUACCEL OLMASI.....	111
C. DÖNME CEZASININ HENÜZ İFA EDİLMEMİŞ OLMASI	111
D. DÖNME CEZASININ AŞIRI OLMASI.....	112
1. Alacaklının Menfaatleri.....	113
2. Borca Aykırılığın Ağırlığı.....	116
3. Kusurun Ağırlığı	117
4. Tarafların Ekonomik Durumu	118
5. Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An.....	119
E. BORÇLUNUN İNDİRME TALEBİNDE BULUNMASI.....	120
F. BORÇLUNUN TACİR OLMAMASI.....	121
V. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN USUL	
İŞLEMLERİ.....	124
A. İNDİRİM İÇİN BAŞVURU	124
B. İNDİRİM TALEBİNDE BULUNMA ŞEKLİ	126
C. İNDİRİM KARARI VE HÜKMÜ	127
VI. DÖNME CEZASININ TAMAMEN KALDIRILMASI	129
§ 2. DÖNME CEZASININ SONA ERMESİ	130
I. DÖNME CEZASININ ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA	
ERMESİ.....	130
II. DÖNME CEZASININ ASIL BORCA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA	
ERMESİ.....	131
SONUÇ.....	132
BİBLİYOGRAFYA	135
YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR	141

KISALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
Ank. BD.	: Ankara Barosu Dergisi
Bkz.	: Bakınız
B.	: Bası, baskı
b.	: Bent
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dpn.	: Dipnot
e.t.	: Erişim Tarihi
E.	: Esas
EHUMK.	: 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ETBK.	: 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu
ETTK.	: 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBM.	: İstanbul Barosu Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
N.	: Numara
Örn.	: Örnek
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay

YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YHMK.	: 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu
YTBK.	: 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu
YTTK.	: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu

Üniversite : Yaşar Üniversitesi
Enstitüsü : Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Şubat, 2014

ÖZET

DÖNME CEZASI Hazırlayan Elce Tutar Şubat, 2014

Bu çalışmanın konusu, temel olarak Türk Borçlar Hukuku sisteminde düzenlenmiş bulunan cezai şartın üçüncü türü olan “dönme cezası” müessesesini, uygulama alanı bulduğu diğer kanun hükümleriyle birlikte incelemeye tabi tutmaktır. Ayrıca 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu ile 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’muzun maddelerine ve yeni Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değişen veya değişmeyen cezai şart ve türü olan dönme cezası hükümlerine de ilgili bölümlerde yeri geldikçe değinilmiştir.

Tezimizin ilk bölümünde, dönme cezası kavramına, işlevlerine, hukuki niteliğine ve uygulama alanına değinilmiş olup; ikinci bölümde, dönme cezasının varlık kazanmasının şartları ve benzer kurumlardan farkı; üçüncü bölümde ise, dönme cezasının talep edilmesinde özellik arz eden hususlar ve rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart konuları ele alınmıştır. Dördüncü bölümde ise, dönme cezasının indirilmesi ve sona ermesi durumları incelenmiştir.

Tezimizin sonuç bölümünde, yeni Türk Borçlar Kanunu’muzda yer alan dönme cezası hükümlerinin tarafımızca genel bir değerlendirmesi ve konuyla ilgili görüşlerimiz yer bulmuştur.

Anahtar Sözcükler: “Dönme Cezası”, “Cezai Şart”.

University : Yaşar University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Private Law
Supervisor : Prof. Dr. Ayşe HAVUTCU
Degree Awarded and Date : MA – February, 2014

ABSTRACT

CONTRACT PENALTY
Prepared by Elce Tutar
February, 2014

The subject of this study is to consider the notion “contract penalty” which is one of the three kinds of penal clause settled mainly in the Turkish Law of Obligations along with the other rules of law where the notion has the scope of application. Furthermore, the rules of the Turkish Law of Obligations no. 818 which is to be abolished, the rules of the new Turkish Law of Obligations no. 6098 that is published in the gazette dated 04.02.2011 and the changed and unchanged rules of the new Turkish Law of Obligations on penalty clause and on the contract penalty are mentioned in the relevant sections.

The first part of this postgraduate thesis deals with the term contract penalty, with the definition and scope of the term, with the comments on its legal nature and with its scope of application. The second part considers the components of the contract penalty and the differences with similar concepts, while the third part examines the acceleration clause at the contest of contract penalty, the relationship between contract penalty and damage, and the penal clause at the contract of prohibition of competition. Finally, the fourth part considers the reduction of contract penalty and its discharge.

The conclusion of the thesis includes a general review of the rules on contract penalty which have taken place at the new Turkish Law of Obligations and also includes the writer’s comments.

Key Words: “Contract Penalty”, “Penal Clause”.

GİRİŞ

Toplumsal düzen içerisinde oluşan hukuksal işlemlerin temelini, tarafların birbirlerine yöneltmiş olduğu, ulaşılmak istenen hukuksal sonuca yönelik irade açıklaması oluşturur. İrade açıklaması, bir kişinin bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesini, dış dünyaya bildirmesi veya bunu doğrudan icra ederek yürürlüğe koymasındır. Bu şekilde belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik irade beyanlarının hukuk hayatımızda vücut bulduğu en önemli zemin “sözleşmelerdir” diyebiliriz.

Yaptıkları bir sözleşmeyle yükümlülük altına giren tarafların karşılıklı olarak yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve taahhütlerinden sorumlu olmaları doğaldır. Bu nedenle borçlunun yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, kanun koyucu, alacaklının menfaatlerini korumaya yönelik olarak, alacaklıya alacağının yanında onu kuvvetlendiren bazı vasıtalar da bahşetmiştir.

Kanun koyucu, alacağı kuvvetlendirmek ve teminini sağlamak amacıyla “cezai şart” müessesesini düzenlemiştir. Cezai şart, 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu’nuzun 158 ile 161’inci, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nuzun da 179 ile 182’nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nuzda üç tür cezai şart söz konusudur. Buna göre, “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklindeki hüküm BK. m. 179/f. I’de düzenlenen seçimlik cezai şarttır. “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” şeklindeki hüküm BK. m. 179/f. II’de düzenlenen ifaya eklenen cezai şarttır. “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” şeklindeki hüküm ise, BK. m. 179/f. III’te düzenlenen dönme cezasıdır.

Görüldüğü gibi borçlunun asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezai şart denmektedir. Cezai şartın en önemli işlevi, borçluyu yükümlendiği ifayı yerine

getirmesi konusunda oldukça zorlamasıdır. Yani cezai şart, alacaklının durumunu kuvvetlendiren ve onun lehine olan bir edimdir.

Buna karşılık, yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında (eski TBK. m. 158/f. III) cezai şartın üçüncü türü olarak düzenlenmiş bulunan dönme cezası ise, borçluya kararlaştırılmış olan cezayı ödeyerek asıl borcu ifa etmekten kurtulma hakkı sağlar.

Hukukumuzda, sürekli olmayan sözleşme bağı, tek taraflı olarak ortadan kaldırmak kural olarak mümkün değildir. Ancak taraflar anlaşarak, her birine veya sadece bir tarafa, belli bir bedel ödemek şartıyla sözleşmeden serbestçe dönme hakkı tanıyabilirler. İşte buna "dönme cezası" denir.

Dönme cezası, cezai şartla ilgili hükümler arasında düzenlenmekle beraber, cezai şarttan farklıdır. Cezai şart, sözleşmenin borçlu tarafından ihlali halinde, alacaklının talep edeceği bir edimdir. Oysa dönme cezasının fonksiyonu ise, borçlunun ifa zamanında veya daha önce, dönme cezasını ödeyerek asıl edimi ifa yükümlülüğünden kurtulmasıdır. Bu nedenle dönme cezası, cezai şartın diğer türlerinin aksine borçlu lehine bir sözleşmedir. Buna rağmen yakın ilgisi sebebiyle cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir.

Tezimizde ilk bölümde, "dönme cezası kavramı, işlevleri, hukuki niteliği ve uygulama alanı"; ikinci bölümde, "dönme cezasının varlık kazanmasının şartları ve benzer kurumlardan farkı"; üçüncü bölümde, "dönme cezasının talep edilmesinde özellik arz eden hususlar ve rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart"; dördüncü bölümde ise, "dönme cezasının indirilmesi ve sona ermesi" konuları ele alınacak olup, sonuç bölümünde ise yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun dönme cezası hükümlerinin değerlendirilmesi ve konuyla ilgili görüşlerimiz yer bulacaktır.

Birinci Bölüm

DÖNME CEZASI KAVRAMI, İŞLEVLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1. KAVRAM, TANIM VE TERMİNOLOJİ

I. TERMİNOLOJİ

818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu'muzun 158. maddesinin son fıkrasında, "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden caymaya yetkili olduğunu kanıtlama hakkı saklıdır." denilmektedir. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun bu maddeyi karşılayan 179'uncu maddesinin son fıkrasında "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümlerde dönme cezası müessesesini yasa koyucu düzenlemektedir. Bu müesseseyi ifadede öğretide bir terim birliği yoktur. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen dönme cezası, Almancada Exklusivkonventionalstrafe (ifayı engelleyen cezai şart) veya Wandelpön (fesih cezası) olarak adlandırılmaktadır¹. Bazı yazarlar, dönme cezası² terimini kullanırken; "cayma cezası"³, "cayma cezai şartı"⁴, "fesih cezası"⁵, "ifayı engelleyen cezai şart"⁶, "inhisarcı ceza"⁷ terimlerinin de tercih edildiği görülmektedir.

¹ GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 85; KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 154.

² OĞUZMAN, Kemal M. /ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 907; TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B. , İstanbul, 1993, s. 352; UÇAR, Salter, Hukukumuzda Ceza Koşulu, İBD. , C. 72, S. 1-2-3, T. 1998, s. 103; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2006, s. 274; ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku, 2. B. , Bursa, 2005, s. 125; KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008, s. 246; ARKAN, Azra, Cezai Şart, İBD. , C. 71, S. 1-2-3, T. 1997, s. 87; EKİNCİ, Hüseyin, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004, s. 188.

³ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 20. B. , İstanbul, 2008, s. 412.

⁴ ARDIÇ, Oğuzhan/ERSOL, Emel, Borçlar Hukuku, 7. B. , Ankara, 2009, s. 147 vd.

⁵ VON TUHR, Andreas, (Çeviren, Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Ankara, 1983, s. 769; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 47; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979, s. 444.

⁶ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 47; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. , Ankara, 2012, s. 1186.

Bazı yazarlar ise ifa yerine cezai şart terimini kullanırlar⁸. Ancak bu terim genellikle seçimlik cezai şart için kullanıldığından dönme cezası veya ifayı engelleyen cezai şart terimlerini tercih etmek daha doğru olur⁹. Ancak ifayı engelleyen cezai şart terimi, *FEYZİOĞLU*'nun da belirttiği gibi, ifaya mani olan, ifa imkânını ortadan kaldıran anlamına geldiği için karışıklığa neden olabilmektedir. Oysa, burada borçlunun istediği takdirde borcun ifasında bulunmasını önleyen, engelleyen bir durum bulunmamaktadır; aksine borçlu, kararlaştırılan cezai şartı (dönme cezasını) ödeyerek sözleşmeden dönebilme yetkisine sahiptir¹⁰. Yani ifa ya da dönme cezasını seçme konusunda borçluya bir hak tanınmıştır. *FEYZİOĞLU*'na katılmakla birlikte, biz de bu çalışmada diğer terimlere nazaran daha yaygın biçimde kullanılan “dönme cezası” terimini kullanacağız.

II. KAVRAM VE TANIM, UNSURLARI

Türk Borçlar Kanunu m. 179/son fıkra, dönme cezası kararlaştırılan hallerde, kararlaştırılan edimi yerine getirerek sözleşmeden serbestçe dönülmesi, böylelikle sözleşmenin ifası zorunluluğunun sona erdirilmesini düzenlemektedir. Bu hükümden yararlanılarak dönme cezası, “Tarafların anlaşmalarına göre taraflardan birine veya her iki tarafa, belirli bir edimi yerine getirerek serbestçe sözleşmeden dönme yetkisi veren, sözleşmeden dönme halinde yerine getirilmesi gereken edim” olarak tanımlanabilir¹¹.

Öğretide dönme cezası kavramının benzer biçimde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin *EREN*, dönme cezasını “Tarafların yaptığı anlaşmada borçluya cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme ya da onu feshetme; alacaklıya da sadece cezanın ödenmesini isteme yetkisi veren edim”¹² şeklinde tanımlarken; *GÖKÇEOĞLU* ve *BİLGE*, “Borçlunun cezayı ödemek suretiyle

⁷ *BİLGE, Necip*, Cezai Şart, Ankara, 1957, s. 105.

⁸ *KILIÇOĞLU, Ahmet M.*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. , Ankara, 2012, s. 777.

⁹ Bkz. *OĞUZMAN/ÖZ*, s. 904; *GÜNAY, Cevdet İlhan*, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 85; *KOCAĞA, Köksal*, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 154; *GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk*, Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul, 2007, s. 33.

¹⁰ *FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B. , İstanbul, 1977, s. 395.

¹¹ *OĞUZMAN/ÖZ*, s. 908; *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*, s. 352; *KAYIHAN*, s. 246; *GÜNAY*, s. 85; *AKINCI*, s. 274; *ŞENYÜZ*, s. 125; *ARKAN*, s. 87; *EKİNCİ*, s. 188; *KOCAĞA*, s. 154; *KARAGÖZ, Veli*, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, 2006, s. 31.

¹² *EREN*, s. 1186.

tarafra esaz sözleşmeyi geçersiz bırakma yetkisi veren edim”¹³ olarak; *ARDIÇ* ve *REİSOĞLU* ise, “Borçluya cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme ve ifa ykmllğnden kurtulma yetkisi veren edim”¹⁴ olarak tanımlamaktadır.

Dönme cezasının tanımından hareketle unsurları şu şekilde sıralanabilir:

1) Dönme cezası, akd mahiyettedir ve tarafların iradesine dayanır.

2) Dönme cezası, tarafların anlaşmasına göre, her iki tarafa ya da sadece taraflardan birine dönme yetkisi sağlar. Dönme yetkisine sahip olan taraf, dilerse cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkını¹⁵ kullanır, dilerse yetkisini kullanmak yerine borcunu ifa eder. Yani dönme cezasında, borçlunun iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi asıl edimin yerine getirilmesi yani ifa borcu; ikincisi de borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebilmesidir.

3) Dönme hakkının kullanılması, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırır; taraflar arasındaki akd ilişki sona erer. Bu durumda, artık sözleşmeden doğan borcun ifası da söz konusu olmaz.

ř 2. DÖNME CEZASININ AMACI (İşLEVİ)

I. SöZLEşMEDEN KOLAYCA DÖNÜLMESİNİ SAĞLAMA

A. GENEL OLARAK

Dönme cezasının temel işlevi, sözleşmeden kolayca dönülmesini sağlamaktır.

Borçlar Hukuku’na hâkim olan temel ilke, irade zerkliğidir. Bu ilke, bireylere başkalarıyla hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleme yetkisi sağlar. Hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde bireyler, başkalarıyla kuracakları özel hukuk

¹³ GÖKÇEOĞLU, s. 33; BİLGE, s. 105, (Ayrıca BİLGE, bu nevi cezaya esas münasebeti zayıflatıcı rol oynamasından dolayı inhisarcı ceza (Peine exclusive) ve de ifayı bertaraf eylemekte olması dolayısıyla da bertaraf edici ceza demektir).

¹⁴ ARDIÇ, Oğuzhan/ERSOL, Emel, Borçlar Hukuku, 7. B. , Ankara, 2009, s. 147 vd. ; REİSOĞLU, s. 412.

¹⁵ Bkz. EREN, s. 1186, (EREN, “alacaklı da bu durumda yani dönme cezasında sadece cezai şartın ödenmesini talep edebilir, burada alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını talep edemez” demektir); Bkz. aynı görüşte GELENBEĞ, Mekki Hikmet, Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai şart Etrafında Tetkikler, İBM. , C. XVII, Yıl 1943, İstanbul, s. 294; aynı görüşte TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri II, İstanbul, 1962, s. 521, (TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku).

ilişkilerini özgürce biçimlendirebilirler. Hukuk düzeni, bireylerin özgürce, kendi iradeleri doğrultusunda kurdukları hukuki ilişkilere bağlayıcılık tanıyarak, kendi iradeleri doğrultusunda kurdukları hukuki ilişkiden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, diğer tarafa hukuken koruma sağlar. Diğer taraf, yetkili devlet organlarına başvurarak, hukuki ilişkiden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen tarafı, taahhüdüne uygun davranmaya zorlayabilir.

İrade özerkliğine işlerlik sağlayan hukuki işlemler, özellikle sözleşmelerdir. Sözleşme, her iki tarafın özgür iradesiyle kurulduğundan, taraflar sözleşme ile üstlendikleri edimi yerine getirmek zorundadırlar. Aksi halde alacaklı, borçlu tarafı devlet eliyle borcunu yerine getirmeye zorlayabilir.

Borçlar Hukukunda, iki tarafın özgür iradesi ile kurulan ve bağlayıcı olan sözleşmeden tek taraflı olarak serbestçe dönme imkânı ilke olarak kabul edilmemiştir. Dönme, sözleşme ilişkisini ve böylece sözleşme ile üstlenilen ifa yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulmak ilke olarak mümkün değildir. Dönme cezası ile taraflar bu serbestiye yine kendi iradeleri çerçevesinde kavuşabilmektedir.

B. SÖZLEŞMEDEN DÖNME KAVRAMI VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA DÖNME HAKKINA YER VERİLEN DURUMLAR

1. Sözleşmeden Dönme Kavramı

Sözleşmeden dönme, ani edimli borç ilişkilerinde, taraflardan birinin kanun veya sözleşme ile tanınan dönme yetkisini kullanarak sözleşme ilişkisini sona erdirebilme yetkisini ifade eder.

Sözleşmeden dönme klasik görüşe göre sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır.

Eski Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olan “sözleşmeden dönme” kavramı klasik görüşe göre, geçerli olarak kurulmuş bulunan bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir nedenle geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasıdır¹⁶. Örneğin (A), taşınmazını kocası (B)'ye bağışlamıştır. Ancak sonradan kocası (B), cinsel sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığından (A), yaptığı bu bağışlamadan

¹⁶ Bkz. KILIÇOĞLU, s. 89.

dönebilir (eski BK. m. 244 b. I ve yeni TBK. m. 295 b. I). Burada bağışlama sözleşmesinin ortadan kaldırılmasının sebebi, geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan durumdur.

Modern görüş ise, dönmenin geçmişe etkili olmadığını kabul eder. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme, ileriye etkili olup sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olarak ortadan kaldırır. Dönme üzerine, sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşür. Bu durumda henüz ifa edilmemiş edimler varsa bunlar sona erer; dönme beyanı ile borç sona ermez, sözleşmeye dayalı borç ilişkisinin içeriği değişir.

Kısmen ifa edilen sürekli borç sözleşmesinde dönme, geleceğe etkili sonuçlar doğurur. Çünkü sözleşme tarafları arasında kısmen ifa edilmiş kısmın tasfiyesi sürekli borç doğuran sözleşmelerde mümkün değildir¹⁷. Örneğin bir yıl süre ile kurulmuş bir kira sözleşmesinden üç ay sonra dönülmesi halinde kiralayanın ifa etmiş olduğu üç aylık edimin tasfiyesi mümkün değildir. Hukuki durumdaki bu zorluk ve imkânsızlık nedeniyle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde dönme geçmişe değil, geleceğe etkili olarak hüküm ve sonuçlar doğurur¹⁸.

Sözleşmeden dönme, hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşmeden doğan edimler üzerinde aynı etkiyi doğurur. Henüz ifa edilmemiş edimler, dönme üzerine sona ererler, ifa edilmeleri gerekmez. Dönme öncesinde ifa edilen edimlerin de iadesi gerekir.

2. Fesih Kavramı ile Sözleşmeden Dönme Kavramları

Ahde vefa (söze bağlılık) ilkesine istisna niteliğinde olan “sözleşmenin feshi” kanunda özel olarak düzenlenmiştir.

Fesih, geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir nedenle ileriye etkili olarak sona ermesidir¹⁹. Sürekli sözleşme ilişkilerinde söz konusu olan fesih hakkı, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁰.

¹⁷ VON TUHR/ESCHER, Art. 109, N. 10, (EREN, s. 1261’den naklen).

¹⁸ Bkz. EREN, s. 1261.

¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 89.

²⁰ DEMİR, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2001, s. 269, (DEMİR, Kapıdan İşlemler).

Dönmeyi fesihden ayıran husus, etkilerini doğurma anıdır. Fesihte, kural olarak iradenin karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sözleşme ileriye etkili olarak; dönmede ise, dönme iradesinin karşı tarafa açıklandığı andan itibaren değil, başından itibaren yani geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Geçerli olarak kurulmuş olan kira sözleşmesinde kiracının, kiralananı sözleşmeye aykırı kullanması örneğinde, fesih anına kadar sözleşmenin hüküm ve sonuçları korunacaktır; fesih halinde ise taraflar sözleşmenin yapıldığı andan itibaren aldıklarını iade edemeyecekler ve sözleşme ilişkisi de ortadan kalkacaktır. Sözleşmeden dönmede ise, dönme başından itibaren ortadan kalkar; yani taraflar bu tarihe kadar aldıklarını iade ile yükümlü olacaklardır. Dönmede, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına ilişkin kuralın istisnasına, uygulamadan bir örnek daha verebiliriz: Taşınmaz üzerinde inşaat yapılmasına ilişkin bir sözleşmeden (istisna sözleşmesinden) dönmenin, ileriye etkili sonuçlar doğuracağı kabul edilmektedir²¹.

Zevkliler ise, aynı örneği ele alarak, fesihte sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kalkmasına bir istisna getirmiş ve geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracağını belirtmiştir. Eski Borçlar Kanunumuzun 358. maddesinin ikinci fıkrasına (yeni TBK. m. 473'e) göre, "Eserin yapımı sırasında, müteahhidin kusuru nedeniyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı surette yapılacağını kesinlikle tahmin edilmesi ve işin yapılmasının üçüncü kişiye bırakılmasının mümkün olmaması nedeniyle iş sahibinin sözleşmeyi feshetme yetkisi vardır" (Ayrıca bkz. eski BK. m. 106 ve yeni TBK. m. 123). İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde fesih, eski Borçlar Kanunu m. 106-108 ve yeni Türk Borçlar Kanunu m. 123-126 hükümleri uyarınca kural olarak geriye etkili sonuçlar doğurur. Ancak olayın nitelik ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK.) ikinci maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi, ileriye etkili sonuç doğurur. Böylece yapılan inşaat oranına göre arsa payının müteahhide devri mümkün olur²².

²¹ KILIÇOĞLU, s. 90; bkz. YİBK. , 25.01.1984 T. , E. 1983/3, K. 11984/1. (RG. 27.02.1984, S. 18325).

²² ZEVLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. B. , Ankara, 2004, s. 348, bkz. 84 numaralı dpn. , YİBK. , 25.01.1984 T. , E. 1983/3, K. 11984/1 (RG. 27.02.1984, S. 18325).

Sonuç olarak, bozucu yenilik doğuran hak olan sözleşmeden dönme²³ kavramı, esas itibariyle ani edimli borç ilişkileri bakımından söz konusu olmaktadır ve taraflar dönme halinde o tarihe kadar aldıklarını iade ile yükümlüdürler.

3. Türk Borçlar Kanunu'nda Dönme/Fesih Hakkının Düzenlendiği Haller

a) Borçlunun Temerrüdünde

Türk Borçlar Kanunu “borçlunun temerrüdü”nü tarif etmiş değildir. Borçlunun temerrüdü, borçlanılan edimin, borçlu tarafından borca aykırı olarak geç ifa etmesini yani borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder²⁴.

Borçlunun temerrüdü için, borcun ifa zamanının gelmiş olması, yani borcun muaccel olması gerekir. TBK. m. 117/f. I (eski BK. m. 101/f. I) hükmüne göre, “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer”. Burada açıkça ifade edildiği gibi, borçlunun temerrüde düşmesi için borcun “muaccel” olması zorunludur. Bununla birlikte, alacaklı muaccel borcun ifası konusunda borçluya bildirimde (ihtarda) bulunmalıdır.

Borçlunun temerrüdünün bütün borç ilişkileri bakımından doğan genel sonuçları -gecikme tazminatı, kazadan sorumluluk ve para borçlarında temerrüt faizivardır. Bunlar TBK. m. 118-122’de (eski BK. m. 102-105) hükme bağlanmıştır. Bu sonuçlar bütün borç ilişkileri ve bu arada ister tek tarafa ister iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için olsun aynı şekilde doğacaktır. O halde, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için de bu sonuçlar aynen geçerlidir. Ancak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için bu sonuçlar dışında ayrıca TBK. m. 123-126’da (eski BK. m. 106-108) öngörülen özel sonuçlar doğacaktır. Buna göre borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün genel sonucu dışında iki hakka daha sahiptir.

²³ “Yeni dönme görüşüne göre dönme, edimin iadesi yönünden değiştirici yenilik doğuran bir haktır.” görüşü için bkz. LARENZ, I, sh. 403, (EREN, s. 1261’den naklen).

²⁴ EREN, s. 1089; KILIÇOĞLU, s. 677.

Yeni TBK.'muz eski 106. maddenin ikinci fıkrasında yer alan seçimlik hakları, 125. maddesinde "Seçimlik haklar" kenar başlığı altında üç fıkra halinde hükme bağlamıştır.

Maddede karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının, borçluya verdiği süreye rağmen borcunu ifa etmemesi ya da süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun (*Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa ya da borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalıyorsa ya da borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa*) varlığı halinde "gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı" veya gecikmiş ifayı red ederek "borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın giderilmesini" ya da "sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan menfi zararın giderilmesini" isteme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Alacaklının seçimlik hakları ile ilgili madde şu şekildedir:

"Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."

Alacaklı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçluya süre vermeksizin de, bütün borç ilişkilerinde temerrüdün yeni TBK. m. 118'de öngörülen genel sonucundan (aynen ifa ve gecikme tazminatı) her zaman yararlanabilir.

Alacaklı, aynen ifayı reddederek bunun yerine müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep etme haklarından birini kullanmak niyetinde ise borçluya süre vermelidir. Bu süre içinde borçlu ifada bulunmadığı takdirde, alacaklı iki seçimlik hakkından birini kullanabilir. Ancak

alacaklının borçluya süre vermesi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Borçluya süre verilmesine rağmen alacaklının, borçludan yine de aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep yetkisi vardır²⁵.

O halde karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, şu üç seçimlik hakka sahiptir:

aa) Aynen ifa ve gecikme tazminatı

bb) Aynen ifayı red, bunun yerine tazminat (Sözleşmenin muhafaza edilerek borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararın tazmini)

cc) Sözleşmeden dönerek tazminat talep etme hakkı (Sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle doğan menfi zararın tazmini)

Türk Borçlar Kanunu m. 125’de öngörölmüş ve alacaklıya bunlardan hangisini kullanacağına serbestçe karar verebilmesi için tanınmış olan seçim hakkı, hukuksal niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir haktır²⁶.

TBK. m. 125/f. II’de alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilmesi için bir süre bulunmamaktadır. Aynen ifa ve gecikme tazminatı, alacaklıya her zaman için tanınmış bir hak olduğundan alacaklı susmak suretiyle de bu hakkı kullanabilecektir²⁷.

Alacaklının aynen ifayı red veya sözleşmeden dönme talebi için yasada bir süre öngörölmemiş bulunmasına rağmen bu konuda “hemen (derhal)” ölçüsü getirilmiştir. Buradaki “hemen” sözcüğü somut olayın koşullarına, niteliğine ve dürüstlük kurallarına göre “gecikmemeyi” ifade eder. Çünkü alacaklının gecikmiş ifayı reddetmesi veya sözleşmeden dönmesi halinde borçlu açısından ağır sonuçlar meydana gelir. Alacaklı, bu iki seçimlik haktan birini kullanmak niyetinde ise bunu hemen borçluya bildirmelidir. Bu sayede temerrüde rağmen ifa eylemlerine devam etmesi dolayısıyla borçlunun zarara uğraması ayrıca alacaklının haksız kazançlar elde etmesi önlenmek istenmiştir²⁸.

Yasada öngörölen “hemen (derhal)” ölçüsüne uymayarak iki seçimlik hakkı kullanma fırsatını kaybeden alacaklının, borçluya yeniden son süre vermek suretiyle seçim hakkını canlandırması mümkündür²⁹.

²⁵ KILIÇOĞLU, s. 722.

²⁶ KILIÇOĞLU, s. 723; EREN, s. 1116.

²⁷ KILIÇOĞLU, s. 723.

²⁸ KILIÇOĞLU, s. 724; EREN, s. 1117.

²⁹ KILIÇOĞLU, s. 724.

TBK. m. 125/f. III'e göre, "Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir".

Alacaklı, seçim hakkını sözleşmeden dönme yolunda kullanacak ise bu durumda, borçludan sözleşmenin hükümsüz kalmasından doğan menfi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Ancak alacaklının sadece menfi zararlarını talep edebileceğine ilişkin kural emredici bir kural değildir. Taraflar sözleşmeden dönme halinde, müspet zararların da talep edilebileceği konusunda bir anlaşma yapabilirler. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde, alacaklı sözleşmeden dönmesine rağmen müspet zararlarının da tazmin edilmesini isteyebilecektir³⁰.

Alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması, borçlunun kusurlu olmasını gerektirmez. Alacaklı, borçlunun temerrütte kusuru bulunmasa bile, sözleşmeden dönebilir³¹. Buna karşılık borçlu temerrüde düşmekte kusurlu değilse, alacaklının uğradığı menfi zararlarının tazmin edilmesi söz konusu olmayacaktır³². O halde, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanması için borçlunun kusurlu olması gerekmezken; uğradığı menfi zararlarının tazmininde borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. TBK. m. 125/f. III, borçluya temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispatlamak suretiyle, alacaklının menfi zararlarını tazmin etmekten kurtulma olanağını tanımıştır.

Türk Borçlar Kanunu'muz 126. maddede, sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceğini yani feshedileceğini hükme bağlamıştır. Madde hükmü şu şekildedir:

"İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir".

³⁰ KILIÇOĞLU, s. 728-729.

³¹ EREN, s. 1123; KILIÇOĞLU, s. 730.

³² KILIÇOĞLU, s. 730.

Bu hükümle öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen ileriye etkili olarak sona erdirmeye görüşü genel bir yasa hükmü haline getirilmiştir³³.

TBK. m. 126 fesihten söz edebilmek için sözleşmenin sürekli edimli olmasını yeterli görmemiş ayrıca sürekli edimli sözleşmenin ifasına başlanmış olmasını aramıştır.

Alacaklının sürekli edimli sözleşmelerde fesih hakkını kullanabilmesi için borçlunun temerrüdünün koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklıya iki seçimlik hak tanınmıştır. Alacaklı ya gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı talep edecek ya da sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir.

b) Alacaklının Temerrüdünde

Alacaklının temerrüdü, Türk Borçlar Kanunu'nun 106-111'inci (eski BK. m. 123-129) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlunun borçlanmış olduğu edimi gereği gibi yerine getirebilmesi, genellikle alacaklının ifayı kabul etmesine veya ifa fiiline katılmasına bağlıdır. Alacaklı, kendisine gereği gibi sunulan bir ifayı kabulden veya tam ve doğru bir ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haksız olarak kaçınır, bunları yerine getirmese borçlu ifada bulunamaz³⁴. Yani borçlu tarafından borca uygun olarak ifası teklif edilen bir edim, alacaklı tarafından haklı bir neden olmadan kabul edilmediği takdirde, alacaklı temerrüde düşmüş olur³⁵.

Türk Borçlar Kanunu'muz, alacaklı temerrüdünün bütün sonuçlarını düzenlemiş değildir. TBK. m. 107-110 arasında alacaklı temerrüdünün sadece bazı özel sonuçları hükme bağlanmıştır. Bu maddelere göre, alacaklı temerrüdünün sonuçları, borçlanılan edimin niteliğine göre üçe ayrılır. Bunlar; maddi edimlerde borçlunun borçlanılan şeyi, hasar ve masrafı alacaklıya ait olmak üzere tevdi hakkı,

³³ KILIÇOĞLU, s. 730.

³⁴ EREN, s. 1010.

³⁵ KILIÇOĞLU, s. 666.

bizzat satma ve sattırma hakkı ile maddi edim dışındaki edimlerde sözleşmeden dönme hakkıdır³⁶.

Alacaklının temerrüde düşmesi, borçlunun borçtan kurtulmasına ve borcunun sona ermesine yol açmaz. Türk Borçlar Kanunu'muz bu durumda borçluya, borç konusunu ya da koşulların varlığı halinde bunun sattırılması suretiyle bedelini tevdi ettirerek borçtan kurtulma olanağını tanımıştır. Borçlu, bu yollara başvurmadığı sürece, borcu ifa yükümlülüğü aynen devam eder³⁷.

Alacaklının temerrüdü sadece verme değil, yapma borçları için de söz konusudur. TBK. m. 106 bu amacı vurgulamak üzere “yapma veya verme edimi”nden söz etmektedir. Buna göre, bir istisna ya da hizmet sözleşmesinde, borçlu eseri yaratmaya ya da hizmeti yerine getirmeye hazır olduğu halde, alacaklı bunları kabulden kaçınırsa temerrüde düşmüş olur³⁸.

Konusu verme olan borçlarda, yasa borçluya borç konusunun tevdi edilmesi suretiyle borçtan kurtulma imkânı sağlarken; konusu yapma olan borçlarda ise yasa tevdi yerine borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır³⁹.

Yapma borçlarında alacaklı, borçlu tarafından ifaya hazır olduğu bildirilen edimi kabulden kaçındığında bir teviden ya da satıştan söz edilemeyecektir. Yasa koyucu, yapma borçlarının kendisine özgü niteliğini göz önünde tutarak borçluya sözleşmeden dönme hakkını tanımıştır⁴⁰. Zira yapılması gereken bir işin tevdi edilmesi ya da satılması imkânı yoktur (TBK. m. 110; eski BK. m. 94). Örneğin borcun konusu bir hizmet edimi olup da alacaklı işveren, borçlu işçiye işin yapılması için gerekli talimatı vermez veya işçiyi işyerine sokmazsa borçlu işçi, hizmet sözleşmesinden dönebilir. Çünkü burada işçinin hizmet edimini tevdi etmesi veya satması olanaklı değildir⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 110. maddesi, borçlunun sözleşmeden dönme hakkı konusunda “borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere” yollamada bulunmuştur. Maddeye göre, “Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre

³⁶ EREN, s. 1016-1017.

³⁷ KILIÇOĞLU, s. 669.

³⁸ KILIÇOĞLU, s. 667.

³⁹ KILIÇOĞLU, s. 669-670, 674; EREN, s. 1024.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s. 674.

⁴¹ EREN, s. 1024.

sözleşmeden dönebilir”. Bunun sonucu olarak, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi için borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK. m. 117 vd. (eski BK. m. 101) hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır⁴². Bundan amaç, TBK. m. 125/f. II ve III’te düzenlenmiş bulunan ve borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya tanınmış olan dönme hakkının, alacaklının temerrüdü halinde borçluya da tanınmasıdır. Buna göre, borçlunun sözleşmeyi feshedebilmesi için, alacaklıya ihtarda bulunması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ayrıca alacaklıya bir süre vermesi gerekir. O halde TBK. m. 125 uyarınca her şeyden önce alacaklının temerrüde düşmüş olması gerekir. İkinci olarak borçlunun TBK. m. 123’e göre alacaklıya edimi kabul hususunda kendisinin veya hakimin tayin edeceği uygun bir süre vermesi ve bu sürenin kullanılmadan geçirilmesinden sonra TBK. m. 125’e göre derhal dönme iradesini beyan etmesi gerekir. TBK. m. 124’teki şartların mevcut olması halinde borçlunun alacaklıya ek süre vermesi gerekmez⁴³.

c) Alacaklıya İsnat Edilebilen Nedenlerle Edimin İfa Edilemediği Diğer Hallerde

TBK. m. 111 “Diğer ifa engelleri” kenar başlığı altında, alacaklının şahsından kaynaklanan nedenlerle borcun ifasına engel durumların ortaya çıkması hainde de alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür.

TBK. m. 111 (eski BK. m. 95) şu düzenlemeyi getirmiştir: “ Borçlunun kusuru olmaksızın, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir”.

Yasa koyucu, alacağın kime ait olduğu ya da alacaklının kimliğinde tereddüt olunması nedeniyle borçlunun tevdi yoluyla borçtan kurtulabilmesini bütün borç ilişkileri için genel bir hüküm olarak düzenlemiştir⁴⁴.

TBK. m. 111 alacaklının temerrüdünde olduğu gibi edimin tevdi edilmesi ya da sözleşmeden dönme hakkını şu koşullar mevcut ise kabul etmiştir:

⁴² EREN, s. 1025; KILIÇOĞLU, s. 674.

⁴³ Bkz. “a) Borçlunun Temerrüdünde” başlığı altındaki açıklamalar, s. 9.

⁴⁴ KILIÇOĞLU, s. 675.

**aa) Alacağın Kime Ait Olduğundan ya da Alacaklının Kimliğinden
Kaynaklanan Nedenlerle Edimin İfasının Mümkün Olmaması**

Madde 111’de alacağın temerrüdü hükümlerinin uygulanabilmesi iki hal ile sınırlı tutulmuştur.

aaa) Alacağın Kime Ait Olduğundan Kaynaklanan Nedenler

Burada alacağın kime ait olduğu konusunda ortaya çıkan bir tereddüt söz konusudur. Borçlu alacaklının kimliğinde tereddüde düşmemiştir. Ancak alacaklı olduğunu iddia eden birden fazla kişi ortaya çıkmıştır. Örneğin: B, A’ya ücreti karşılığında bir inşaat yapmayı üstlenmiştir. Ancak B’den alacaklı olduğunu iddia eden C isimli kişi, B aleyhine icra takibi yapmış ve A’dan olan alacağına haciz koydurup bu alacağın kendisine ödenmesini talep etmiştir. B ise, C’nin yaptığı takibin ve alacağına koydurduğu haczin haksız olduğu iddiası ile dava açmıştır. Bu durumda A edimini kime ifa edeceğinde tereddüde düşmüştür. Ancak bu tereddüt alacaklının kimliğinde değildir. Zira B ve C’nin kimlikleri bellidir, fakat alacağın kime ait olduğu yani “aidiyeti” belli değildir⁴⁵.

bbb) Alacaklının Kimliğinden Kaynaklanan Nedenler

Kanunda bu durum “borçlunun kusuru olmaksızın alacaklının kimliğinde duraksama olursa” şeklinde açıklanmıştır.

Burada alacağın kime ait olduğunda değil, alacaklının kimliğinde tereddüt vardır. Örneğin: B, A’ya borçludur. Ancak A ölmüş fakat mirasçılarının kim olduğu belli değildir ya da B’ye başvurup mirasçı olduğunu iddia eden kişilerin mirasçılıkları konusunda tereddüt vardır⁴⁶.

TBK. m. 111, eski BK. m. 95’te olmayan “... ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse” ifadesine yer vermiştir. Maddede “alacağın kime ait olduğundan veya alacaklının kimliğinde

⁴⁵ KILIÇOĞLU, s. 675.

⁴⁶ KILIÇOĞLU, s. 676.

duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple” olmak üzere üç duraksama halinden söz edilmiştir⁴⁷.

Türk Borçlar Kanunu madde 111’de ifade edilen “alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebebin” ne olduğu belirsiz olup maddenin gerekçesinde de bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır⁴⁸.

bb) Borçlunun Kusurunun Bulunmaması

Alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer nedenlerle ifanın mümkün olmaması konusunda borçlunun kusurunun bulunmaması gerekir.

cc) Borcun Alacaklıya veya Temsilcisine İfa Edilememesi

Borçlunun borcunu alacağın kime ait olduğundan, alacaklının kimliğinden veya alacaklıdan kaynaklanan diğer nedenlerle alacaklıya veya temsilcisine ifa etmesi mümkün olmamalıdır.

dd) Alacaklı ya da Temsilcisine İfanın Mümkün Olmaması

Alacaklının şahsından ya da kimliğinden kaynaklanan nedenlerle temerrüt ile ilgili hükümlerin uygulanabilmesi için, alacaklının yetkili bir temsilcisine de ifanın mümkün olmaması gerekir. Alacaklının kimliğinde tereddüt doğmasına rağmen onun yetkili temsilcisi varsa ona ifa mümkündür. Örneğin: B, A’ya borçludur. Ancak A ortadan kaybolmuştur. Fakat A’nın yetkili temsilcisi C vardır. Bu durumda B, alacaklının temerrüdü hükümlerine başvuramayacak ve edimini C’ye ifa edecektir⁴⁹.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, s. 676.

⁴⁸ KILIÇOĞLU, s. 676.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 676.

d) Diğer Haller

aa) Sözleşmenin Uyarlanması

Sözleşmenin kurulmasından sonra içeriğindeki şartlarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler, sözleşmenin kurulduğu anda var olan şartlarla artık birbirine uymayabilir. Sözleşmenin uyarlanması, işte bu sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen ya da hukuken olanaksız hale getiren sebeplerle, sözleşmenin yeni koşullara uygun hale getirilmesini ifade eder⁵⁰.

Sözleşmeler hukukunda ana kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların yükümlülüklerini aynen yerine getirmek zorunda olmalarıdır. Borçlar Hukuku'nda bu konuda geçerli olan ilkelerden birisi, pacta sunt servanda'dır. Bu ilke, borçlunun sözleşmeye bağlı kalmasını, ahde (sözleşmeye, vermiş olduğu söze) vefa göstermesini, şartlar kendi aleyhine sonradan ağır bir şekilde değişse bile, edimini aynen ifa etmesini gerektirir⁵¹. Ancak tarafların edimlerini aynen yerine getirmek zorunda bırakılması, bazen hakkaniyet ve adalet duygularıyla bağdaştırılamaz. Diğer ilke, clausula rebus sic stantibus ilkesidir. Bu durumda sözleşmenin feshi ya da yeni koşullara uyarlanması kabul edilmektedir. Buna göre borçlu, ancak sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür. Şartlar değişmişse, borçlunun durumu, özellikle yükümlülüğü de içeriği itibarıyla veya bağlı olduğu süre yönünden değişmelidir⁵².

Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmuş olduğu gibi, böyle özel bir düzenlemenin bulunmamasına rağmen, genel olarak doğruluk ve güven kuralları gereği kabul edildiği haller de vardır⁵³. Nitekim, "Aşırı ifa güçlüğü" başlığını taşıyan TBK. m. 138, Türk Hukuku'nda uyarlamayı düzenleyen başlıca genel hüküm olup TBK. m. 480/f. II'de eser sözleşmesinde uyarlamayı özel bir hüküm olarak düzenlemiştir⁵⁴. Bu maddelere göre başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülmesi

⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 252; EREN, s. 480.

⁵¹ EREN, s. 481.

⁵² EREN, 481.

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 252.

⁵⁴ EREN, s. 482.

beklenmeyen ya da öngörülebilir de göz önünde tutulmayan durumlar, ifayı engeller veya son derece güçleştirirse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenmediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, özellikle sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır⁵⁵.

Aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılama isteminin temeli, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır⁵⁶. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, TBK. m. 138'de belirtilen şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır:

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.

3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarılamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması halinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.

Bu koşulların bulunmadığı halde ana ilke olan "ahde vefa (sözleşmeye bağlılık)" ilkesi uygulanmalıdır. Ahde vefa ilkesinin istisnası ise, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması ya da sözleşmeden dönmedir ve yasada sıkı koşullara bağlanmıştır.

⁵⁵ EREN, s. 484; KILIÇOĞLU, s. 255.

⁵⁶ KILIÇOĞLU, s. 256.

bb) Sözleşmenin Uyarlanması Yasada Özel Olarak Öngörüldüğü Haller

aaa) Bağışlama Sözü Vermenin Geri Alınması (Bağışlama Taahhüdünden Rücu) (TBK. m. 296)

Burada borçlunun (bağışlama taahhüdünde bulunanın) sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden öngörülmesi mümkün olmayacak şekilde mali durumu olağanüstü derecede bozulmuşsa, değişen bu ağır koşullar karşısında borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

bbb) Ürün Kirasında Kiradan İndirim Hakkı (TBK. m. 363)

Kira sözleşmesi kurulduktan sonra, koşullar ne kadar olumsuz olarak değişir ya da ağırlaşır ağırlaşsın, kiracı kira bedelini aynen ödemekle yükümlüdür. Ancak Türk Borçlar Kanunu'muz ürün kirasında, sözleşmenin kurulmasından sonra, olağanüstü felaket hallerinde ya da tabiat olaylarında tarımsal taşınmazdan ürün elde edilmesi önemli ölçüde azalmışsa, kiracıya kira bedelinden uygun bir indirim yapılmasını isteme hakkı tanımıştır. TBK. m. 363/f. I'e göre (eski BK. m. 282) "Tarımsal bir taşınmazın her zamanki verimi, olağanüstü felaket veya doğal olaylar yüzünden önemli ölçüde azalırsa kiracı, kira bedelinden orantılı bir miktarın indirilmesini isteyebilir". Burada, sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden tahmini mümkün olmayan şartlardaki değişiklik nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması imkânı tanınmıştır⁵⁷.

ccc) Eser Sözleşmesinde (TBK. m. 480)

Eser sözleşmesinde, ücretin götürü olarak (anahtar teslimi ya da sabit olarak) kararlaştırıldığı hallerde, önceden tahmini mümkün olmayan ya da tahmin olup da taraflarca dikkate alınmayan sebepler dolayısıyla işi aynı ücrete yapmak mümkün olmazsa yüklenici, ücretin arttırılmasını ya da sözleşmenin feshini talep edebilir.

⁵⁷ KILIÇOĞLU, s. 253.

TBK. m. 480/f. II'ye göre (eski BK. m. 365) “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir”.

cc) Sözleşmenin Önemli (Mühim) Sebepler Dolayısıyla Feshi

Türk Hukuku'nda sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmenin sonradan ortaya çıkan mühim sebeple feshine imkân tanıyan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak sonradan ortaya çıkan mühim sebeplerle bazı sözleşmelerin feshine olanak tanıyan özel hükümler mevcuttur.

a) TBK. m. 331 ve 369, (eski BK. m. 264 ve 286) maddelerinde böyle bir olanağı kira sözleşmeleriyle ilgili olarak kabul etmiştir. Buna göre, “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir”.

Örneğin: A ile B arasında on yıllığına bir işyeri ile ilgili kira sözleşmesi akdedilmiştir. Kiracı B, kira sözleşmesinin daha ikinci yılında ağır bir trafik kazası geçirip sakat kalmış; kiralanan taşınmazdaki işi yapamaz hale gelmiştir. Bu durumda TBK. m. 331 gereğince kira sözleşmesinin feshi talep edilebilecektir⁵⁸.

b) Hizmet sözleşmesi ile ilgili TBK. m. 435 (eski BK. m. 344) haklı nedenlerin varlığı halinde taraflardan her birinin önceden bir feshi ihbarda bulunma zorunda olmaksızın sözleşmeyi her zaman feshedebileceğini kabul etmiştir. Maddede dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılmıştır.

c) TBK. 599. maddesinde “Kefaletten dönme” kenar başlığı altında getirilen hüküm ile kefalet sözleşmesinde, borçlunun mali durumunun değişmesi nedeniyle kefilin sözleşmeden dönmesi düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Gelecekte doğacak bir

⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 261.

borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir”.

Maddede kefaletten dönme için iki hal kabul edilmiştir:

1) Borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun kötüleşmesi

2) Kefalet sırasında borçlunun durumunun kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması

Her iki halde de gelecekte doğacak olan bir borç nedeniyle kefile kefaletten dönme hakkı tanınmıştır. Çünkü burada borçlu (kefil), geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmeyi sonradan ortaya çıkan bir sebeple kurulduğu andan itibaren sona erdirmektedir.

Burada sözleşmelerde ahde vefa ilkesinin istisnası olan kira sözleşmesinde TBK. m. 331 ve 369 (eski BK. m. 264; 286) ile hizmet sözleşmesinde TBK. m. 435'ten (eski BK. m. 344) farklı bir durum söz konusudur⁵⁹.

TBK. m. 331 ve 369 ile 435. maddelerde sözleşmenin kurulmasından sonra sonradan ortaya çıkan “öngörülemeyen bir nedenle sözleşmenin feshi” söz konusu olduğu halde TBK. m. 599'da ise sözleşmeden dönme söz konusudur. Çünkü birinci durumda sürekli edim borcu doğuran bir sözleşmenin ileriye etkili olarak ortadan kaldırılması, ikinci durumda ise ani edimli bir sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması yani dönme söz konusudur.

Bu özel hükümler dışında sürekli bir borç ilişkisi yaratan sözleşmede, sonradan ortaya çıkan önemli bir sebeple sözleşmenin feshi mümkün olmamakta, genel kural olan ahde vefa ilkesi uygulanmaktadır⁶⁰.

4. Dönme Cezasının Kararlaştırılmasının Hak Sahibine Sağladığı

Kolaylık

Dönme cezasında, borçlunun iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Dönme cezası sayesinde borçlu, dilerse ifayı yerine getirerek sözleşmeyi ayakta tutabilir dilerse de

⁵⁹ KILIÇOĞLU, s. 262.

⁶⁰ KILIÇOĞLU, 262.

kararlaştırılan cezai şartı ödeme ile sözleşmeden dönme hakkını kullanarak hukuki ilişkiye son verebilir⁶¹.

Yasada belirtilen koşullarda ve sınırlı hallerde sözleşme ve ifa yükümlölüklerini sona erdirebilmek yerine, doğrudan sözleşmede kararlaştırılan yetkiye dayanarak borçlunun sözleşmeyi sona erdirme yetkisi bulunmaktadır.

Dönme cezasında asıl alacak ve borcun teminat altına alınması ya da kuvvetlendirilmesi suretiyle ifanın yerine getirilmesi aranmamaktadır; aksine dönme cezasında borçlu, hiçbir zorlukla karşılaşmaksızın sözleşme kurulduktan hemen sonra dahi, sözleşmenin ihlaline gerek olmadan, kararlaştırılan belli bir miktarı ödeyerek ifa yükümlölüğünden kurtulma kolaylığına sahiptir⁶².

Dönme cezası aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Çünkü burada asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi, teminat altına alınmak suretiyle ifasının sağlanması ve böylece alacaklının hukuki durumunun sağlamalaştırılması değil, tam aksine dilerse cezayı ödemek ve sözleşmeden dönmek veya onu feshetmek suretiyle borçlunun durumunun kolaylaştırılması söz konusu olmaktadır⁶³.

Dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olan borçlu, bu sayede sözleşmeyle sınırlanmış olan başka tasarruflarda bulunma özgürlüğüne yeniden kavuşmaktadır ve karşı taraf ile kurmuş olduğu sözleşmedeki sınırlanan ihtiyaçlarını, diğer kişilerle yapacağı başka bir sözleşme ile tatmin etme imkânına sahip olacaktır⁶⁴.

şunu da belirtelim ki, yeni TBK. m. 179/f. III'teki dönme cezasına ilişkin hükümler maddenin diğer fıkralarındaki hükümlerde olduğu gibi emredici değil; tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle irade serbestisi ilkesi doğrultusunda, emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla dönme cezasının niteliğini ve sonuçlarını taraflar diledikleri gibi kararlaştırabilir.

⁶¹ KOCAAĞA, s. 155.

⁶² EREN, s. 1186; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

⁶³ EREN, s. 1186.

⁶⁴ Bkz. EKİNCİ, s. 188.

II. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUNU SINIRLANDIRMA AMACI

Dönme cezasında, borçlunun dönme nedenine dayalı olarak akdin ortadan kalkmasından doğan menfi zarara karşılık istenebilecek tazminat, sözleşmede kararlaştırılan ceza ile sınırlı kalmaktadır⁶⁵. Yani borçlu seçimlik hakkını sözleşmeden dönme yolunda kullandığı takdirde, alacaklı sadece menfi zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir ki bu da zaten dönme cezasında kararlaştırılmış olan miktardır. Borçlunun sorumlu tutulacağı miktar sözleşmede kararlaştırılan cezai şartla sınırlı olacaktır.

TUNÇOMAĞ, cezai şart miktarının, alacaklının uğrayacağı zararın altında kalması durumunda dönme cezasının bir tür sorumsuzluk kaydı ya da sorumluluğu sınırlandıran bir anlaşma olabileceğini; fakat bunun için cezai şartın (sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen kurala göre eski BK. m. 99-100 ve yeni TBK. m. 115-116 karşısında geçerli olmaması gerektiğini ve bu şekilde hareketin kanuna karşı hile sayılacağını ileri sürmektedir⁶⁶.

Eski Borçlar Kanunumuzun 99. maddesine göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı, alacaklının anlaşmanın yapıldığı anda borçlunun hizmetinde bulunması ya da hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen sanatın icrasından doğan zararlar nedeniyle taraflar borçlunun hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağını kararlaştırmış olsalar bile, hâkim sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak hafif kusur bakımından dahi bu şartı hükümsüz sayabilir. Buna karşılık eski Borçlar Kanunumuzun 100. yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 116. maddesine göre, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür; ancak eski BK. m. 100 /f. III'e göre alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurundan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.

Düşüncemize göre, dönme cezasının bir tür sorumsuzluk anlaşması gibi değerlendirilip hükümler doğuracağını kabul etmek pek isabetli görünmemektedir.

Bir kere sorumsuzluk anlaşması, bir borca aykırılık halinde tarafların, ileride alacaklı lehine ortaya çıkabilecek bir tazminat talebinin doğması durumunda,

⁶⁵ **EKİNCİ**, s. 188.

⁶⁶ **TUNÇOMAĞ**, s. 51.

borçlunun sorumluluğunu tamamen ya da sınırlı olarak ortadan kaldıran bir anlaşmadır⁶⁷. Dönme cezası ise, borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebilmesidir ki bu sayede borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Sorumsuzluk anlaşmasında, bir borca aykırılık şartı aranırken; dönme cezasında, borçlunun borcunu ihlal etmesi şartı aranmamaktadır. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir; asıl sözleşmenin geçerliliği özel bir şekil şartına tabi olsa bile sonuç değişmez; sorumsuzluk anlaşmasının aynı şekilde yapılması zorunluluğu yoktur⁶⁸. Dönme cezasının ise, geçerliliği şekle bağlı olmamakla birlikte; asıl borç şekle bağlı bir işlemde doğmuş ise bu borcun fer'i olan cezai şartın da şekle uyulmak suretiyle yapılması zorunluluğu vardır⁶⁹.

Sonra dönme cezasında borçlunun borcu ifa edip etmeme gibi bir seçeneği varken; sorumsuzluk anlaşmasında bir seçim hakkı olmamakla birlikte, borçlunun borcunu ifa edip etmemekte serbest olduğuna ilişkin anlaşma da sorumsuzluk sözleşmesi (anlaşması) olarak kabul edilmemektedir⁷⁰.

§ 3. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER VE BU GÖRÜŞLERİN DÖNME CEZASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cezai şartın hukuki niteliği konusunda muhtelif görüşler savunulmuştur. “İradi dönme” dışındaki görüşler esas olarak zaten cezai şartın diğer türleri açısından savunulabilir. Bu açıdan bile cezai şartın niteliğini açıklamada tereddüt yaratan görüşleri, işlevinin tamamen farklı olduğu dönme cezası bakımından savunmak daha güçtür. Aşağıda bu görüşler, dönme cezası bakımından değerlendirilecektir.

⁶⁷ Bkz. **EREN**, s. 1085 vd. ; **KILIÇOĞLU**, s. 649 vd.

⁶⁸ Bkz. **EREN**, s. 1087 vd. ; **KILIÇOĞLU**, s. 651.

⁶⁹ Bkz. **EKİNCİ**, s. 53.

⁷⁰ **EREN**, s. 1086; ayrıca bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 33-34.

I. CEZA GÖRÜŞÜ

Doktrinde bazı yazarlar tarafından cezai şartın hukuki niteliğinin bir “*ceza*” olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre cezai şartın amacı ceza kanunlarında yer alan cezaların önleyici fonksiyonundan yararlanarak borcun zamanında ifa edilmesinin sağlanmasıdır⁷¹.

STAUDINGER, “cezai şartın gerçek bir ceza olduğunu ve onun hukuka aykırı bir hareketi cezalandırmak için konulduğunu; kamu cezasından da sadece alacaklının menfaatini korumak üzere tesis edilmiş bulunması ile kolayca ayrılabilceğini” söylemektedir⁷².

Bu görüş *TUNÇOMAĞ* tarafından kabul edilmemektedir; çünkü Borçlar Kanunumuz cezai şarta “*ceza*” niteliği vermek isteseydi ifa veya ifayı karşılayan tazminat yanında cezai şartın da istenebileceğini genel surette kabul etmesi gerekirdi. Oysa Borçlar Kanunumuz, sadece bir yerde yani zaman ve yer bakımından sözleşmeye aykırı davranılması halinde ifa yanında cezai şartın da istenebileceğini kabul etmiştir⁷³. Aynı şekilde, cezai şartın bünyesinde yer alan zorlayıcı nitelik, cezai şart müessesesinin niteliğinin de ceza olduğunun kabul edilmesini haklı kılmaz.

Ancak özel hukuk alanında bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin aynı zamanda ceza kanunlarında suç sayılması durumunda cezai şart kamu cezası ile birlikte ortaya çıkabilir. Örneğin, mala zarar verme eylemleri için bir cezai şart kararlaştırılmış ise hem kamu cezası hem de özel hukuktan doğan cezai şart bir arada bulunabilir⁷⁴.

Cezai şartın üçüncü bir türü olarak yeni Türk Borçlar Kanunu’nuzun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen dönme cezasının hukuki niteliğine “*ceza*” vasfı yüklemek düşüncemize göre de yanlış olurdu. Gerçi dönme cezası, cezai şarttaki gibi borçluyu borcunu ifa etmeye zorlamamaktadır; lakin dönme cezasında da borçlunun iki seçimlik hakkından biri olan edimi yerine getirme yükümlülüğü mevcuttur.

⁷¹ **EKİNCİ**, s. 40 vd. ; **TUNÇOMAĞ**, s. 21.

⁷² **STAUDINGER/WERNER**, §§ 339/345, I (580), (**TUNÇOMAĞ**, s. 22’den naklen).

⁷³ Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 26.

⁷⁴ **BECKER**, m. 160, N. 16, s. 220, (**EKİNCİ**, s. 41’den naklen).

Zorlama amacı yeterince korunamamış olsa da dönme cezasında da borçlu kural olarak, borcuna uygun hareket etmekle yükümlüdür. Nitekim borçlu ifayı seçip bunu yerine getirme yükümlülüğündeysen bu borcunu yerine getirmemişse, dönme cezasında alacaklının sadece cezai şartı talep etme yetkisi söz konusu olacaktır.

Şunu da ekleyelim ki “*ceza*” vasfı kamu hukukundan doğmaktayken; tarafların aralarında karşılıklı irade beyanlarıyla karşılaştırdıkları cezai şart (ve buna bağlı olarak cezai şartın türü olan dönme cezası) özel hukuktan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla cezai şartın, kamu hukukundaki ceza ile bir ilgi ve alakası yoktur⁷⁵. Arkun da, cezai şartın adından başka hiçbir tarafında cezailiğin mevcut olmadığını ve adındaki “*cezai*” kelimesinin bu gibi anlayışlara sebep olduğunu ileri sürmektedir⁷⁶.

II. TAZMİNAT GÖRÜŞÜ

Cezai şart, eski Fransız mahkeme içtihatlarında “muhtemel zarar-zıyanın takdiri mahiyeti”nde görülmekteydi. Başka bir deyişle bu görüş, cezai şartın mahiyetini, zarar-zıyanın önceden tayin olunan ve yargıcın takdirine göre sonradan azaltılabilip çoğaltılabilen tahmini bir tazminat şeklinde açıklıyordu. Yani, kararlaştırılan miktarın az olduğunu öne süren alacaklının iddiasını yerinde gören yargıç, bu miktarı çoğaltabileceği gibi, uğranılan zararın az olması halinde de cezai şartın miktarını azaltabiliyordu. Demek ki cezai şart yargıç tarafından değiştirilebilen, geçici ve tahmini bir miktar parayı ifade etmekteydi⁷⁷.

Ancak cezai şartın sadece “*tazminat*” görevini ifa ettiğini de kabul etmemiz doğru olmaz; nitekim kabul edersek, yeni Türk Borçlar Kanunu’nuzun 180. maddesinin birinci fıkrasında (eski BK. m. 159/f. I’de) “zarar olmasa da cezanın ödenmesi gerektiği”ni bildiren bir hükme yer verilmemesi gerekirdi.

O halde; cezai şart hakkında ileri sürülen bu görüşün de, cezai şartın türü olan dönme cezası bakımından herhangi bir farklılık oluşturmadığını belirtmek isteriz.

⁷⁵ **TAHİR, Kamık**, Cezai Şart, AD. , Yıl 41, S. 8, Ağustos, 1950, s. 1071.

⁷⁶ **ARKUN, Kudat**, Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti, Ank. BD. , C. 5, S. 58-59, Şubat, 1949, s. 34.

⁷⁷ **MAULER**, 115/116, (TUNÇOMAĞ, s. 23’ten naklen).

III. İRADI DÖNME GÖRÜŞÜ

Cezai şartın diğer türleri için söz konusu olmayan, sadece TBK. m. 179/f. III'te düzenlenen dönme cezası bakımından temsil edilen bu görüş, dönme cezasının hukuki niteliğini akdî (iradi) dönme olarak açıklamaktadır.

Dönme kavramı, iradi dönme ve kanuni dönme olmak üzere ikiye ayrılır. Taraflar herhangi bir sözleşmeyi yaparken ileride bundan dönmeyi saklı tuttıkları takdirde “*iradi dönme*” söz konusu olur⁷⁸. Pişmanlık akçesi (cayma parası) ile cezai şartın üçüncü bir türü olan dönme cezası ise iradi dönmeye örnek gösterilebilmektedir⁷⁹.

IV. İRADI ŞART GÖRÜŞÜ

Cezai şartın, şarta bağlı borçlara benzetilmesinde “*iradi şart*”ların göz önüne alındığı kuşkusuzdur.

Taraflar hukuksal işlemlerde, ileride doğup doğmayacağı şüpheli olaylara bağlı olarak işlem kurma gereksinimi içinde bulunabilirler. İşte hukuki işlemin sonuç doğurmasının veya ortadan kalkmasının gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanmasına “*şart*” adı verilir ve bu şüpheli olayın gerçekleşmesine bağlı borca da “*şarta bağlı borç*” denir⁸⁰.

Şart, olayın konusuna ve doğurduğu sonuçlara göre çeşitli türlere ayrılır. Olayın konusuna göre şart, olumlu şart, olumsuz şart; iradi şart, tesadüfî şart ve karmaşık şart olmak üzere beşe ayrılırken; olayın doğurduğu sonuçlara göre ise şart, erteleyici (taliki) şart ve bozucu (infisahi) şart olmak üzere ikiye ayrılır.

Gerçekleşmesi tarafların iradesine bağlı olan şarta “*iradi şart*” denir ve bu irade alacaklıya veya borçluya ait olabilir. Burada şart tarafların iradi bir fiilinden, bir yapma veya yapmama davranışından ibaret olabilir. İradi şart, erteleyici veya bozucu nitelikte olabilir. Örneğin muayene veya tecrübe şartıyla satışta satılan şeyin alıcı tarafından kabulü iradi bir şarttır⁸¹.

⁷⁸ LARENZ, I, sh. 273; 403; MEDICUS, I, sh. 225; KELLER/SCHOBI, I, sh. 310; BUCHER, sh. 393, (EREN, s. 1260'tan naklen).

⁷⁹ EREN, s. 1260.

⁸⁰ EREN, s. 1161 vd. ; KILIÇOĞLU, s. 752 vd.

⁸¹ Ayrıca bkz. EREN, s. 1169; KILIÇOĞLU, s. 756-757.

Tarafların iradesine bağılı olan iradi şartın, aslında bir tür dönme cezası olduğunu ileri süren görüşe⁸² de rastlamaktayız. Bu görüşe göre, dönme cezasında borçlu, karşı tarafa dönme cezasını ödemeyip sözleşmeden dönme hakkını kullanmayarak ifayı taahhüt etmektedir. Yani borçlu, alacaklıya “ben dönme cezası hakkımdan vazgeçerek sana borcumu ifayı taahhüt ediyorum”⁸³ demektedir. Buna göre, buradaki iradi şart bozucudur; borçlunun dönme cezası hakkını kullanmaması biçimindeki bozucu şartla ifa taahhüt edilmiştir.

O halde, bu görüşe göre, borçlu dönme cezası hakkını kullanmıyorsa alacaklı, aynen ifa isteminde bulunabilecektir; dönme cezasını seçtiği anda ise borcun aynen ifası istenemeyecek, alacaklı sadece cezai şartı isteyebilecektir.

Şarta bağılı borçlar ile cezai şartı birbirinden ayırmak oldukça zor olsa da bu iki kurum arasındaki yakınlık ve benzerlikten dolayı *VON TUHR/ESCHER* ve *TUNÇOMAĞ* da, cezai şartın şarta bağılı borçların en önemli uygulama yeri olduğunu belirtmektedirler⁸⁴. *TUNÇOMAĞ*'a göre, “Şartlı muamelenin geçerlilik unsurları göz önüne getirilince, cezai şartın şarta bağılı borç olarak kabulü mümkün görünür. Asıl borcun hiç veya gerektiği şekilde ifa edilmemesi gelecekte ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir vakiyadır. Ayrıca cezai şartın doğumunun bu vakiyaya bağlanması tarafların iradeleriyle olmuştur. Diğer taraftan akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi borçlunun bir fiili olduğuna göre, cezai şartın bağlandığı bu şart, iradi bir şarttır”⁸⁵.

Bu görüşler ilk bakışta oldukça mantıklı görünmektedir. Çünkü teknik anlamda aranan şüpheli olma durumu dönme cezasında da söz konusudur. Gerçekten borçluya tanınmış olan bu seçimlik haktan dolayı borçlunun borcunu ifa edip

⁸² Farklı görüşte olan, **OĞUZMAN/ÖZ**'e göre “Cezai şart (sözleşme cezası) bir tür geciktirici (erteleyici) şarta bağılı edim borcudur”. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 898 vd.

⁸³ Aslında burada borçlunun borcunu ifayı taahhüt etmesi zaten sözleşmeyi ayakta tutmak istediğini göstermektedir; ayrıca dönme cezası hakkını kullanmamasını şarta bağlamasına gerek yoktur ki; zaten borçlu, seçimlik haklarından birisi olan ifayı seçmiş; bu da dönme cezası hakkından vazgeçtiği, onu kullanmadığı anlamına gelmez mi? Böyle bir durumda *düşüncemize göre*, bu durumun şarta bağlanması da mümkün olmamalıdır. Nitekim bozucu yenilik doğuran bir hak olan ve borçluya tanınan dönme hakkı şarta bağılı olarak yapılamamaktadır. Bunun için bkz. **EREN**, s. 1167.

⁸⁴ **VON TUHR/ESCHER**, sh. 277, (**KOCAAĞA**, s. 70'ten naklen); bkz. **BİLGE**, s. 56 vd.

⁸⁵ **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Hukuku Dersleri II, s. 588/591; **SEÇKİN**, s. 16; Farklı, **SECRETAN**, s. 50; **SCHOCH**, s. 7, (**TUNÇOMAĞ**, s. 38'den naklen). Hatta bkz. **EKİNCİ**, s. 39; **EREN**, s. 1183; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 898 vd. **OĞUZMAN/ÖZ**, **EKİNCİ** ve **EREN**'e göre, cezai şart geciktirici şarta bağılı bir edim borcudur. **BİLGE** ise, cezai şartın iradi mahiyette geciktirici şarta bağılı bir borç olduğunu bir an kabul etmektedir; çünkü **BİLGE**, “Bu görüşün dayandığı mesnet hukuki bakımdan pek sağlam gözükmemektedir.” demektedir. Ayrıca bkz. **BİLGE**, s. 56.

edemeyeceği başlangıçta belli değildir. İradi şartta, şartın gerçekleşmesi borçlunun olduğu kadar alacaklının da iradesine tabi kılınabildiği halde, dönme cezasında şüpheli olayın gerçekleşmesi, yani borcun ifa edilip edilmeyeceği hususu yalnız borçlunun iradesine tabidir⁸⁶.

Diğer taraftan dönme cezasını, gerçekleşmesi yalnız borçlunun arzusuna bırakılmış iradi şarta bağlı borç olarak nitelendirmek de doğru değildir. Çünkü iradi şarta bağlı borçlarda borçlu, şartı yerine getirip getirmemekte tamamen serbest olup hiçbir hukuki mükellefiyet altında bulunmamaktadır. Oysa dönme cezasında ise borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek borçtan kurtulma durumu ya da ifayı yerine getirerek sözleşmeyi ayakta tutma gibi seçimlik bir hakkı mevcut olsa da bu seçimi yapması hukuki bir mükellefiyettir⁸⁷.

Ayrıca şartta, kararlaştırılmış bulunan şartın gerçekleşmesiyle birlikte borç da kendiliğinden doğar; borçlu veya alacaklı şartın tesadüfen meydana geldiğini yani bu durumun borçluya yüklenemeyen bir olay sonunda doğduğunu iddia edemez⁸⁸; hâlbuki dönme cezasında, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz veya aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun sorumlu olmayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezanın ifası, asıl borçla birlikte sona ermektedir.

Şarta bağlı borçlarda şartın gerçekleşmesinden önce tek bir borç olup, bu da şarta bağlıdır; şartın gerçekleşmesinden sonra ise aynı borç, şarta bağlı olmaktan kurtulur. Oysa dönme cezasında biri asıl diğeri fer'i nitelikte olmak üzere iki borç söz konusu olup şartın gerçekleşmesiyle fer'i borç asıl borçtan ayrı bağımsız bir nitelik kazanır⁸⁹.

İspat yükü bakımından incelediğimizde de, dönme cezasında borcu ifa etmeyip kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlu bunu ispat yükü altındayken; şartta, şartın gerçekleşmiş olduğunun ispatı alacaklıya aittir⁹⁰.

⁸⁶ **KOCAAĞA**, s. 71; **BİLGE**, s. 56; **GÜNAY**, s. 73.

⁸⁷ **BİLGE**, s. 57; **KOCAAĞA**, s. 71.

⁸⁸ “Örn: Bir kimse evinin manzarasını kapatan komşusuna ait bir ağacın kaldırılması kabul edildiği takdirde 100.000 TL. vermeyi taahhüt etmektedir. Diğer taraf buna rıza göstermiş olup da henüz işe başlamadan önce bir fırtına, yangın, sel ya da yıldırım sonucu ağaç ortadan kalkmış olsa bile, şart gerçekleşmiş sayılır. Şart koymuş olan taraf, bu durumu ileri sürerek borcun ifasından kaçamadığı gibi borç ödenmiş ise bunun geri alınması talebinde de bulunamaz.” Bkz. **KOCAAĞA**, s. 72; **GÜNAY**, s. 74.

⁸⁹ **GÜNAY**, s. 74; **KOCAAĞA**, s. 72; **TUNÇOMAĞ**, s. 39.

⁹⁰ **TUNÇOMAĞ**, s. 38; **KOCAAĞA**, s. 72; **GÜNAY**, s. 73-74; **BİLGE**, 57-58.

Bütün bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, aralarında benzerlik bulunmakla birlikte cezai şart ile şarta bağlı borçlar arasında önemli farklar mevcuttur. Bu nedenle dönme cezasının “*iradi şart*”a bağlı borç niteliğinde olmadığı yolundaki düşüncelere katılmaktayız.

V. GÖTÜRÜ TAZMİNAT GÖRÜŞÜ

Bazı yazarlar cezai şartı “*götürü tazminat*” mahiyetinde görmektedirler. Onlara göre, “cezai şart, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü⁹¹ surette tespitidir”.

Bazı yazarlar da cezai şartı götürü tazminat niteliğinde görmeyip bunun nedenini de cezai şartın aksine, götürü tazminatın borçlu üzerinde psikolojik bir baskı yapmak suretiyle borçluyu ifaya zorlama amacının olmamasına bağlarlar⁹².

Götürü tazminat, taraflarca önceden ve götürü olarak, borcun ifa edilmemesi halinde kararlaştırılan ve tazmin edilmesi gereken muhtemel zarar miktarının tespitidir. Kural olarak bu miktarın sonradan arttırılıp azaltılması mümkün değildir⁹³.

Borçlar Kanunumuz yönünden de cezai şartın “*götürü tazminat*” niteliğini savunmak mümkündür. Gerek yeni Türk Borçlar Kanunu’muz m. 179/f. I’de sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hali için düzenlenen seçimlik cezai şartta gerekse yeni Türk Borçlar Kanunu’muz m. 179/f. II’de borcun belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi durumu için düzenlenen ifaya eklenen cezai şartta, cezai şartın hukuki mahiyetinin “*götürü tazminat*” olduğunu kabul etmek gerekir. Miktarın götürü olması hâkim tarafından değiştirilememesi sonucunu doğurmalıydı;

⁹¹ MAULER, s. 122, (TUNÇOMAĞ, s. 23’ten naklen); TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/AL TOP, s. 342 ve ayrıca bkz. N. 1 atıfı; özetle, Yargıtay da “ceza koşulu bir hukuki işlemle belirlenen “*götürü*” bir edimdir.” şeklinde içtihat etmiştir; yine aynı şekilde YHGK. , 16.04.1986 T. , E. 1984/13-730, K. 1986/416, “Özet: Sözleşmede “tazminat” sözcüğü kullanılmış ise de, tazminatın “*götürü*” olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalı (borçlunun) yüklendiği bu edimin cezai şart olduğunu açıkça göstermektedir. Taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttir. Ancak cezai şartın borçlu üzerinde adaletle aykırı sonuç doğurmaması da gerekir.”, ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKÇEOĞLU, s. 171; Y. 15. HD. , 19.03.1998 T. , E. 1998/684, K. 1998/1085, “Özü: Sözleşme ile “*maktu*” olarak tayin edilen dönme (cayma) cezası ile tüm zararlar karşılanmış sayılacağından, dönme cezası ile birlikte davalıya yapılmış olan fazla ödeme varsa bu ödemenin tahsiline, eksik iş, kar kaybı vb. istem kalemlerinin reddine karar verilmelidir.”, bkz. www.hukukturk.com, e.t. : 08.12.2009.

⁹² BENTELE, sh. 20-21; LARENZ, sh. 383 vd. ; IM, sh. 71 vd. ; WIEMER, sh. 139. Karş. BEUTHIEN, sh. 497, “Oysa cezai şartın en önemli işlevlerinden biri, borçlu üzerinde baskı meydana getirmek suretiyle borçluyu ifaya zorlamaktır.”, (KOCAAĞA, s. 53’ten naklen).

⁹³ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 29; GÜNAY, s. 37; GÖKÇEOĞLU, s. 36; EKİNCİ, s. 45.

fakat Borçlar Kanunumuz, hâkime aşırı gördüğü miktarı indirme yetkisi verdiği gibi (eski BK. m. 161/f. III ve yeni TBK. m. 182/f. III) bir de borçlunun kusurunu ispat etmek şartıyla alacaklıya ek zarar talebinde bulunma (eski BK. m. 159/f. II ve yeni TBK. m. 180/f. II) imkânı da vermiştir. Ancak bu iki istisna, *GÖKÇEOĞLU*'nun da belirttiği gibi, cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olmadığına imkân vermez; çünkü, kanun koyucu burada, koymuş olduğu kuralları yine getirmiş olduğu istisnalarla yumuşatma yoluna gitmiştir⁹⁴.

Pekiye cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olması, dönme cezası açısından da geçerli midir?

Dönme cezasında, borçlunun ya ifaya devam etmek suretiyle sözleşmeyi ayakta tutmak ya da kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır.

Her ne kadar borçlu lehine de olsa, aslında dönme cezasında da, borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda alacaklının uğrayacağı bir zarar⁹⁵ muhakkaktır ve burada da borçlu, asıl borcu olan edimi ifa etmezse karşılaşacağı sonucu önceden bilmektedir; bu da onu bir nevi ifaya zorlamaktadır; çünkü artık borçlunun, sözleşmeden dönme hakkı kalmayıp sadece alacaklının talebi olan cezai şartı ödeme durumu mevcuttur. Nitekim dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını seçip de borçlunun bu hakkını kullanmaması ya da ispatlayamaması neticesinde ise alacaklı ya aynen ifa ya da cezai şart talebinde bulunabilecektir.

Yani her iki halde de, borçlunun kendisine tanınan iki haktan birini seçip yerine getirmesi borcu varken, bunu yapmaması borcun ifa edilmemesi anlamını taşır.

Sonra dönme cezasında alacaklı, sözleşmeden dönme yüzünden uğradığı gerçek zarar, sözleşmeden dönen borçlunun ödeyeceği dönme cezasından fazla bile olsa, borçludan bunu talep edemez. Çünkü taraflar dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun sadece bu miktarı ödeyerek ve başkaca bir yüküm altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği konusunda anlaşmışlardır⁹⁶.

⁹⁴ *GÖKÇEOĞLU*, s. 36.

⁹⁵ Bu zarar ya asıl borcun ifa edilmemesinden doğan "*müşpet zarar*" ya da sözleşmeden dönülmesi neticesinde doğan "*menfi zarar*"dır.

⁹⁶ *OĞUZMAN/ÖZ*, s. 911.

Dolayısıyla “*götürü tazminat*”ın zarar miktarını aşmaması, cezai şartın üçüncü bir türü olan dönme cezasında kural olarak mümkündür. Ancak daha önceden de belirttiğimiz gibi ek tazminat talebinde bulunulması, cezai şartın “*götürü tazminat*” olduğu fikrinin reddine imkân vermez.

Düşüncemize göre, cezai şartın ve cezai şartın üçüncü türü olan dönme cezasının hukuki niteliğinin “*götürü tazminat*” olduğu fikri daha yakın ve uygun bir nitelendirilmedir.

§ 4. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI

I. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI BULDUĞU İŞLEMLER

Uygulama alanı başlığı altında, dönme cezası müessesesinin en çok uygulandığı alanlar aşağıda ele alınacaktır. Ayrıca, istisnai bazı durumlarda kanundan dolayı doğrudan dönme cezası kullanımının yasaklandığı halleri ele alacağız.

Kural olarak, geçerli bütün hukuki işlemlerde dönme cezasına yer verilmesi mümkündür. Dönme cezasında, borç ilişkisinin Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, İş Hukuku alanlarına ilişkin olması mümkündür. Uygulamada taşınmaz satım vaatlerinde⁹⁷, özellikle tacirler arasındaki işlemlerde⁹⁸ sıklıkla görülmektedir.

A. BORÇLAR HUKUKUNDA

Borçlar hukuku, dönme cezasının en çok uygulandığı alanlardan biridir. Borçlar hukuku sözleşmeleri, kanunun getirmiş olduğu istisnai durumlar dışında dönme cezası kaydı içermeye oldukça müsaittir. Bu sözleşmelere örnek olarak inşaat

⁹⁷ Y. 14. HD. , 18.03.1986 T. , E. 1985/3898, K. 1986/1799, “Özü: Alıcı satış bedelini tamamen ödemiş ve onun bir borcu kalmamıştır. Artık, ferağ takririni vermek suretiyle kendi borcunu yerine getirecek olan sadece satış vaadinde bulunandır. Satış vaadi sözleşmelerine konulan cayma halinde tazminat ödeneceğine dair hüküm Borçlar Kanunundaki zamanı rücu olmayıp tamamen bir ceza koşulu niteliğindedir. Alıcı dilerse vadin yerine getirilmesini, dilerse ceza koşulunun ödenmesini ister. Satıcı ceza koşulunu ödeyerek kendi yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulamaz.”, www.sinerjias.com, e.t: 14.10.2013.

⁹⁸ Y. 11. HD. , 16.10.1990 T. , E. 1989/6246, K. 1990/6605, “Özü: Taraflar tacir olduklarından, sözleşmede hükme bağlanan cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle tenkisi mümkün değildir.”, www.kazanci.com, e.t: 23.08.2010.

sözleşmeleri, istisna (eser) sözleşmeleri⁹⁹, satım ve hizmet sözleşmelerini sayabiliriz. Örneğin: (A) ile imalatçı firma (B) arasında yapılan istisna (eser) sözleşmesine göre (A), (B)'den bir dolap sipariş etmiştir ve asıl borcun yerine getirilmemesi halinde, taraflar, asıl sözleşmenin yapıldığı sırada kararlaştırmış oldukları dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebileceklerdir. İmalatçı firma (B)'nin dolabı imal etmesinde bir sıkıntı yaşaması durumunda, cezayı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebilme imkânına kavuşması, onu (imalatçı firma (B)'yi/borçluyu) ifa yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Borçlu, sözleşmeye konulacak bu madde ile sözleşme yapıldıktan hemen sonra dahi, herhangi bir şekilde borç ihlaline gerek olmadan “dönme cezası”nı ödeyerek borçtan kurtulabilir.

Dönme cezasının en önemli uygulama alanı, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri¹⁰⁰ ile istisna (eser) sözleşmeleridir¹⁰¹. Sözleşmenin içeriğinin genel

⁹⁹ Y. 15. HD. , 10.04.1989 T. , E. 1988/2592, K. 1989/1833, “Özü: Eser sözleşmelerinde uygulama olanağı bulunan ve bu açıdan özel hüküm niteliğini taşıyan eski BK. m. 369; yeni TBK. m. 484 hükmü gereğince, iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir. Kuşku yoktur ki tarafların bu yasal hükme aykırı olarak yapacakları sözleşmeler de geçerlidir. Somut olayda, sözleşmenin 14. maddesinde, cayma halinde tarafların uğrayacakları zararlar (ayrıca) demek suretiyle cayma cezasının dışında bırakılmıştır. O halde, davalının fesih nedeniyle uğrayacağı zararların ödenmesi durumunda, iş sahibinin her zaman sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilmelidir.”, www.sinerjias.com, e.t: 17.08.2010.

¹⁰⁰ Y. 15. HD. , 14.07.2005 T. , E. 2005/2333, K. 2005/4271, “Özü: Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz payı devrini de içerdiğinden tek taraflı olarak feshi mümkün değildir. Feshin kabulü yönünde taraf iradelerinin birleşmesi halinde akdi ilişki sona erer. Sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeye uymaması halinde yapılan masraflar ile kararlaştırılan miktar parayı ödeyeceği vardır. Bu ceza, dönme cezasıdır. Dönme cezası kararlaştırılan durumlarda başkaca zarar talebinde bulunulamaz.”, www.hukukturk.com, e.t. : 08.12.2009; Y. 15. HD. , 28.09.2010 T. , E. 2010/4150, K. 2010/4834, “Özü: Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan cezanın tahsili, manevi tazminat ve kar mahrumiyeti istemlerinden ibarettir. Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, eski Borçlar Kanununun 158/f. III. maddesindeki (yeni TBK. m. 179/f. III) dönme cezasıdır. Davalı arsa sahipleri sözleşmedeki maddeye dayanarak sözleşmeden dönmüşlerdir. Dönme cezasının istenmesi ve mahkemece karar altına alınması durumunda, yüklenici başka bir sebeple tazminat ve alacak isteminde bulunamaz. Somut olayda, davacı tarafça sözleşmenin ilgili maddesindeki dönme cezası davaya konu yapıp mahkemece de karar altına alındığına göre, kural gereği davacı tarafın kar mahrumiyeti isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, kar mahrumiyeti isteminin de kabulü doğru değildir.”, www.kazanci.com, e.t: 02.09.2013.

¹⁰¹ Y. 15. HD. , 15.12.1997 T. , E. 1997/4630, K. 1997/5375, “Özü: Dava, istisna (eser) sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki sözleşmeyle kararlaştırılan ceza, dönme cezası olup, sözleşmeden dönülmediğine, kira alacağı talep edilerek sözleşmenin ifası istenildiğine göre anılan cezaya ilişkin istemin kabulü de doğru değildir.”, www.hukukturk.com, e.t. : 08.12.2009; Y. 15. HD. , 30.05.1996 T. , E. 1996/1303, K. 1996/3035, “Özü: Taraflar arasındaki ihtilaf, inşaatın kötü yapımı nedeniyledir. Davalı, eski Borçlar Kanununun 106. maddesinin (yeni TBK. m. 125) sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/f. II. maddesi (yeni TBK. m. 473) uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de, davacıya verilecek bir mihilden de sonuç alınamayacağı anlaşılmış olduğundan, davalı Kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle, sözleşme kurallarına uymayan yüklenici bu koşula bağlı dönme cezasını isteyemez.”, www.kazanci.com, e.t: 02.09.2013.

işlem şartlarıyla belirlendiği hallerde de sıklıkla, genel işlem şartlarında dönme cezası ile ilgili kayıtlara yer verildiği görülmektedir.

1. Sözleşmenin Muhtevasının Genel İşlem Şartlarıyla Belirlendiği Hallerde Dönme Cezası İle İlgili Kayıtlar

Genel işlem şartlarını, “gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşulları” şeklinde tanımlamak mümkündür¹⁰². Dolayısıyla genel işlem şartları, çok sayıda sözleşmenin içeriğini düzenlemek amacıyla önceden hazırlanmış sözleşme hükümleridir.

Genel işlem şartlarının konusunu çoğunlukla ifa yeri, ifa zamanı gibi ifanın tarz ve unsurları; cezai şart, temerrüt faizi, sözleşmeden dönme hakkı gibi akde aykırılığın sonuçları; sorumluluk ve tazminat gibi yan noktalar oluşturur. Bununla birlikte asli unsurlar da önceden tek yanlı belirlenmiş olabilirler. Örneğin, taksitle ve kampanyalı satışlarda şey karşılığı ödenmesi gereken semen de çok sayıda sözleşmede her defasında sabit bir şekilde uygulanmak üzere önceden belirlenmektedir¹⁰³.

Genel işlem şartları içeren iş sözleşmesinde de cezai şart öngörülmesi mümkündür. İşveren ve işçi, ücret üzerinde anlaşmakta ve sözleşmeyi işverence önceden tek taraflı olarak hazırlanmış genel işlem şartları altında imzalamaktadırlar. Hizmet sözleşmesinin içeriği tek tarafça belirlenmekte ve işçinin bu şartlar üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. İşçi kendisine sunulan genel işlem şartlarıyla sözleşmeyi yapmak mecburiyetinde bırakılmaktadır¹⁰⁴.

¹⁰² HAVUTCU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s. 74.

¹⁰³ HAVUTCU, s. 91.

¹⁰⁴ OĞUZ, Cemal, “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993, s. 13-14, (OĞUZ, Genel İşlem Şartları).

2. Taksitle Satışlarda

Borçlar Kanunumuz, taksitle satışlarda sözleşme özgürlüğüne cezai şart açısından bir kısıtlama getirmiştir. Eski Borçlar Kanunumuzun 160. yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 181. madde hükmü, kısmi ödemelerin alacaklıya kalacağı şeklindeki sözleşmelerin, cezai şart hükümlerine tabi olduğunu kabul etmekle beraber, aynı maddenin son fıkrasında taksitle satışa ilişkin hükümlerin saklı olduğunu belirtmektedir.

Taksitle satışlarda, satış bedelinin ödenmesinin alıcıya sağladığı menfaatlere karşılık olarak satıcılar, sözleşmeye kendi yararlarına özel hükümler koyabilirler. Örneğin, alıcının temerrüdü halinde, satıcı taksitin ödenmesini isteyebilir; sözleşmeden dönebilir (yeni TBK. m. 259) veya satılan malın mülkiyetini iddia edebilir (eski BK. m. 222).

Eski Borçlar Kanunu m. 223/f. II'de taksitle satımda, malı geri verme (her iki taraf açısından da), kullanım bedeli ve bozulma tazminatı isteyebilme hakları sayıldıktan sonra, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "Alıcıya bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler batıldır." denilmektedir. Bu itibarla satıcı, ne menfi zararını ne kar mahrumiyetini ne de alıcının şeyden elde etmeyi ihmal ettiği semerelerin tazminini isteyebilir.

Eski Borçlar Kanunumuzun 223. maddesinde belirtilmemekle birlikte, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 260. maddesinin son cümlesinde "Ceza koşulu kararlaştırılmışsa, peşin satış bedelinin yüzde onunu (%10) aşamaz." şeklinde bir ibare mevcuttur. Örneğin taksitle satışta, satıcı malı tümüyle ya da bir bölümüyle alıcıya; alıcı da satış bedelini belirli aralıklarla birden çok taksitler halinde ödeyeceğini taahhüt etse ve akde konulan hüküm ile sözleşmeden dönmek isteyen tarafın karşı tarafa belli bir miktar para ödemesi zorunlu kılınsa, bu durumda, sözleşmeyi yerine getirmek istemeyen taraf (vazgeçmek isteyen taraf), önceden kararlaştırılmış olan bu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Ancak, sözleşme hükmünde yer alan bu dönme cezası, peşin satış bedelinin yüzde onunu (%10) aşmamak kaydıyla geçerli olur. Şunu da hemen ekleyelim ki örneğimizde, alıcının temerrüdü meydana gelse, bu durumda satıcının yeni TBK. m. 259'dan (eski BK. m. 222'den) dolayı sözleşmeden dönme hakkı vardır; ancak taraflar, "cezai şart"

konulurken özellikle “sözleşmeden dönme” halinde de istenebileceğini kararlaştırmışlarsa bu takdirde, cezai şartın da ödenmesi söz konusu olacaktır.

Esas itibarıyla yeni Türk Borçlar Kanunu’muz m. 181/f. II, (eski BK. m. 160/f. II) “Taksitle satışa dair hükümler bakidir.” hükmüyle bu tür satışlarda da cezai şartın mümkün olabileceğini ancak bunun taksitle satışın gerektirdiği özelliklere uydurulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵.

3. Taşınmaz Satım Sözleşmeleri ve Vaatlerinde

Taşınmaz satım sözleşmeleri ve vaatleri¹⁰⁶ dönme cezasında şu şekilde uygulanmaktadır. Örneğin, geçerli bir satım vaadi senedinde taraflar, devretmekten vazgeçtikleri takdirde vazgeçenin, diğerine vereceği miktar, kararlaştırmış oldukları dönme cezasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus taşınmazların satımının resmi şekilde, tapu sicil memurları tarafından düzenlenecek bir sözleşmeyle yapılması gerektiğidir. Satım sözleşmesini, yalnızca tapu sicil memurları düzenleyebildikleri halde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini noterler de düzenleyebilirler¹⁰⁷. Buna göre satış veya taşınmazlara ilişkin satış vaadi söz konusu ise, bu işlemlere uygulanacak dönme cezası anlaşmalarının da resmi ve yazılı şekilde yapılması zorunludur¹⁰⁸.

B. İŞ HUKUKUNDA

İş hukuku alanında dönme cezası, en çok hizmet sözleşmelerinde ve hizmet sözleşmesine konulan rekabet yasağı maddelerinde görülür.

¹⁰⁵ ANSAY, s. 95, (EKİNCİ, s. 92’den naklen).

¹⁰⁶ Y. 14. HD. , 18.03.1986 T. , E. 1985/3898, K. 1986/1799, “Özü: Alıcı satış bedelini tamamen ödemiş ve onun bir borcu kalmamıştır. Artık, ferağ takririni vermek suretiyle kendi borcunu yerine getirecek olan sadece satış vaadinde bulunandır. Satış vaadi sözleşmelerine konulan cayma halinde tazminat ödeneceğine dair hüküm Borçlar Kanunundaki zamanı rücu olmayıp tamamen bir ceza koşulu niteliğindedir. Alıcı dilerse vaadin yerine getirilmesini, dilerse ceza koşulunun ödenmesini ister. Satıcı ceza koşulunu ödeyerek kendi yükümlülüğünü yerine getirmekten kurtulamaz.”, www.sinerjias.com, e.t: 14.10.2013.

¹⁰⁷ ZEVKLİLER, s. 72.

¹⁰⁸ Y. 15. HD. , 10.10.1989 T. , E. 1989/902, K. 1989/4127, “Özü: Yanlar arasındaki sözleşme haricen yapılmış olması nedeniyle her ne kadar geçersiz ise de, sonradan davalılara ait arsanın bir bölümü yükleniciler adına tapudan ferağ ve tescil edilmiş olmasına göre sözleşmenin geçersizliğinin savunulması nesnel iyiniyet kuralına aykırıdır. Sözleşmedeki dönme cezasına ilişkin istemin reddi yanlıştır.”, www.hukukturk.com, e.t: 23.08.2010.

Borçlar Kanunumuz, sadece hizmet sözleşmelerinde rekabet yasaklarına ilişkin kararlaştırılan edimin dönme cezası olduğunu karine olarak kabul etmiştir (eski BK. m. 351/f. II ve yeni TBK. m. 446/f. II). Bu halde, borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek rekabet yasağı ediminden kurtulur; yani rekabet hareketlerinde bulunma serbestisini yeniden kazanır. Fakat zarar, dönme cezası miktarını aşıyor ise, borçlu cezayı aşan zarar miktarını da ödemekle yükümlü olacaktır.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 446. maddesi, 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu'muzun 351. maddesini karşılamaktadır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun üç fıkradan oluşan 446. maddesinde, rekabet yasağına aykırı davranışların sonuçları düzenlenmektedir.

Eski Borçlar Kanunumuzun 351. maddesinin kenar başlığında kullanılan "IV. Muhalefetin hükümleri" şeklindeki ibare, yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 446. maddesinde, "3. Aykırı davranışların sonuçları" şekline dönüştürülmüştür.

446. maddenin birinci fıkrasında, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, yasağa aykırı davranışın bir ceza koşuluna bağlanması ve sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması durumunda, işçinin kararlaştırılan miktarı ödeyerek, rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabileceği; ancak, işçinin bu miktarı aşan zararı giderme yükümlülüğünün varlığını sürdüreceği ifade edilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, işverenin, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışının haklı göstermesi durumunda, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebileceği öngörülmüştür. Buna göre, işverenin, rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini isteyebilmesi için, belirtilen koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede eski Borçlar Kanununa göre hüküm değişikliği yoktur.

Görüldüğü gibi yeni Türk Borçlar Kanunu'nda hükümler aynen korunmuş olup, işçinin rekabet yasağında kararlaştırılan miktarı ödeyerek, ifa

yükümlülüğünden kurtulması işçi lehine bir hüküm olarak geçerli olmaya devam etmiştir.

C. TİCARET HUKUKUNDA

Borçlar Kanunumuzun son fıkrasında düzenlenen dönme cezası, ticaret hukuku alanında da kullanılır.

Tacirler günümüzde yaptıkları birçok sözleşmeye cezai şart eklemektedirler¹⁰⁹. Ticari işletmelerin devrine ilişkin sözleşmelerde ya da şirket sözleşmelerinde, cezai şart tesis edebilirler.

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinde, "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104. maddesinin ikinci fıkrasıyla 161. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez." denilmektedir (6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu m. 24). Yeni TBK. m. 182/f. III'te, "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." şeklinde bir hüküm mevcuttur. O halde, yeni TBK. m. 182/f. III (eski BK. m. 161/f. III), tacir olmayan kişilerin, aşırı cezai şart hükümlerine karşı mahkeme yoluyla indirim isteyebileceklerini düzenlerken bu durumu tacirler için düzenlememiştir. Çünkü tacirin ticari işletmesi ile ilgili faaliyetlerinde "*basiretli bir iş adamı*" gibi davranma yükümlülüğü vardır. Basiretli davranma ölçüsü bilgili, deneyimli, dikkatli, özenli ve tedbirli olmayı gerektirir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü altında olan tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde "tecrübesizliği" söz konusu olamayacağından, indirim hakkı tacirlere tanınmamıştır¹¹⁰.

¹⁰⁹ Y. 11. HD. , 16.10.1990 T. , E. 1989/6246, K. 1990/6605, "Özü: Taraflar tacir olduklarından, sözleşmede hükme bağlanan cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle tenkisi mümkün değildir.", www.kazanci.com, e.t: 23.08.2010; YHGK. , 02.02.2005 T. , E. 2004/9-759, K. 2005/9, "Özü: İş Hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, eski Borçlar Kanununun 161/f. III. maddesindeki (TBK. m. 182/f. III) emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir.", www.hukukturk.com, e.t: 23.08.2010.

¹¹⁰ **KARA, Mustafa**, Ticaret Hukuku, Son Değişikliklerle Genişletilmiş 4. B. , Ankara, 2006, s. 35.

Ancak yeni TBK. m. 27 (eski BK. m. 20) gereği, ahlâk ve adaba aykırı olan cezai şartın tamamen veya kısmen tenzil edilmesi yönünde Yargıtay Hukuk Dairesi kararları¹¹¹ mevcuttur. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir¹¹².

II. DÖNME CEZASININ UYGULAMA ALANI BULAMADIĞI İŞLEMLER

İstisnai bazı durumlarda kanun, cezai şart kararlaştırılmasını ya açık bir şekilde ya da dolaylı olarak yasaklamıştır. Kanunun cezai şarta yer verilmesini açıkça yasakladığı bir tek durum vardır. Gerçekten eski Türk Medeni Kanunu'muzun 83. maddesinde, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, "ilerde evlenme vuku bulmadığı takdirde nişanlılardan birinin, diğerine bir miktar para ödemeyi vaat etmesi muteber değildir." hükmü yer almaktadır. Ancak TMK. m. 83'ün 1990 yılında değiştirilen yeni metni, TMK. m. 119/f. II'de, "Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez." şeklinde düzenlenmiştir. Demek ki nişanlılar önceden aralarında, evlenmekten vazgeçildiği takdirde bir tazminat ödeneceğini (cayma tazminatı veya ceza şartı) kararlaştırmış olsalar bile, nişanlılardan biri, evlenmekten vazgeçen diğer nişanlıdan kararlaştırılmış olan bu tazminatı talep edemez; fakat tazminat ödenmiş ise ödeyen nişanlı artık bunu geri isteyemez¹¹³. O halde Türk Medeni Kanunu'nun 119. maddesindeki bu hüküm uyarınca evlenmeden kaçınıldığı takdirde, cezai şart adı altında verilmiş olan bir miktar paranın iadesi talep edilememektedir¹¹⁴.

¹¹¹ Y. 11. HD. , 19.12.2005 T. , E. 2004/15293, K. 2005/12550, "Özet: Dava, cezai şartın tahsili talebine ilişkindir. Cezai şart, olumlu zararı temsil etmektedir. Hiçbir zarar olmasa da, bu cezanın tazmininin talep edilmesi mümkündür. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar, cezai şartı diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Kural olarak tacirler, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğunu iddia ederek indirim isteyemezler. Ancak bu ceza, tacirin ekonomik yıkımına neden olacak miktarda ise, ahlâk ve adaba aykırılık nedeniyle indirim tabi tutulabilir. Açıklanan hususlar nazara alınmadan ve hiçbir gerekçe gösterilmeden re'sen cezai şartın indirimine gidilmesi hatalıdır.", **GÖKÇEOĞLU**, s. 246 vd.

¹¹² Bkz. "Dönme Cezasının İndirilmesi ve Sona Ermesi" başlığı altındaki açıklamalar, s. 102 vd.

¹¹³ **AKINTÜRK, Turgut**, Aile Hukuku, 2. C. , 8. B. , İstanbul, 2003, s. 34.

¹¹⁴ **TUNÇOMAĞ**, s. 55; **KOCAĞA**, s. 78; **GÖKÇEOĞLU**, s. 49; **EKİNCİ**, s. 90; Nişanlıyı evlenmeye zorlamak için kararlaştırılmış bulunan cezai şartın batıl olduğu görüşünde **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 346.

Tarafların evlilik gibi aile hukukuna giren özgür iradelerini etkileyecek ve ahlâki düşüncelerle bağdaşmayacak şekilde cezai şart kararlaştırmaları, “evlenme serbestîsi” ilkesine aykırı olarak evlenme kararını etkilediğinden, kanun koyucu bunu geçerli saymamış, taraflara dava yolunu kapatmıştır¹¹⁵.

Hukuk düzeni bazı alacaklarda alacaklıya, borçlusunu dava ve cebri icra yoluyla zorlama hakkını vermemiştir. Gerçi bu durumda da borçlu dilerse borcunu ifa edebilir; ancak borçlu borcunu yerine getirmediği takdirde alacaklı, onun malvarlığına devlet gücüyle el koyamaz. Bu nedenle doktrinde “ödenebilir, fakat dava edilemez borçlar” ifadesi eksik borçlar için söz konusudur¹¹⁶. Tabî ki tam borçlar gibi, eksik borçların ifasının da ceza koşuluyla kuvvetlendirilmesi kural olarak mümkündür¹¹⁷. Örneğin ahlaki ödevden doğan bir eksik borç hakkında ceza koşulu kararlaştırılabilir¹¹⁸. Buna karşılık evlenmeden kaçınma hali için öngörülen ceza koşulu, dava edilemez. Nişanlıyı evlenmeye zorlamak için kararlaştırılmış bulunan cezai şart geçersizdir. Zira ceza koşulu, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan ceza koşulu, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Asıl borç yoksa ceza koşulu da söz konusu olmaz. Yine asıl borç geçerli olarak meydana gelmemişse fer’i nitelikte ceza koşulu da meydana gelmez. Bu sebeple evlenmeden kaçınma hali için öngörülen “cayma tazminatı veya ceza şartı” kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuracağından kesin hükümsüzdür.

Ayrıca kanunda “cayma tazminatı veya ceza şartı” ifadesiyle anlaşılması gerekenin seçimlik cezai şart mı dönme cezası mı ya da her ikisini de birlikte kapsayabileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak hiç kimse evlenmeye zorlanamayacağı için burada ne seçimlik cezai şartın ne de dönme cezasının uygulanacağı düşüncesindeyim. Nitekim seçimlik cezai şart olduğunu düşündüğümüzde, asıl edimi ifa etmeyene karşı, diğer tarafın bu edimi yerine getirmesi hususunda baskı uygulaması kişilik hakkının ihlalini doğurur. Yine dönme cezası olduğunu düşündüğümüzde, nişanlılar önceden aralarında, evlenmekten vazgeçildiği takdirde dönme cezası ödeneceğini kararlaştırmış olsalar, nişanlılardan

¹¹⁵ Bkz. **GOTZ**, Art. 91, ZGB, N. 7; **ÖZMEN**, sh. 540, (**KOCAĞA**, s. 78’den naklen); **ÖZTAN, Bilge**, Aile Hukuku, 5. B. , Ankara, 2004, s. 52.

¹¹⁶ **EREN**, s. 88; **ÖZMEN, Etem Saba**, Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart, s. 521, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr> , e.t: 19.11.2013.

¹¹⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 344; **ARKAN**, s. 80.

¹¹⁸ **EREN**, s. 1183.

biri, kararlaştırılmış olan bu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir ki bu durumda kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Bu bakımdan evlenmeden kaçınma hali için cezai şart kararlaştırılmasının durumun hukuki niteliği ile bağdaşmamasından dolayı uygun olmayacağı görüşümdedir.

Yine aile hukukunda evlenme, boşanma ve evlat edinmenin de cezai şartla bağlanmasının mümkün olmayacağından yanayım¹¹⁹.

Dönme cezasının uygulama alanı bulamadığı diğer durum da borçlunun, kanunun kendisine tanıdığı bir haktan dolayı sözleşmeden dönmesinde karşımıza çıkmaktadır. Yani yeni TBK. m. 123-126 (eski BK. m. 106-108) uyarınca sözleşmeden dönme yetkisine sahip olan tarafın, yeni TBK. m. 179/f. III (eski BK. m. 158/f. III) hükmüne dayanması şart değildir. Diğer bir deyişle, yeni TBK. m. 123 ve 126 (eski BK. m. 106 ve 108) hükümlerinde olduğu gibi kendisine uygun bir süre vermek suretiyle fesih hakkı tanınmış olan borçlu, dönme cezası olsa bile, bu cezayı ödemedi sözleşmeden dönebilir¹²⁰. Örneğin, satıcının temerrüdü halinde yeni TBK. m. 125 (eski BK. m. 106) hükmündeki seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, dönme bildiriminde bulununca, artık sözleşmede kararlaştırılmış olan cezayı şartları gerçekleşmiş olsa bile isteyemez; fakat cezai şart konulurken özellikle kanunun taraflara tanıdığı sözleşmeden dönme halinde de cezai şartın istenebileceği kararlaştırılmışsa o zaman dönme cezası, dönme hakkından etkilenmeyerek ifa edilecektir yani taraflar, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin özel bir anlaşma yaparak dönme cezasının kanundan doğan dönme halinde isteneceğini önceden kararlaştırmakla onu dönmenin geçmişe yürürlü etkisi dışında tutmuşlardır ve sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin hükümler arasında, bu anlaşmayı yasaklayan emredici bir hüküm yoktur, dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkesi sonucu, bu tür cezai şartların kararlaştırılmaları mümkün olabilecektir¹²¹.

Son olarak, dönme cezasının yani bu tür cezai şartın sağlıkta hüküm doğuran bir hukuki muamele ile tespit edilmesi zaruri olduğundan miras hukukunda uygulama alanı bulamaması muhakkaktır¹²². Yani ölüme bağlı tasarruflarda cezai şart kararlaştırılmaz. Aynı şekilde kanunla da cezai şartın düzenlenmesi mümkün

¹¹⁹ KOCAAĞA, s. 79.

¹²⁰ AKINCI, s. 274; KOCAAĞA, s. 157.

¹²¹ ÖZ, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 295-296, (ÖZ, Eser Sözleşmesinden Dönme); OĞUZMAN/ÖZ, s. 903.

¹²² Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 54.

değildir. Bunun sebebi, cezai şartın taraf iradelerine dayanmasıdır. Bu yüzden cezai şart, sağlararası hukuki işlemlerde ve özellikle sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılır¹²³.

¹²³ **EREN**, s. 1182.

İkinci Bölüm

DÖNME CEZASININ VARLIK KAZANMASININ ŞARTLARI, KAYNAĞI, FER'İ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

§ 1. DÖNME CEZASININ VARLIK KAZANMASININ ŞARTLARI

Dönme cezasının varlığı için, sözleşmelerin doğumu için aranan yeni TBK. m. 26-27'deki (eski BK. m. 19-20'deki) düzenlemeler bakımından farklı bir hüküm bulunmadığı gibi, genel olarak cezai şartın doğumu için aranan; bir asıl borcun varlığı, geçerli olması, halen mevcut olması, konusu, karşılaştırılan cezai şartın taşınması gerekli özellikler bakımından da herhangi bir farklılık doğal olarak mevcut değildir.

I. DÖNME CEZASINA KAYNAKLIK EDEN ASIL BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Dönme cezasının varlığından bahsedebilmemiz için ortada bir asıl borcun var olması gerekmektedir. Bu asıl borcu doğuran kaynak esas itibarıyla ve çoğunlukla bir sözleşmeden ibarettir.

Nitekim dönme cezasını düzenleyen yeni TBK. m. 179/f. III hükmüne göre, borçlu cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu ispat edebilmektedir. Görüldüğü gibi buradaki cezai şartın amacı, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına almak değil; borçlunun sözleşme ilişkisi kurulduktan hemen sonra dahi borç ihlal edilmeden, dilediği zaman cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilmesini sağlamaktır. O halde dönme cezası, rekabet yasağına ilişkin yeni TBK. m. 446 (eski BK. m. 351) hükmü hariç ancak taraf iradelerinden doğar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ileride doğacak borçlar için de dönme cezası karşılaştırılmasında bir sakınca yoktur. Yeni TBK. m. 582'de (eski BK. m. 485'te) belirtilen kefaletle ilişkin hükmü kıyasen uygulayarak, süreye veya şarta bağlı bir

borcun, hüküm doğuracağı sürenin gelmesi veya şartın gerçekleşmesi halinde taraflar, geçerli olarak kararlaştırılan dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönülebileceğini kabul ve ifade edebilirler. Şu halde bu duruma uygun bir cezai şartın tam bir şekilde hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, asıl borcun tam ve kesin bir borç halinde ortaya çıkmış olması gerekir. İşte asıl borç hüküm ifade etmedikçe, cezai şart borcu da askıda kalır ve hükümlerini meydana getirmez¹²⁴.

A. ASIL BERCUN KONUSU

Dönme cezasına bağlanan borcun konusu her türlü edim olabilir. Verme borçları yanında yapma (müspet) ve yapmama (menfi) borçları hakkında da cezai şart kararlaştırılabilir¹²⁵.

Konusu yapmama şeklinde ortaya çıkan bir borcun dönme cezasına bağlanmasının en tipik örneği hizmet sözleşmesinde öngörülen rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla kararlaştırılan cezai şarttır (yeni TBK. m. 446/f. II). Gerçekten yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede de aksine bir hüküm yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilmektedir. Borçlar Kanunumuz, işçiyi korumak amacıyla, işçi ile işveren arasındaki bu sözleşmeyi özel olarak düzenlemiştir¹²⁶.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun sözleşme serbestisi (özgürlüğü) ilkesini koyan 26. maddesi gereği, geçerli olmak koşuluyla her türlü borcun cezai şarta bağlanması mümkündür. Dönme cezası, sözleşmeyle kararlaştırıldığına göre, borcun kaynağı ne olursa olsun verme borcu olan para borçlarında söz konusu olabileceği gibi, bunun dışındaki yapma veya yapmama borçları hakkında da söz konusu olabilir. Ancak dönme cezasının, para borçlarında kararlaştırılması, diğer cezai şart türlerinden farklılık gösterir. Çünkü diğer cezai şartlarda amaç borçluyu ifaya zorlamak iken, dönme cezasında amaç borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönmesini sağlamaktır. O halde alacaklı lehine olan cezai şartın¹²⁷, para

¹²⁴ Bkz. ve karşı. **BİLGE**, s. 50.

¹²⁵ Bkz. ve karşı. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 900; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 343.

¹²⁶ **KOCAAĞA**, s. 85; **BİLGE**, s. 60. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. “§ 3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart” başlığı altındaki açıklamalar, s. 88 vd.

¹²⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 8; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 343; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 900; **FEYZİOĞLU**, s. 392.

borçlarında¹²⁸ kararlaştırılması halinde, borçluyu ifaya zorlamak için, cezai şart miktarının daha yüksek olması gerekirken borçlu lehine olan dönme cezasında ise aksine bu miktarın daha düşük olması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin satım sözleşmesinde, verilen mal karşılığında diğer tarafın bir verme borcu yani para borcu doğmaktadır. Diyelim ki bu para borcu 100.000 TL. olsun ve diğer taraf bunu on beş gün içinde ödeyeceğini vaat etsin. Sözleşmede de “On beş gün içinde para borcunu yerine getirmeyen, vazgeçen taraf dönme cezasını öder.” denilmekteyse buradaki dönme cezasının, para borcu olan 100.000 TL.’den daha yüksek bir miktarda olması mantıki yönden uygun görülemeyeceği gibi, amacın zedelenmesine de yol açacaktır. Nitekim borçlu, bu durumda daha düşük miktarda olan ifa borcunu yani para borcunu ödemeyi seçecektir ve dönme cezasının da işlevi gerçekleşmeyecektir. O halde para borçlarında kararlaştırılan cezai şart miktarının daha yüksek olması, borçluyu ifaya zorlama bakımından amaca uygunken, dönme cezası açısından bu durum mümkün görünmemektedir. Ancak dönme cezası miktarının daha düşük tutulması şartıyla, para borçlarında söz konusu olabileceği düşüncesindeyiz. Yani para borçlarında, dönme cezası miktarının mantık kuralları çerçevesinde değerlendirildiğinde, asıl edimden daha yüksek bir miktar olmadığı, genellikle kabul edilmelidir.

Şunu da belirtmek gerekirse para borçlarında kararlaştırılan ceza koşulunu, yeni TBK. m. 120’den (eski BK. m. 103’ten) doğan temerrüt faizi ile sınırlandırmak ya da cezai şartın temerrüt faizini geçtiği oranda batıl sayılacağını ileri sürmek, yeni TBK. m. 182’ye göre tarafların cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebilmelerine aykırı olup, dolayısıyla diledikleri gibi kararlaştırdıkları ceza koşulunda, taraf iradelerine üstünlük tanınmadığını ve yeni TBK. m. 26’ya göre irade özerkliğinin doğal sonucu olarak borçlar hukukunda hâkim olan “sözleşme özgürlüğü ilkesi”nin ihlal edilmiş olduğunu göstermektedir.

Diğer borçlar bakımından ise, dönme cezasının asıl edimden daha yüksek bir miktar olarak kararlaştırılması borçlar hukukuna hâkim olan “sözleşme serbestisi ilkesi”ne göre mümkündür. Buna göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe düzenleyebilirler (yeni TBK. m. 26/f. I). Bu düzenleme serbestisine paralel olarak, yeni TBK. m. 182/f. I, cezai şart miktarını belirlemede

¹²⁸ Y. 15. HD. , 13.05.1985 T. , E. 1984/4407, K. 1985/1614; Y. 11. HD. , 30.05.1997 T. , E. 1997/2876, K. 1997/4034 kararlarında, para borçlarında cezai şartın geçerliliği kabul edilmektedir, www.kazanci.com, e.t. : 23.08.2010.

tarafların serbest olduklarını hükme bağlamıştır. Yeni TBK. m. 182/f. I'e göre taraflar, cezai şart miktarını ilke olarak istedikleri miktarda kararlaştırabilirler. Mesela, bir sözleşme ilişkisinde alacaklının öncelikli tercihi, asıl edimin yerine getirilmesi yani aynen ifa olduğu için alacaklı, borçluyu aynen ifaya zorlamak, onu asıl edimi ifaya yöneltmek düşüncesiyle dönme cezası miktarını asıl edimden daha yüksek tutabilir.

Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi gereğince ve buna paralel olarak yeni TBK. m. 182/f. I hükmüne göre cezai şart miktarını tayinde serbestirler demiştik; ancak bu serbestlik, alacaklının, sırf asıl edimi ifa borcunu elde etmesi için, dönme cezası miktarını yüksek tutup, borçluyu aynen ifaya zorlaması, borçlunun ekonomik yönden yıkımına yol açacak derecede ise, bu takdirde cezai şart miktarı ahlâka aykırı olup BK. m. 27/f. I hükmü uyarınca batıl sayılmalıdır.

B. ASIL BORCUN DOĞUŞ KAYNAKLARI

Dönme cezasından bahsedebilmemiz için asıl borcun var olması gerektiğini belirtmiştik. Dönme cezasını düzenleyen yeni TBK. m. 179/f. III hükmüne göre, borçlu cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu ispat edebilir. Görüldüğü gibi buradaki cezai şartın amacı, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına almak değil; borçlunun dilediği zaman cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilmesini sağlamaktır. O halde rekabet yasağına ilişkin yeni TBK. m. 446 hükmü hariç, tarafların açık iradelerinden doğan dönme cezasından bahsedebilmemiz için ortada asıl borcun var olması gerekir.

Asıl borç, kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Zira yeni TBK. m. 446/f. II hükmü, “Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.” demek sureti ile alacaklı lehine bir karine getirmiştir. Bu hükümle Borçlar Kanunumuz, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla kararlaştırılan cezai şartın, “dönme cezası” olduğunu karine olarak kabul etmiştir¹²⁹. Buna karşılık haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya nafaka gibi doğrudan doğruya kanundan

¹²⁹ KOCAAĞA, s. 156.

doğan borçların cezai şarta bağlanıp bağlanmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde hâkim görüş, bu gibi doğrudan doğruya kanundan doğan borçların da cezai şarta bağlanabileceğini kabul etmektedir¹³⁰; lakin biz bu durumun dönme cezasında uygulanamayacağı görüşündeyiz. Örneğin haksız fiilden doğan bir tazminat borcunu, dönme cezasına bağlamak için bunun öncesinde veya sonrasında bir hukuki işlem olmalıdır ki asıl borcu içeren hukuki işlem ilke olarak bir sözleşmedir. Yeni TBK. m. 1/f. 1'e (eski BK. m. 1/f. 1'e) göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur¹³¹. "Dönme" kavramı da burada dönme cezasının ödenerek sözleşmeden kolayca dönülmesini sağlama işlevi görmektedir. O halde ortada bir sözleşme olmadan dönülmeyi gerektirecek bir durum mevcut değildir. Diyelim ki haksız fiilden doğan bir tazminat borcunun öncesinde bir sözleşme olsun ve bu sözleşmenin içeriğinde dönme cezası kararlaştırılsın. Ancak bu takdirde de haksız fiilden doğan bir tazminat borcu için kararlaştırılan dönme cezasının daha yüksek bir miktar olması gerekir; dönme cezasında da borçludan daha yüksek bir tazminat istenmesi borçlu lehine değil, aleyhine olup dönme cezasının amacının zedelenmesine yol açar.

Yeni TBK. m. 446/f. II hükmü hariç, dönme cezası tarafların açık iradelerinden doğar ve dönme cezasının varlığı asıl borca, asıl borç da sözleşme ilişkisinin doğumuna bağlıdır.

II. ASIL BORCUN GEÇERLİ OLMASI

Gerçekten dönme cezasının geçerliliği bakımından kanunen aranan tek şart, asıl borcun geçerli olmasıdır. Bilindiği gibi borcun ifasından bahsedebilmek için, asıl borcun geçerli bir şekilde ortaya çıkmış olması zorunludur. Dolayısıyla asıl borcun fer'i olan dönme cezasının da hukuken geçerli asıl borca dayanması mecburidir. Asıl borcun geçerli olmaması halinde, dönme cezası da geçersiz olur¹³². Örneğin asıl borç

¹³⁰ BİLGE, s. 60; EREN, s. 1182; OĞUZMAN/ÖZ, s. 899; TUNÇOMAĞ, s. 11; REİSOĞLU, s. 410; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; EKİNCİ, s. 35; FEYZİOĞLU, s. 391; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s. 516; VON TUHR, s. 764; GÜNAY, s. 10, 26; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 1375-1376.

¹³¹ EREN, s. 200.

¹³² Bkz. ve karşı. KOCAAĞA, s. 93.

şekil eksikliği, irade fesadı, kanunun emredici hükümlerine aykırılık veya imkânsızlık vb. nedenlerden dolayı geçersiz¹³³ ise, cezai şart da geçersizdir¹³⁴.

Bütün sözleşmeler bakımından geçersizliği düzenleyen genel kural yeni TBK. m. 27 (eski BK. m. 20) olmakla birlikte, cezai şartlar bakımından asıl borcun geçersizliği konusunda yeni TBK. m. 182/f. II'de (eski BK. m. 161/f. II'de) de hüküm vardır. Ancak yeni TBK. m. 182/f. II'nin esas itibarıyla butlan hakkındaki 27. maddeye yönelik olduğu kabul edilmektedir¹³⁵.

Gerçekten de eski BK. m. 20/f. I, "Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır." diyerek içeriği imkânsız veya kanunun emredici hükümlerine ya da ahlâka (adaba) aykırı sözleşmelerin geçersizliği (batıl oluşu) sonucunu düzenlemektedir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesi de eski Borçlar Kanunumuzun 161. maddesini karşılamaktadır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun üç fıkradan oluşan 182. maddesinde, ceza koşulunun miktarı, geçersizliği ve indirilmesi düzenlenmektedir.

Eski Borçlar Kanununun 161. maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Cezanın butlanı ve tenkisi" şeklindeki ibare, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda "II. Cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi" şeklinde değiştirilmiştir.

Eski Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmemekle birlikte, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bir cümleyle, ceza koşulunun geçersiz olmasının veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesinin, asıl borcun

¹³³ "Borçlar Hukukunda geçersizlik, bir sözleşmenin borç doğurabilmesi için gereken unsurlardan bir ya da bir kısmının eksikliğini ifade eder. Bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, şu unsurların bulunması zorunludur: a-Sözleşme ehliyeti, b-Hukuka, ahlâka, adaba uygunluk, ifa imkânsızlığının bulunmaması, c-İrade ile beyan arasında uyum, d-Geçerlilik şeklinin arandığı hallerde bu şekle uygunluk.", ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 85; **EREN**, s. 332.

¹³⁴ Y. 13.HD. 24.12.1984 T. , E. 1983/6592, K. 1984/8180, "Tapulu taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesine yönelik işlemler resmi şekilde yapılmalıdır. Sözleşme resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olup bağlayıcı değildir; bu durumda sözleşmede yazılı olan ceza koşulu da esas borcun fer'i niteliğinde bir borç olması dolayısıyla esas borç gibi hüküm ifade etmez ve yerine getirilmesi istenemez."; Aynı şekilde YHGK. , 10.11.1993 T. , E. 1993/13-125, K. 1993/711, "Taşınmaz satımını güçlendiren cezai şart da, satış sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekilde yapılmalıdır; aksi halde cezai şartın geçerliliğinden söz edilemez." denilmek suretiyle asıl borcun şekil eksikliği nedeniyle hükümsüz olması durumunda fer'i nitelikteki cezai şartın da hükümsüz olacağı belirtilmektedir; Y. 15. HD. , 07.02.1977 T. , E. 1977/46, K. 1977/254, "..... taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören bu sözleşme geçersiz bulunduğundan akdin fer'i niteliğindeki cezanın da hukuken geçersizliği mahkemece gözden uzak tutulmuştur.", www.sinerjias.com, e.t. : 17.08.2010.

¹³⁵ **BİLGE**, s. 68; **KOCAĞA**, s. 93.

geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Gerçekten eski Borçlar Kanununun 161. maddesinin ikinci fıkrasında sadece asıl borcun geçersiz olması veya imkânsız hale gelmesi durumu göz önünde tutulduğu halde, bağlı (fer'i) borç niteliğindeki ceza koşulunun geçersizliği veya imkânsız hale gelmesinin göz önünde tutulmaması bir eksiklik olarak görülmüştür. Şöyle ki, eski BK. m. 161/f. II'de, "Ceza, kanuna veya ahlâka (adaba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş yahut hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mes'uliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez." şeklindeki hüküm yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrasında, "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez." denilmek suretiyle asıl borcun geçersizliği halinde cezai şartın da geçersiz olacağı; ancak ceza koşulunun geçersiz olması durumunda ise asıl borcun geçersiz olmayacağı düzenlenmiştir.

Asıl borcun sonradan borçluya yüklenemeyen bir sebepten dolayı imkânsız hale gelmesi durumunda, borç sona ermiş olduğundan, cezai şartın da asıl borçla birlikte sona ermesi gerekir. Ancak taraflar, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir sebeple borcun ifasının imkânsızlaşması halinde, yani kusursuz imkânsızlık halinde de cezai şartın ödeneceğini kararlaştırabilirler¹³⁶.

Yeni TBK. m. 27/f. I'e (eski BK. m. 20/f. I'e) göre içeriği imkânsız olan sözleşmelerin batıl olduğunu yukarıda belirtmiştik. Buradaki imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlıktır. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin yapılması sırasında mevcut olan bir imkânsızlıktır. Sözleşme, içeriği imkânsız olduğu için, daha başlangıçta geçerli olarak meydana gelmemiştir¹³⁷. Yeni TBK. m. 27/f. I'de (eski BK. m. 20/f. I'de), başlangıçtaki imkânsızlık söz konusuyken; yeni TBK. m. 182/f. II'de (eski BK. m. 161/f. II'de) sonraki imkânsızlık söz konusudur. Nitekim yeni TBK. m. 182/f. II'de, "..... borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı

¹³⁶ **ÖNEN, Turgut**, Borçlar Hukuku, 4. B. , Ankara, 1996, s. 127; **AYBAY, Aydın**, Borçlar Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. B. , İstanbul, 1995, s. 169-170; **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987, s. 338-339.

¹³⁷ **EREN**, s. 328.

bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez.” şeklinde hüküm açıktır. Dolayısıyla asıl borcun yerine getirilmesi imkânsız duruma gelmişse, ceza koşulu da geçersizdir. Buradaki imkânsızlık, sonraki imkânsızlıktır; çünkü önceki imkânsızlık durumunda asıl borç doğmayacağı için (yeni TBK. m. 27/f. I ve eski BK. m. 20/f. D), koşula bağlanan ceza da doğmaz¹³⁸. Başlangıçtaki imkânsızlığı, borcu sona erdiren sebeplerden biri olan sonraki imkânsızlıktan ayırmak gerekir. Sonraki imkânsızlık, başlangıçtaki imkânsızlığın aksine sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkar ve borçlunun kusuruyla meydana gelirse, yeni TBK. m. 112 vd. (eski BK. m. 96 vd.); onun kusuru dışında gerçekleşirse, yeni TBK. m. 136 (eski BK. m. 117) hükümleri uygulanır¹³⁹.

BK. m. 117/f. I’de, “Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sâkit olur.” denilmek suretiyle borcun ifasının, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle mümkün olmaması durumunda yani imkânsızlaşması durumunda borcun sona ereceği düzenlenmiştir (yeni TBK. m. 136). Yine yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 131. maddesinin birinci fıkrası (eski Borçlar Kanunumuzun 113. maddesinin birinci fıkrası), yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 182. maddesinin ikinci fıkrasını (eski Borçlar Kanunumuzun 161. maddesinin ikinci fıkrasını) destekler niteliktedir. Şöyle ki “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.” şeklinde düzenleme mevcuttur.

O halde yeni Türk Borçlar Kanunu’muzun 182. maddesinin ikinci fıkrasında sonraki imkânsızlık hali düzenlendiğine göre, konusu başlangıçta imkânsız olan borçların cezai şartta bağlanıp bağlanamayacakları hususunda da bir açıklık olmadığına göre, sözleşmenin butlanı sebeplerini düzenleyen yeni TBK. m. 27/f. I karşısında, konusu imkânsız borçların da cezai şartta bağlanamayacağı sonucuna varılmalıdır¹⁴⁰.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşüne göre, sözleşmenin konusunun başlangıçta imkânsız olması yeni TBK. m. 27/f. I uyarınca asıl borcun butlanı sonucunu doğuracağından, cezai şartın da geçerli olduğunun kabulüne imkân yoktur¹⁴¹. Ayrıca

¹³⁸ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338-339.

¹³⁹ EREN, s. 329.

¹⁴⁰ KOCAAĞA, s. 95; BİLGE, s. 68.

¹⁴¹ VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, s. 338-339; BİLGE, s. 68-69; Y. 15. HD. , 27.04.1989 T. , E. 1988/4461, K. 1989/2129, “Özet: Somut olayda inşaat yapılacak yerin SİT alanı içinde

kanun koyucu yeni TBK. m. 27/f. I’de yer alan genel kurala yeni TBK. m. 182/f. II’deki özel hükümle bir istisna koymayı düşünmemiştir; zira bu amaçlanmış olsaydı aynı fıkranın devamında sonraki imkânsızlık hali için öngörülen düzenleme gibi başlangıçtaki imkânsızlık için de açık bir ifade kullanılmış olurdu¹⁴².

III. ASIL BORCUN HÂLEN MEVCUT OLMASI

Dönme cezası fer’i niteliktedir ve varlığı asıl borca bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle geçerliliği asıl sözleşmenin ve o sözleşmeden doğacak taahhütlerin mevcut olmasına bağlıdır¹⁴³. O halde dönme cezasının, bir asıl borcun ifasına ilişkin olmak üzere kararlaştırılmış olması nedeniyle, böyle bir asıl borç ilişkisinin varlığını sürdürmemesi durumunda hüküm doğurması beklenemez¹⁴⁴.

Önceden ifa edilmiş bir edimin dolayısıyla ortadan kalkmış bir borcun, kararlaştırılan sözleşme şartlarına uygun olmaması halinde cezai şart ödeneceğine ilişkin hükümleri de cezai şart değildir¹⁴⁵. Buna göre, hâlen mevcut olmayan geçmişteki bir olayın doğru olmaması halinde ifa edilmek üzere bir edimde bulunulması, taahhüt edilmesi de bir cezai şart meydana getirmez¹⁴⁶.

bulduğundan işin başından beri olanaksızlık durumu itibarıyla sözleşmenin yerine getirilebilmesi mümkün olmadığı gibi taraflardan biri bu inşaatın yapılması konusunda diğer tarafı zorlamak hakkına da sahip değildir. Çünkü imar mevzuatı kamu düzeniyle ilgili olup buna aykırı davranışlar cezai ve hukuki yaptırımlarla önlenmiştir. Öte yandan tedbirli bir iş adamı sıfatıyla davacı yüklenici SİT alanına giren arsa üzerinde sözleşmede yazılı inşaatı yapamayacağını bilmek durumundadır. O halde imar mevzuatına aykırı sözleşmeyi imza etmekte kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Sözleşme yapıldığı tarihte bile geçersiz olduğuna göre buna bağlı tüm koşullarda geçersiz olacağından davacı sözleşmeye dayanarak cezai şartın ödetilmesini isteyemez.”; aynı şekilde, borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermesi durumunda bu borca eklenen cezai şartın da hüküm ifade etmeyeceğini Y. 15. HD. , 14.06.1979 T. , E. 1979/979, K. 1979/1468 sayılı ilamında şu şekilde ifade etmiştir: “İmar Kanunu’nun 42. maddesine göre, inşaat yapılması için yapı izni verilmesi mümkün değildir. Bu suretle sözleşmenin konusunda ifa imkânsızlığı ortaya çıktığından davacı sözleşmeye dayanarak bir istemde bulunamaz. Böylece sözleşmenin konusundaki imkânsızlık nedeni ile taraflar arasında bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilemez ve verilen şeylerin karşılıklı iadesi gerekir.”, www.sinerjias.com, e.t. : 17.08.2010.

¹⁴² KOCAĞA, s. 96; ayrıca bkz. BİLGE, s. 69.

¹⁴³ Bkz. ve karş. EKİNCİ, s. 29; BİLGE, s. 49-50.

¹⁴⁴ Bkz. ve karş. EKİNCİ, s. 29.

¹⁴⁵ GÜNAY, s. 25; EKİNCİ, s. 30.

¹⁴⁶ GÜNAY, s. 25-26; EKİNCİ, s. 30.

§ 2. DÖNME CEZASININ KAYNAĞI

Dönme cezasının doğum kaynağı asıl olarak hukuki işlemlerdir. Asıl borcu içeren hukuki işlem de ilke olarak bir sözleşmedir. Ancak, dönme cezası kanundan da doğabilir. TBK. m. 446, bunun tipik örneğidir. Maddeye göre, “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır”. Bu hükme göre rekabet yasağına aykırı davranılması hususunda bir cezai şart konulmuşsa işçi, kural olarak kararlaştırılmış bulunan cezai şartı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulabilir. Bu hükümle Borçlar Kanunumuz, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla kararlaştırılan cezai şartın “dönme cezası” olduğunu karine olarak kabul etmiştir.

Asıl borcun yer aldığı hukuki işlem tek taraflı bir hukuki işlem veya bir ortaklık ya da dernek tüzüğü gibi çok taraflı bir hukuki işlem olabilir. Bu sonuncu halde “dernek cezası” söz konusu olur¹⁴⁷. Ortaklık sözleşmesinde, ortağın ortaklıktan ayrılması halinde veya şirkete ortak olmayı taahhüt edenin bu taahhüdünden vazgeçmesi halinde de dönme cezası kararlaştırılabilir. Yine ticarî ve sınaî işletmelerin yönergeleri de cezai şart içerebilir¹⁴⁸.

Buna karşılık ölüme bağlı tasarruflarda dönme cezası kararlaştırılmaz. Ancak sağlar arası hukuki işlemlerde ve özellikle sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılır¹⁴⁹. Bu sebeple ayrı ve bağımsız edimi doğuran hukuki işlemin hükümlerini sağlıkta meydana getirmesi gerekir. Yani geçerli bir dönme cezasından bahsedebilmek için, bunun yer aldığı işlemin sağlar arası bir işlem olması gerekir¹⁵⁰. Ancak dönme cezasına ilişkin anlaşma, mutlaka asıl borç ilişkisinin muhtevasında yer almak zorunda değildir. Dönme cezası, asıl sözleşmenin yapıldığı sırada onun bir parçası olarak onun içinde yer alabileceği gibi sonradan bağımsız bir sözleşmeyle de kararlaştırılabilir.

¹⁴⁷ EREN, s. 1182.

¹⁴⁸ EREN, s. 1182.

¹⁴⁹ EREN, s. 1182.

¹⁵⁰ Bkz. ve karş. TUNÇOMAĞ, s. 18; FEYZİOĞLU, s. 391.

Sağlar arası hukuki işlemler; etkilerini, hüküm ve sonuçlarını işlemi yapanın sağlığında, onun malvarlığında meydana getiren işlemlerdir¹⁵¹. Buna karşılık etkilerini, hüküm ve sonuçlarını işlemi yapanın ölümünden sonra, onun terekesinde¹⁵² meydana getiren işlemlere ise ölüme bağlı tasarruf¹⁵³ adı verilir (TMK. m. 502 vd.)¹⁵⁴.

Ölüme bağlı tasarruflarla cezai şartın diğer türleri kararlaştırılmayacağı gibi, dönme cezası da kararlaştırılmaz¹⁵⁵. Çünkü ölüme bağlı bir tasarrufun geçerli olması, bunun ancak kanunun izin verdiği bir içeriğe sahip olmasına bağlıdır¹⁵⁶. Bu içerik ise, malvarlığına ilişkin bir değer başkasına tevcihi bakımından ancak ya mirasçı atama (mirasçı nasbı) (TMK. m. 516)¹⁵⁷ ya da belirli mal bırakma (muayyen mal vasiyeti) (TMK. m. 517 vd.)¹⁵⁸ şeklinde olabilir. Miras bırakanın, malını bu iki şekil dışında, ölüme bağlı bir tasarrufla başkasına bırakması mümkün değildir. Mirasçı atama (mirasçı nasbı), bir alacak hakkı değil, mülkiyet hakkı doğurduğundan (TMK. m. 599)¹⁵⁹, burada cezai şart ve dolayısıyla bir türü olan dönme cezası söz konusu olamayacaktır¹⁶⁰. Çünkü yeni TBK. m. 179 hükmüne göre cezai şart, sözleşmenin ihlali ya da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde kararlaştırılır. Dönme cezasında ise, borcun ihlaline gerek kalmadan, sözleşme kurulduktan hemen sonra dahi bunun ödenmesi mümkünken, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi burada da mümkündür. Yani cezai şart ve türü olan dönme cezasında, bir alacak hakkı söz konusuysen; ölüme bağlı tasarrufta mirasçı atanan şahıs mirasçı olduğundan, bir mülkiyet hakkı söz konusudur. Dolayısıyla mirasçı atamada cezai şarttan bahsetme imkânı yoktur.

Buna karşılık belirli mal bırakma vasiyetinde, kendisine mal bırakılan şahıs lehine bir alacak hakkı ve yükümlüler (mirasçı veya vasiyeti ifa ile yükümlü diğer bir

¹⁵¹ EREN, s. 170; KILIÇOĞLU, s. 51.

¹⁵² Tereke; miras bırakanın, geride bıraktığı, mirasçılara kalan malvarlığıdır.

¹⁵³ Ölüme bağlı tasarruf deyimindeki “tasarruf” kelimesi, teknik anlamda tasarruf işlemi olarak anlaşılmalıdır. Buradaki “tasarruf” kelimesi, “hukuki işlem” anlamında kullanılmaktadır. Bkz. EREN, s. 169.

¹⁵⁴ EREN, s. 169; KILIÇOĞLU, s. 52; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. B. , İzmir, 2012, s. 160.

¹⁵⁵ Bkz. ve karşı. FEYZİOĞLU, s. 391; BİLGE, s. 44.

¹⁵⁶ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 207 vd.

¹⁵⁷ Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 220-222.

¹⁵⁸ Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 222-234.

¹⁵⁹ Bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 220.

¹⁶⁰ Bkz. ve karşı. BİLGE, s. 47.

şahıs) hakkında da bir borç doğması nedeniyle (TMK. m. 600), cezai şartın söz konusu olabileceği düşünülebilir¹⁶¹. Ancak Türk Medeni Kanunu'nuzun 514 vd. maddeleri, ölüme bağlı tasarrufların konusunu düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlar dışında, miras bırakanın herhangi bir tasarrufta bulunması mümkün değildir. Kısacası, borçlar hukukunun aksine miras hukukunda kişilerin konuyu tayin serbestisi yoktur. Bu yüzden bir alacak hakkı doğurması nedeniyle cezai şartın söz konusu olabileceği bir an için düşünülse bile, böyle bir işlem şekil, konu ve hükümleri açısından borçlar hukukuna göre değil, miras hukukundaki şart ve mükellefiyete ilişkin hükümlere göre değerlendirilmelidir. O halde, ölüme bağlı tasarrufla öngörölmüş aşırı bir mükellefiyetin indirilmesi, yeni TBK. m. 182/f. III'e göre değil, TMK. m. 519'a göre yani saklı pay (mahfuz hisse) kurallarına göre yapılmalıdır¹⁶².

Dolayısıyla, miras bırakanın vasiyetnameyle mirasçuya veya vasiyet alacaklısına herhangi bir mükellefiyet yüklemesi ve bunun yerine getirilmemesi halinde ödenmek üzere bir edim tayin etmesi halinde cezai şart ve bundan hareketle onun bir türü olan dönme cezası kararlaştırılmış olmamaktadır.

§ 3. DÖNME CEZASININ FER'İ NİTELİĞİ

Dönme cezası fer'i niteliktedir. Dönme cezasının fer'iliğinden, birtakım sonuçlar doğar.

TUNÇOMAĞ, cezai şartın asıl borca bağlı olmasının sonuçlarını şu şekilde değerlendirmektedir¹⁶³:

Cezai şartın meydana gelmesi ve sona ermesi, asıl borcun doğumu ve sona ermesine bağlıdır. Esas borca karşı ileri sürölen def'i mesela zamanaşımı def'i, cezai şartın da öne sürölmesine engel olur.

Cezai şart anlaşması, asıl borcun zamanaşımına uğramasından sonra yapılmışsa ya da cezai şartın muacceliyetinden sonra asıl borç zamanaşımına uğramış olursa, cezai şart istenebilir. Geçici bir def'inin ileri sürölmesi cezai şartı engellemez.

¹⁶¹ Ayrıca bkz. *BİLGE*, s. 48; *KOCAAĞA*, s. 120.

¹⁶² *TUNÇOMAĞ*, s. 18; *BİLGE*, s. 48; *KOCAAĞA*, s. 120; *ARKAN*, s. 82.

¹⁶³ *TUNÇOMAĞ*, s. 15-16.

Asıl alacak için yapılmış bulunan menkul rehni cezai şartı da temin eder. İflas halinde ise cezai şart asıl borcun yanında yer alır ve geciktirici (taliki) şarta bağlı bir alacak gibi masaya kaydedilir.

Asıl borcun temliki cezai şartın da temlikidir. Mesela bir ticarethanenin satılması sırasında rekabet yasağına ilişkin olarak bir de cezai şart kararlaştırılmışsa, rekabet yasağına bağlı olarak bu cezai şart da ticari işletmenin yeni malikine devredilmiş olur.

Asıl borçla cezai şart arasındaki bu bağıllık cezai şartın muaccel olduğu ana kadar sürer. Muaccel olduğu andan itibaren cezai şart da bağımsız bir mahiyet kazanır ve asıl borcun kaderini paylaşmaktan kurtulur.

Cezai şartın ifa yeri, asıl alacağın ifa yeridir. Asıl borcun şekle bağlı olduğu durumda cezai şart da şekle bağlıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında cezai şartın fer'iliğinin sonuçlarını kıyasen dönme cezasına da uygulayabiliriz.

Dönme cezasının varlığı ve hukuki kaderi, ifasını garanti altına aldığı asıl borcun kaderine bağlıdır. Dönme cezasında asıl borç teminat altına alınmaktadır; ancak diğer cezai şart türlerindeki gibi borçlu ifaya zorlanmayıp aksine cezai şartı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebilmekte ve asıl borcu yerine getirmekten kurtulmaktadır.

Dönme cezası, tıpkı diğer cezai şart türlerindeki gibi asıl borcun ifasını teminat altına aldığı için, dönme cezasının kendisi tek başına bir borcun konusunu oluşturmamakta, ifası gereken bir asıl borcun varlığını gerektirmektedir. Yani ortada ifası gereken bir asıl borç mevcut olmadıkça dönme cezasından da söz edilemez. O halde dönme cezasının varlığından bahsedebilmemiz için, asıl borç ile dönme cezası arasında bir aslilik-fer'ilik ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle, dönme cezası olarak kararlaştırılan edim, asıl borç ilişkisinden doğan edimle bir asıl edim-fer'i edim ilişkisi içerisinde bulunmalıdır. Aksi takdirde yani dönme cezası ediminin asıl borca bağlı bulunmaması halinde, cezai şart değil, seçimlik borç söz konusu olur.

Dönme cezasının fer'iliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder. Ancak dönme cezası alacağı muaccel olduktan sonra fer'i olmaktan çıkar ve bağımsız bir alacak niteliğini kazanır.

Asıl borcun şekle bağlı olduğu durumda dönme cezası da şekle bağlıdır. Örneğin, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabi olduğuna göre (yeni TBK. m. 444 ve eski BK. m. 350), ona bağlı cezai şart sözleşmesinin de yazılı olması bir geçerlilik şartıdır¹⁶⁴.

Dönme cezasının geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır¹⁶⁵. Ancak dönme cezasının varlığı için, asıl borçtan ayrı bir edimin mevcut olması gerekir¹⁶⁶.

Yeni TBK. m. 181/f. I hükmü, “Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır.” şeklindedir. Hâlbuki kısmen yapılan ödemeler, ayrı ve bağımsız bir edim olmadığından temerrüt halinde yapılan tediye nin alacaklıya kalmasını içeren kayıtlar, cezai şart olarak nitelendirilememektedir. Buna karşılık yeni Türk Borçlar Kanunu’muz m. 181/f. I, cezai şartı düzenleyen hükümlerin, taksitle satışlar saklı kalmak kaydıyla, adı geçen anlaşmalara da uygulanacağını ifade etmiştir. Fakat maddenin ifadesinden kanun koyucunun, kısmi ifanın gecikmesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi halinde, o zamana kadar yapılmış olan ifanın alacaklıya kalacağı kaydını tam anlamıyla bir cezai şart olarak kabul etmediği, ancak yakın benzerliği dolayısıyla onu da cezai şartta ilişkin hükümlere tabi tuttuğu anlaşılmaktadır¹⁶⁷.

Dönme cezası olarak kararlaştırılan edim, asıl borcun muhtevassından ayrı bir muhtevaya sahip olduğundan, asıl borç ile dönme cezasının konusu da birbirinden farklı olmalıdır. Örneğin, işçinin işvereni ile yaptığı rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye, cezai şart olarak rekabet yapılamayacağı şeklinde bir hüküm getirilemez. Ancak rekabet yapılırsa, belli bir miktar para ödeneceği (yeni TBK. m. 446/f. II) veya elde edilen menfaatlerin işverene devredileceği, şeklindeki taahhütlerin niteliği, asıl borçtan farklı olduğundan bunun cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Bkz. ve karşı. **BİLGE**, s. 76-77.

¹⁶⁵ Bkz. ve karşı. **KOCAAĞA**, s. 93; **TUNÇOMAĞ**, s. 15.

¹⁶⁶ Bkz. ve karşı. **TUNÇOMAĞ**, s. 12.

¹⁶⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 13; **KOCAAĞA**, s. 105; **EKİNCİ**, s. 37.

¹⁶⁸ **EKİNCİ**, s. 37.

§ 4. BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. CEZAI ŞARTTAN FARKI (İFAYA EKİLİ VEYA SEÇİMLİK CEZAI ŞARTTAN FARKI)

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesi, birbirinden farklı üç tür cezai şartı düzenlemektedir. Bunlar seçimlik cezai şart (yeni TBK. m. 179/f. I), ifaya eklenen cezai şart (yeni TBK. m. 179/f. II) ve dönme cezasıdır (yeni TBK. m. 179/f. III).

Yeni TBK. m. 179/f. I'e göre cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırılmışsa, alacaklı ya asıl borcun ya da cezai şartın ifasını isteyebilir. Ancak bu durum emredici nitelikte olmadığından taraflar, bunun aksini kararlaştırabilirler. Aksi öngörülmemişse, taraflar borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebileceklerdir. Ancak, aksi öngörülebilir, yani taraflar hem asıl borcun ifasını hem de cezai şartın ödenmesini kararlaştırabilirler¹⁶⁹.

Yeni TBK. m. 179/f. II'ye göre cezai şart, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa, alacaklı asıl borçla birlikte cezai şartın ifasını da isteyebilir. Ancak yeni TBK. m. 179/f. II hükmü de emredici nitelikte değildir. Taraflar, borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi dışında kalan borca aykırılık halleri için de ifayla birlikte cezai şartın ödeneceğini kararlaştırabilirler. Bununla birlikte taraflar, belirlenen yer veya zamanda borcun ifa edilmemesi hali için, ifanın ya da cezai şartın istenebileceği hususunda da anlaşabilirler. Fakat aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça, belirlenen sözleşmeye aykırılık halleri bakımından, ifa ile birlikte cezai şartın istenebileceği esası geçerlidir¹⁷⁰.

Eski BK. m. 158/f. III (yeni TBK. m. 179/f. III) ise, "Borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salâhiyeti mahfuzdur." diyerek

¹⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 905; KOCAAĞA, s. 149; TUNÇOMAĞ, s. 44; KARAGÖZ, s. 42; karşı görüş, EREN'e göre, "Seçimlik ceza koşulunda alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini isteyemez", EREN, s. 1184.

¹⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 906; KOCAAĞA, s. 151; TUNÇOMAĞ, s. 46; KARAGÖZ, s. 44.

borçlunun sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartı ödemek suretiyle borcun ifasından kurtulacağını ve sözleşmeden dönebileceğini hükme bağlamıştır.

Dönme cezası, yeni TBK. m. 179'da cezai şartla ilgili hükümler arasında düzenlenmekle beraber, cezai şarttan farklıdır. Buna rağmen kanun koyucu, yakın ilgisi bakımından dönme cezasını, cezai şarta ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir.

Seçimlik ve ifaya eklenen cezai şart, borçlunun borcunu ihlal etmesine karşı alacaklıya bir talep hakkı sağlarken; dönme cezası, borcun ihlali şartı aranmaksızın, belirli bir meblağı ödemek suretiyle borçluya sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânı verir. Borçlu, borca aykırı davranışı bulunmasa bile, ifa zamanında veya daha önce, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Cezai şart, borçluyu borcuna uygun davranmaya sevk edici bir rol oynarken; dönme cezası, borçluya borcundan kurtulma kolaylığı sağlar. Bundan dolayı dönme cezasının, ifa borcunu tam olarak kuvvetlendirmedeği tam tersine onu zayıflatıcı bir rol oynadığı görüşü doktrinde hâkimdir¹⁷¹. Diğer taraftan seçimlik cezai şartta, seçim hakkı alacaklıya tanındığı halde (yeni TBK. m. 179/f. I); dönme cezasında, seçim hakkı borçluya tanınmıştır (yeni TBK. m. 179/f. III). Yani cezai şart alacaklı lehine, dönme cezası borçlu lehinedir. Buna göre borçlu, ya asıl borcu ifa edecek ya da kararlaştırılan dönme cezasını ödeyerek borçtan kurtulacaktır. Bununla birlikte, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme yetkisi alacaklıya da tanınabilir¹⁷².

Ayrıca seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartlarda alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat ederek, fazla zararının tazminini talep edebilirken (yeni TBK. m. 180/f. II); dönme cezasında, sözleşmeden dönme yüzünden alacaklının uğradığı gerçek zarar, sözleşmeden dönen borçlunun ödeyeceği dönme cezasından fazla bile olsa, alacaklı borçludan bu fazla zararı talep edememektedir. Çünkü taraflar, dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun sadece bu miktarı ödeyerek ve başka hiçbir yüküm altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği hususunda anlaşmış sayılırlar¹⁷³.

¹⁷¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; OĞUZMAN/ÖZ, s. 907-908; EREN, s. 1186; KOCAĞA, s. 154.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; KOCAĞA, s. 154-155.

¹⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; FEYZİOĞLU, s. 396.

II. PEY AKÇESİNDEN FARKI

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 177. maddesinin birinci fıkrası, "Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır." şeklindedir. O halde, bir sözleşmenin kurulduğuna delil olmak üzere taraflardan birinin diğerine verdiği bir miktar paraya¹⁷⁴ "pey akçesi" denir¹⁷⁵.

Pey akçesinin, bir sözleşmenin kurulduğuna delil olmak dışında bir hukuki etkisi ve sonucu yoktur¹⁷⁶. Sözleşme kurulurken bir tarafın diğer tarafa verdiği paranın pey akçesi (bağlanma parası) mi yoksa pişmanlık akçesi (cayma parası) mi olduğu hususunda tereddüt meydana gelirse, bunun pey akçesi (bağlanma parası) olduğu yönünde yeni TBK. m. 179/f. I'de (eski BK. m. 156/f. I'de) bir karine getirilmiştir¹⁷⁷.

Pey akçesini veren taraf, sözleşmeden cayma hakkı kazanmış olmadığı gibi, kendisi sözleşmenin ortadan kalkmasına sebep olsa da verdiği pey akçesini geri isteyebilecektir. Bu özelliğiyle pey akçesi, pişmanlık akçesinden farklı olduğu gibi, bu özelliğin yanı sıra sözleşme kurulurken (peşin) ödenen bir para olmasıyla da dönme cezasından farklıdır¹⁷⁸. Yani pey akçesi, sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa ödenirken, dönme cezası sözleşme kurulduktan hemen sonra sözleşmeden dönülmesi halinde ödenir. Yani dönme cezası sadece taahhüt edilir.

O halde pey akçesi, akdin kuruluşu esnasında diğer tarafa verilmesi gereken bir tasarruf işlemidir. Dönme cezası ise taahhüt muamelesi niteliğindedir¹⁷⁹. Öte yandan pey akçesinin miktarı dönme cezasına oranla genellikle daha az bir bedele karşılık gelir. Dönme cezası, sözleşmenin ortadan kalkması dolayısıyla diğer tarafın bu nedenle doğacak muhtemel zararını karşılayacak, telafi edecek, hatta aşacak bir miktarda karşılaştırılabilir. Ancak bu son durum iki müessesenin ayırımında her zaman tatmin edici sonuçlar vermeyebilir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Pey akçesinin menkul bir mal da olabileceğine dair bkz. **KAYIHAN**, s. 242; **ŞENYÜZ**, s. 121; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 338-339; **KARAHASAN**, s. 1367.

¹⁷⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 339; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 914; **ARKAN**, s. 98.

¹⁷⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 915; **ARKAN**, s. 99.

¹⁷⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 914.

¹⁷⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 914.

¹⁷⁹ **VON TUHR**, s. 775; **EKİNCİ**, s. 214.

¹⁸⁰ Bkz. ve karşı. **BİLGE**, s. 53.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına¹⁸¹ göre, pey akçesi de cezai şart gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i bir edimdir. Ancak TBK. m. 177/f. II, "Aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça bağlanma parası esas alacaktan düşülür." hükmünü getirmiştir. Bu takdirde bağlanma parası, bunu alan kimsede kalır. Buna karşılık sözleşmede aksine bir hüküm bulunur veya yerel adet o yolda olur ise, bağlanma parasını alan taraf, bunu alacağına mahsup edemez. Kanunun bu hükmü, borçlu tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada alacaklıya verilen paranın asıl borca mahsup edilmeyeceği yolunda bir karine koymuştur. Ancak bu karine adi bir karine olup aksi her zaman ispat edilebilir. Kanunun öngördüğü bu karinenin modern iş dünyasının geleneklerine uygun düştüğünü iddia etmek de oldukça güçtür¹⁸². Nitekim gerçek hayatta pey akçesini veren borçlu, genellikle bu ödediği miktarın borç tutarından düşüleceği inancıyla davranır. Alacaklının da, borçlunun bu düşünceyle pey akçesini verdiğini anlaması, hayatın normal akışına ve ticari teamüllere göre kendisinden beklenebilecek bir durumdur¹⁸³. O halde, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça pey akçesi olarak verilen para, bir kısmî ödeme sayılarak asıl alacaktan düşüleceğinden pey akçesinin, cezai şart gibi bağımsız bir içeriğe sahip fer'i edim olduğunu söylemek yanlış olur. Bu sebeple pey akçesini asıl borç ilişkisine bağlı fer'i bir edim olarak değerlendiren YHGK. kararına katılmamaktayız.

Ayrıca YHGK. kararının aksine pey akçesi, cezai şart gibi borcu kuvvetlendirmek yani borca aykırı davranışın bir tür teminatı olmak üzere değil, sözleşmenin kurulduğunun kanıtı olmak üzere verilir. Yani pey akçesi, borcu değil sözleşmeyi kuvvetlendirir.

O halde, pey akçesi olarak verilen paranın avans olarak ödendiğini kabul edip bunun asıl borca mahsup edilmesi somut adalet duygusuna daha uygun düşecektir¹⁸⁴.

¹⁸¹ YHGK. , 20.05.1964 T. , E. 1963/751, K. 1964/388, "Özet: Taşınmaz mal satış vaadine ilişkin bulunan bu senet resmi şekilde yapılmadığı için hükümsüzdür. Akdi yapanlardan birisi tarafından önceden diğerine ödenen bir para söz konusu edildiğinden, burada kural olarak bir ceza değil, ancak bir pey akçesi vardır (yeni TBK. m. 178 ve eski BK. m. 156). Fakat pey akçesi de cezai şart gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i bir edimdir. Bu bakımdan esas akit geçerli olmazsa fer'i edim de geçerli olmaz ve geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin geri verilmesi sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebilir.", **EKİNCİ**, s. 215.

¹⁸² **EREN**, s. 1191.

¹⁸³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 915; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 340; **ARKAN**, s. 99; **EREN**, s. 1191.

¹⁸⁴ **EREN**, s. 1191.

III. PİŞMANLIK AKÇESİNDEN FARKI

Doktrinde “cayma akçesi” veya “pişmanlık akçesi” denilen, kanunda “zamânı rücu”, yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “cayma parası” olarak geçen bu kurum; sözleşmeden serbestçe dönülmesi karşılığı diğer tarafta kalmak üzere yapılan ödemeyi ifade eder. Yani pişmanlık akçesi¹⁸⁵, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen, sözleşmeden dönülebilmesi için peşinen kararlaştırılmış tazminattır¹⁸⁶. Yeni TBK. m. 178’e göre, “Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığının iki katını geri verir” (eski BK. m. 156/f. III). Yeni TBK. m. 177/f. I’deki karine uyarınca verilen paranın niteliği konusunda şüpheye düşüldüğünde, bunun pişmanlık akçesi olduğunu ileri süren, bunu ispatlamak durumundadır¹⁸⁷.

Cayma parası, tarafların her ikisine de sözleşmeden dönme hakkı verdiği için buna dönme parası veya dönme tazminatı demek de mümkündür¹⁸⁸. O halde, pişmanlık akçesi verilen bir sözleşmede, hem bunu veren hem de alan keyfi olarak sözleşmeden dönme hakkını kazanmaktadır. Fakat buna dayanarak sözleşmeden dönme halinde, pişmanlık akçesi veren sözleşmeden dönmüşse, verdiğini geri isteyemeyecek; karşı taraf yani pişmanlık akçesini alan sözleşmeden dönmüşse, aldığını iki misliyle iade edecektir. Örneğin, (A) bir kira sözleşmesi yaparak (B)’nin evini kiralamış, aynı anda (B)’ye 600 TL. pişmanlık akçesi vermiştir. Bu durumda gerek (A) gerekse (B) sözleşmeden dönebilir. Ancak yeni TBK. m. 178 uyarınca, pişmanlık akçesini verenin sözleşmeden dönmesi halinde, feda edeceği miktar, sözleşme kurulurken ödediği miktar ile sınırlı kalırken; bunu alan tarafın sözleşmeden dönmesi halinde ödeyeceği miktar, aldığının iki katıdır. Yani (A) sözleşmeden döndüğü anda ödediği 600 TL.’yi (B)’ye bırakacak; (B) sözleşmeden

¹⁸⁵ YHGK. , 20.02.1957 T. , E. 1957/3, K. 1957/24, “Özet: Cayma akçesi yahut pişmanlık akçesi, kendisi için akitten cayma salâhiyeti kabul edilmiş olan tarafın, akdin yapıldığı sırada diğer tarafa ödediği bir paradır ki, akitten çaydığı takdirde bu para, alan tarafta kalır.” , **EKİNCİ**, s. 203.

¹⁸⁶ **EREN**, s. 1192; **REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 19. B. , İstanbul, 2006, s. 399, (**REİSOĞLU**, 19. B.).

¹⁸⁷ **EREN**, s. 1193; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 916; **ARKAN**, s. 100.

¹⁸⁸ **EREN**, s. 1192.

döndüğü anda, aldığı paranın iki katını, 1200 TL.'yi (A)'ya ödemek zorunda kalacaktır¹⁸⁹.

Cayma parası, sözleşmeden dönmenin yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönmenin yaptırımı cayma parası miktarı ile sınırlıdır¹⁹⁰. O halde, sözleşmeden cayan taraf, aynen ifaya zorlanamayacağı gibi tazminat ödemekle de yükümlü tutulamaz. Ancak bu prensip, objektif iyiniyet (dürüstlük) kuralı ile sınırlanmalıdır (TMK. m. 2). Örneğin alıcının, akdin ifası için önemli külfetlere girdiğini bilen ve buna karşı çıkmayan satıcı, ifa sırası kendisine gelince akitten dönecek olursa artık dürüstlük kuralları uyarınca, aynen ifa ya da pişmanlık akçesini aşan zararın tazminini talep edebilmelidir. O halde, pişmanlık akçesi verilerek sözleşmeden dönme imkânını, bu sözleşmeden doğan asli bir borcun ifa edilmesinden sonra kabul etmemek gerekir¹⁹¹. Yani pişmanlık akçesi verilen bir satım sözleşmesinde, satılan mal alıcıya teslim edildikten veya bedel satıcıya ödendikten, kira sözleşmesinde kiracı eve yerleştikten veya ilk kira taksidi tam olarak ödendikten sonra, pişmanlık akçesi verildiği gerekçesiyle sözleşmeden dönülemez ve yeni TBK. m. 178 hükmünün sonuçları doğmamalıdır¹⁹².

Borçlunun sözleşmeden dönmemesi durumunda, cayma parası olarak alacaklıya verdiği paranın asıl borca mahsup edilip edilmeyeceği hususunda Kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bağlanma parası hakkındaki hüküm, istisnai nitelikte olduğundan ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, kıyas yoluyla da olsa cayma parasına uygulanamaz¹⁹³. Ancak taraflar, isterlerse bu yönde bir sözleşme yapabilirler. Cayma parasını veren taraf, sözleşmeden dönmezse bunu alandan geri vermesini isteyebilir. Burada da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır¹⁹⁴.

O halde aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, pişmanlık akçesi verildikten sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı anlaşılmalı veya

¹⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 916.

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, s. 769.

¹⁹¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 340-341; OĞUZMAN/ÖZ, s. 916.

¹⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 916.

¹⁹³ EREN, s. 1193; OĞUZMAN/ÖZ, s. 917.

¹⁹⁴ EREN, s. 1193.

kullanılabileceği makul süre dolmuşsa, verilen pişmanlık akçesi, alanın alacağına mahsup edilebilmelidir¹⁹⁵.

Pişmanlık akçesi ile dönme cezası, işlevleri yönünden birbirine benzemekle birlikte, ikisi arasında önemli farklar vardır. Her iki kurum da, sözleşmeden dönme ve bu dönmeden doğan sonuçlarla ilgilidir. Gerçekten hem dönme cezasında hem de pişmanlık akçesinde, sözleşmeden cayılması halinde bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur. Taraflardan birinin, dönme hakkına dayanarak sözleşmeden döndüğü durumda, tazminat olarak esas itibarıyla her iki durum açısından belirlenen meblağ dışında, ayrıca bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yani sorumluluğun kapsam ve miktarı belirlidir. Pişmanlık akçesinde olduğu gibi dönme cezası da akitten caymayı kolaylaştırdığı için sözleşmenin hükümlerini zayıflatmaktadır¹⁹⁶. Bununla birlikte dönme cezası da pişmanlık akçesi de fer'i niteliktedir.

Buna karşılık bu iki kurumun, hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır. Yeni TBK. m. 178 hükmünden de anlaşılacağı gibi, pişmanlık akçesi daha sözleşme yapılırken peşin olarak ödendiği halde, dönme cezası ise sözleşmenin kurulması sırasında peşin olarak ödenmeyip, borcun yerine getirilmemesi hali için, taahhüt edilir. Bu bakımdan pişmanlık akçesi bir tasarruf muamelesi olduğu halde¹⁹⁷, dönme cezası bir taahhüt (borçlandırıcı işlem) muamelesi olarak kendini gösterir¹⁹⁸. Hatta bu taahhüt, asıl borç ilişkisinin kurulduğu anda yapılmak zorunda değildir; daha sonra da yapılabilir. Dönme cezası, bir taahhütten ibaret olduğuna göre, bu taahhüdün yerine getirilmemesi halinde bir eda davası açılması mümkünken, pişmanlık akçesinde eda davası açılması söz konusu değildir¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Ayrıca bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 916-917.

¹⁹⁶ **TUNÇOMAĞ**, s. 31-32; **EKİNCİ**, s. 201.

¹⁹⁷ Her ne kadar YHGK. , vermiş olduğu bir kararında, “Muteber bir satım vaadi senedinde taraflar, ferağ vermek veya teferruğ etmekten vazgeçtikleri takdirde vazgeçenin, diğerine vermiş olduğu tazminat, cezai şart olmayıp rücu şartıdır (pişmanlık akçesidir). Zamânı rücu (pişmanlık akçesi) ödemeyi taahhüt etmiş olan taraf, akdi ifa ile ilzam olunamayacağı cihetle, bozmaya uyulmak gerekli iken yeni TBK. m. 178’in (eski BK. m. 156/f. III’ün) açık hükmüne aykırı karar verilmesi yolsuzdur.” demekte ve bu suretle rücu tazminatının (pişmanlık akçesinin) da vaat ve taahhüt olunabileceğini kabul eder gözükmektedir. YHGK. , 21.06.1950 T. , bkz. **BİLGE**, s. 53. Bu kararda her ne kadar pişmanlık akçesinin vaat ve taahhüt edilmesi mümkün gibi gözükyor ise de, kanunun metninden bunu çıkarmak mümkün değildir. “Nitekim bu kararın mesnedi olan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararında, vaat olunan bu paranın cezai şart olduğu haklı olarak ifade olunmaktadır. **BİLGE** de olayda ödenmesi taahhüt olunan parayı pişmanlık akçesi olarak değil, cezai şart olarak kabul etmektedir.”, bkz. **BİLGE**, s. 53.

¹⁹⁸ **VON TUHR**, s. 774-775; **KOCAAĞA**, s. 59.

¹⁹⁹ Bkz. ve karşı. **BİLGE**, s. 52.

Pişmanlık akçesinde, borçlunun sözleşme yapılırken verdiği bir miktar, asıl edimin artık ifa edilmeyeceği anlamına gelmez. Oysa dönme cezası, dönme hakkı kullanılırken ödenir ve bu ödeme, asıl edimin artık ifa edilmeyeceğini kesin olarak ortaya koyar²⁰⁰.

Diğer taraftan pişmanlık akçesi olarak kabul edilen parayı, yalnız taraflardan biri ödediği halde; dönme cezasını, her iki taraf da kendi borçlarının yerine getirilmemesi hali için taahhüt edebilir²⁰¹. Ayrıca dönme cezası, kimin için kararlaştırılmışsa onun sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu halde; pişmanlık akçesi verilen durumda her zaman, hem veren hem de alan sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dönme cezası kararlaştırıldığı takdirde, borçlu kural olarak her zaman bu meblağı ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Oysa pişmanlık akçesi verilen durumlarda, asıl borç ifaya başlandıktan sonra artık sözleşmeden dönülemezdir. Diğer taraftan, pişmanlık akçesinde, peşin verilmiş bir miktarın sözleşmeden dönme üzerine istenememesi veya iki katıyla iadesi gerekirken; dönme cezasında, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmak istendiği zaman bu miktarı ödeme borcu doğmakta ve bu miktarda herhangi bir artış söz konusu olmamaktadır²⁰².

Sözleşmede kararlaştırılan miktarın dönme cezası mı yoksa pişmanlık akçesi mi olduğu hususunda tereddüt ortaya çıktığında, dönme cezası lehine yorum yapılması gerektiği kabul edilmelidir²⁰³.

IV. SEÇİMLİK BORÇTAN FARKI

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 87. maddesine göre, "Seçimlik borçlarda, hukukî ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir". Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 87'ye (eski BK. m. 71'e) göre, içlerinden yalnız birisinin ifasını gerektiren ve çeşitli, birden fazla edimi içine alan borca "seçimlik borç" denir. Örneğin, 50 TL. karşılığında (A)'nın (B)'ye karşı ya saatini ya da kitabını satmayı yüklediği bir borç ilişkisinde, iki edim

²⁰⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353.

²⁰¹ KOCAAĞA, s. 59.

²⁰² EREN, s. 1193; OĞUZMAN/ÖZ, s. 917.

²⁰³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 471.

mevcut olduğu için, ortada seçimlik bir borç vardır. Burada (A), (B)'ye dilerse saatini, dilerse kitabını vererek borçtan kurtulur.

Seçim beyanı, değiştirici yenilik doğuran haklardan olup, bu beyanın hüküm ifade edebilmesi için diğer tarafa varması gerekli ve yeterlidir²⁰⁴.

Seçimlik borçların özelliği şuradadır: Borç, başından itibaren mevcuttur; fakat birden çok edim mevcut olduğu için, yerine getirilecek edim belli değildir. Borç, birden çok edimi içermektedir. Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla, bu edimlerden biri kesin olarak borcun konusunu oluşturur; diğer edimler ise ortadan kalkar. Seçim hakkının kullanılmasıyla edimlerden biri, borcun konusunu teşkil edeceği için, borçlu bu edimi yerine getirirse, borç sona erer.²⁰⁵

Edimlerden birisinin seçimi borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Yeni TBK. m. 87'ye göre, aksi kararlaştırılmadıkça, seçim yetkisi borçluya aittir.

Seçim hakkı alacaklıya aitse, alacaklı seçim hakkını kullandığı takdirde, borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu edimin konusu kesin olarak belirlenmiş olur. Alacaklının seçim hakkını kullanması, borçluya ifa için gerekli hazırlıklarda bulunma imkânı verir. Çünkü alacaklı bu hakkı kullanmadan önce borçlu, herhangi bir ifa hazırlığı yapamaz. Bu nedenle alacaklı seçim hakkını kullanmak zorundadır. Böyle bir durumda borçlu, seçim hakkını kullanmayan alacaklıyı seçim beyanında bulunmaya davet etmek suretiyle mütemerrit duruma sokabilir²⁰⁶.

Alacaklı, seçim hakkını kullanmadığı için mütemerrit durumda olduğundan borçlu, edimleri tevdi etmeyerek TBK. m. 110'a kıyasen sözleşmeden dönebilir²⁰⁷. Oysa Alman Medenî Kanunu'na göre (BGB § 264/II), bu gibi hallerde, seçim hakkı borçluya geçmektedir²⁰⁸.

Seçim hakkı borçluya aitse, borçlu çeşitli edimlerden birini ifa ederek seçme hakkını kullanır ve böylece borcundan kurtulur. Seçim hakkı kendisine ait olan borçlu bu hakkını kullanmaz ve edimlerden birini seçmezse alacaklı, borçluya karşı

²⁰⁴ EREN, s. 964.

²⁰⁵ EREN, s. 112-113.

²⁰⁶ EREN, s. 965; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1084.

²⁰⁷ BECKER, Art. 72, N. 8; VON TUHR/Peter, sh. 80; WEBER, Art. 72, N. 51; Karş. SCHRANER, Art. 72, N. 49 vd. , (EREN, s. 965'ten naklen).

²⁰⁸ EREN, s. 965-966.

seçimlik bir ifa davası açabilir²⁰⁹. Bu dava ile alacaklı, borçludan edimlerden birini seçmesini ve bunu ifa etmesini talep eder. Hâkimin bu dava üzerine vereceği karar da seçimlik bir karar olacaktır. Bu karar üzerine borçlu, seçeceği edimlerden birini yerine getirmek zorundadır. Fakat borçlu, edimlerden birini seçmediği ve ifada bulunmadığı için, alacaklıyı cebrî icra takibi yapmak zorunda bırakırsa, o zaman ne olacağı meselesi doktrinde görüş ayrılığına yol açmıştır: “*VON TUHR*, artık alacaklının edimlerden birini seçebileceğini ve icra takibine dilediği edimi konu yapabileceğini kabul etmektedir; fakat *VON TUHR*’a göre alacaklı, bu suretle seçtiği edimi, cebrî icra yoluyla –kısmen veya tamamen- elde edinceye kadar, borçlu diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulabilmek yetkisine sahiptir²¹⁰.” “*BECKER* ise icra takibinin de seçimlik olarak yapılması gerektiğini ve borçlu buna rağmen edimlerden birini yerine getirmeyecek olursa, alacaklının sadece tazminat isteyebileceğini ileri sürmektedir. *BECKER*’e göre edimler eş değerde değilse, tazminat daha az değerli olan edim esas alınarak hesap edilmelidir²¹¹.”

Seçim hakkı üçüncü bir kişiye aitse, üçüncü kişi seçim hakkını kullanmadıkça alacaklı, borçludan ifa talebinde bulunamaz²¹². Seçim hakkının, üçüncü kişinin mutlak takdirine bağlı olduğu hallerde aynı zamanda koşula bağlı bir borç söz konusu olur²¹³.

Seçimlik borçta, kusursuz imkânsızlık hali ise iki şekilde karşımıza çıkar. Ya edimlerden biri baştan itibaren imkânsızlaşmıştır ya da sonradan imkânsızlaşmıştır. Başlangıçtaki imkânsızlık halinde taraflar arasındaki seçimlik borç ilişkisi, TBK. m. 27’ye göre bâtil olmayıp borcun konusu diğer edim olur²¹⁴. Ancak taraf iradelerinden bunun aksi de anlaşılabilir. Bu takdirde, yani edimlerden birinin başlangıçta imkânsız olduğu bilseydi, taraflarca sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşme ilişkisi TBK. m. 27/f. II’ye göre hükümsüz olur²¹⁵.

²⁰⁹ **EREN**, s. 966; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1083.

²¹⁰ **VON TUHR (Edege)**, s. 75, (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1084’ten naklen).

²¹¹ **BECKER**, m. 72, No. 9, s. 376, (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1084’ten naklen).

²¹² **EREN**, s. 966; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1085.

²¹³ **EREN**, s. 966.

²¹⁴ **EREN**, s. 967; **TUNÇOMAĞ**, s. 33; **BİLGE**, s. 55.

²¹⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1085; ayrıca bkz. **EREN**, s. 967.

Edimlerden biri borcun doğmasından sonra, fakat seçim hakkının kullanılmasından önce imkânsızlaşmış ve taraflardan hiçbirinin de kusuru yoksa borcun konusu diğer edim olur²¹⁶. Ancak seçim hakkının kullanılmasından sonra imkânsız hale gelen bir edim varsa ve bu edim seçilen edimse borçlunun kusurlu olup olmamasına göre Türk Borçlar Kanunu'nun ya 112'nci ya da 136'ncı maddesi uygulanacaktır²¹⁷.

Taraflardan birinin kusuru sonucu sonraki kusurlu imkânsızlık hali meydana gelmişse sorunu şu şekilde çözmek gerekir.

Seçim hakkı borçluya ait olmakla birlikte, imkânsızlık alacaklının kusuru sonucu doğmuşsa, bu takdirde borçlu, ya imkânsızlaşmış edimi seçer ve TBK. m. 136'ya göre kendi kusuru dışında imkânsızlaşan bu edimi yerine getirmekten kurtulmakla birlikte, karşı edimi isteme hakkını muhafaza eder ya da diğer edimi seçerek onu yerine getirir, fakat alacaklının kusuruyla imkânsızlaşmış olan diğer edim için, haksız fiil kurallarına dayanarak, ondan tazminat ister²¹⁸. Buna karşılık seçim hakkı borçluya ait olup da edimlerden biri, borçlunun kusuru ile imkânsız hale gelmişse, borcun konusu diğer edim olur²¹⁹. Ancak ikinci (diğer) edim de, kusursuz olarak, yani umulmayan bir hal sonucu imkânsız hale gelirse alacaklı, borçlunun kusuruyla imkânsızlaşan ilk edim için tazminat davası açabilir²²⁰.

Seçim hakkı alacaklıya ait olmakla birlikte, imkânsızlık borçlunun kusurundan doğmuşsa, bu takdirde alacaklı ya diğer edimi ya da ifası imkânsız hale gelmiş olan edimi ister. Ancak, ifası imkânsız hale gelmiş olan edimi seçerse, imkânsızlık dolayısıyla bu edimin ifası mümkün olmadığından alacaklı bunun yerine borçludan TBK. m. 112'ye göre tazminat talep edebilir²²¹. Buna karşılık kusurlu sonraki imkânsızlık, seçim hakkına sahip olan alacaklıya aitse, alacaklı bu halde de imkânsız edimi seçebilir. Ancak bu edimin yerine getirilmesi kendi kusuruyla mümkün olmadığı için edimden vazgeçmiş olur. Bu takdirde dilerse diğer edimi

²¹⁶ EREN, s. 967; HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 211.

²¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1085-1086.

²¹⁸ LARENZ, sh. 159, (EREN, s. 967'den naklen); TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1086.

²¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1086; EREN, s. 967.

²²⁰ VON TUHR/Peter, sh. 81-82, (EREN, s. 968'den naklen).

²²¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 211; LARENZ, I, sh. 159; VON TUHR/Peter, sh. 81; BECKER, Art. 72, Nr. 14; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 72, N. 16, (EREN, s. 968'den naklen).

talep edebilir. Fakat kendi kusuruyla imkânsız hale getirdiği için edim yüzünden zarara uğrayan borçluya TBK. m. 112'ye göre tazminat öder²²².

Borcun doğumundan sonra, fakat seçim hakkının kullanılmasından önce bütün edimler imkânsız hale gelmişse ve borçlu, bütün edimlerin imkânsız hale gelmesinden sorumlu değilse, TBK. m. 136'ya göre borçtan kurtulur²²³. Ancak, seçimlik edimlerden bazıları kusursuz olarak imkânsız hale gelmekle birlikte, birkaçının veya sadece birinin ifası henüz mümkün ise, kusursuz imkânsızlık riski yani hasar borçluya aittir. Buna karşılık borçlu, imkânsızlığa kusuruyla sebebiyet verdiği için sorumlu durumda ise, seçim hakkına sahip olan kimse, hangi edimi seçerse borçlu, o edim için alacaklıya TBK. m. 112'ye göre tazminat öder²²⁴.

Borcun doğumundan ve seçim hakkının kullanılmasından sonra edimlerden biri imkânsız hale gelmişse, bu takdirde borcun konusu kesin olarak tek bir edim haline geldiğinden, seçilmemiş edimlerin ifası söz konusu olmaz; seçilmiş edim imkânsızlaşmışsa borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılır. Borçlu kusursuz ise TBK. m. 136'ya göre borçtan kurtulur. Buna karşılık, borçlu seçilmiş edimi kusuruyla imkânsız hale getirmişse TBK. m. 112'ye göre alacaklının uğramış olduğu zararları tazmin eder²²⁵.

Tüm bu açıklamalarımız ışığında, dönme cezası ve seçimlik borç kavramları arasındaki benzerlikleri ve farkları şu şekilde ortaya koyabiliriz:

Dönme cezası ve seçimlik borç içeren borç ilişkisi, nihai olarak biri ifa edilecek birden fazla edim içermektedir. Hatta *TUNÇOMAĞ*, dönme cezası kararlaştırılan hallerde, seçimlik borç ilişkisinin mevcut olduğunu dönme cezasının gerçek anlamda seçimlik bir borç olduğunu kabul etmektedir²²⁶. Ancak dönme cezası, seçimlik borç kavramından birçok yönüyle farklıdır. Şöyle ki; dönme cezasında, muacceliyetten önce, biri asıl diğeri fer'i olmak üzere iki borç bulunduğu halde, seçimlik borçta tek bir borç vardır ve bu borcun konusu da birden çok asli

²²² **EREN**, s. 968.

²²³ **KILIÇOĞLU**, s. 590; **EREN**, s. 968.

²²⁴ **EREN**, s. 968; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1087.

²²⁵ **EREN**, s. 968; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1087.

²²⁶ Dönme cezasının gerçek anlamda seçimlik borç olduğuna dair bkz. **TUNÇOMAĞ**, *Borçlar Hukuku*, s. 521.

edimden biridir²²⁷. Başka bir ifadeyle, seçimlik borçta yer alan birden çok edimden her biri, asli borç niteliğinde olup, birbirinden bağımsızdırlar. Hâlbuki dönme cezasında da iki edim bulunmakla birlikte, bunlardan biri asıl borçtur. Diğeri ise asıl borca tabi fer'i borcu teşkil eder. Gerçekten dönme cezası, asıl borcun fer'i niteliğindedir ve kaderi de asıl borca bağlıdır. Bir diğerk fark ise, seçimlik borçta iki veya daha çok edimden birinin ifası, borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı imkânsız hale geldiğinde, kararlaştırılan diğerk edimin ifasıyla seçimlik borç yerine getirilmiş olur²²⁸. Oysa dönme cezasında, asıl borcun ifası, borçluya isnat olunamayan bir sebeple imkânsız hale gelirse, aksi kararlaştırılmadıkça, asıl borç sona ereceği gibi onunla birlikte dönme cezası da sona erer (yeni TBK. m. 182/f. II). Bu bakımdan seçimlik borçlarda görüldüğü gibi ifa yükümlülüğünün konusunu, diğerk edimin oluşturması durumu, dönme cezasında kural olarak söz konusu olmaz. Bununla birlikte taraflar, asıl borcun ifasının borçluya yüklenemeyen bir sebeple imkânsızlaşması halinde bile, asıl borçtan sorumlu olunacağını sözleşmeyle kararlaştırabilecekleri gibi, dönme cezasının ödeneceğini de kararlaştırabilirler²²⁹. İmkânsızlığın başlangıçta olduğu durumda ise, zaten dönme cezası doğmaz. Ancak başlangıçtaki kusursuz imkânsızlık halinde, taraflar arasındaki seçimlik borç ilişkisi, yeni TBK. m. 27'ye göre (batıl) geçersiz olmayıp, borcun konusunu diğerk edim oluşturur²³⁰. Başka bir deyişle, seçimlik borcun konusunu oluşturan edimlerden birinin, tarafların kusuru olmaksızın henüz seçim hakkının kullanılmasından önce imkânsızlaşması halinde, borcun konusu diğerk edim olur. Fakat, taraf iradelerinden bunun aksi de anlaşılabilir. Bu takdirde, yani edimlerden birinin başlangıçta imkânsız olduğu bilseydi, taraflarca sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşme ilişkisi yeni TBK. m. 27/f. II'ye göre geçersiz olur²³¹.

²²⁷ Bkz. ve karşı. TUNÇOMAĞ, s. 32-33; Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 32, dpn. 5. TUNÇOMAĞ'a göre, "Cezai şart, muaccel olduktan sonra asıl borçtan bağımsız hale gelir ve bu durumda borçlunun yükümlülüğü, bu iki borçtan alacaklının seçtiğini ifadan ibarettir. Bu itibarla, cezai şartın muaccel olmasından sonraki durumun, aralarındaki benzerlik sebebiyle, seçimlik borç hükümlerine tabi tutulması isabetli olur".

²²⁸ EREN, s. 967; BİLGE, s. 55.

²²⁹ Bkz. ve karşı. BİLGE, s. 54-55; TUNÇOMAĞ, s. 32-33; GÜNAY, s. 57.

²³⁰ EREN, s. 967; BİLGE, s. 55.

²³¹ Bkz. EREN, s. 967.

Dönme cezasında, bu borcun ileride doğup doğmayacağı tamamen şüpheli iken; seçimlik borçta, seçim hakkının kullanılmasından önce borç mevcuttur, yani borç, muhtemel borç niteliğinde değildir; sadece bu borcun konusu belirsizdir²³².

V. SEÇİMLİK YETKİDEN FARKI

Seçimlik yetki, Borçlar Kanununda özel bir madde içinde düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 99. (eski Borçlar Kanunumuzun 83.) maddesinde seçimlik yetki öngörülmüştür.

Seçimlik yetkide, borçlu tarafların anlaşmalarına veya alacaklının sonradan verdiği yetkiye göre; asıl edim yerine başka bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkânına sahiptir. Aynı yetki alacaklıya da verilebilir. Burada önce asıl bir borç mevcuttur. Asıl borcun yanında ikinci derecede taahhüt edilmiş ve ancak hak sahibinin talebi veya asıl borcun kusura dayanan imkânsızlığı halinde esas borcun yerini alabilen ikinci bir borç bulunmaktadır²³³.

Seçimlik yetki, iradi seçimlik yetki ve kanuni seçimlik yetki olmak üzere ikiye ayrılır. İradi seçimlik yetki ya taraflarca birlikte kararlaştırılır ya da sonradan tek taraflı bir irade beyanıyla, alacaklı tarafından borçluya tanınır. Örneğin bir vekâlet sözleşmesinde avukat, müvekkiline vekâlet ücreti olan 500 TL.'yi evinde işçi olarak çalışmak veya belirli bir mal vermek suretiyle ödeme yetkisi verirse, seçimlik yetki söz konusu olur²³⁴ ya da borçlu, alacaklıya belli bir el yazması kitabı bağışlamayı vaat etmiş; ancak dilerse kitap yerine 600 TL. ödeyebilme yetkisini kendisinde alıkoymuştur. Burada asıl edim, kitabın verilmesidir. Buna rağmen borçlu, onun yerine (yedek olarak) 600 TL. öderse borcundan kurtulacaktır. Kısa borç, birden fazla edimi içermemekte sadece borçluya, asıl edimin yerine başka bir şeyi vererek veya yaparak borçtan kurtulma yetkisi tanınmaktadır²³⁵.

Kanuni seçimlik yetki de yeni TBK. m. 99/f. II'de (eski BK. m. 83/f. II'de) düzenlenmiştir. Yeni TBK. m. 99/f. II'ye göre, ödeme yerinde kanuni rayıcı olmayan yabancı bir memleket parası borçlusu olan kimse, borcunu o yabancı memleket

²³² Bkz. ve karşı. EKİNCİ, s. 127; TUNÇOMAĞ, s. 33.

²³³ GÖKÇEOĞLU, s. 22; TUNÇOMAĞ, s. 33.

²³⁴ EREN, s. 969.

²³⁵ GÜNAY, s. 58.

parasıyla fiilen ödeyecek yerde vade günündeki karşılığını rayici üzerinden Türk parasıyla ödemek suretiyle borcundan kurtulabilir. Burada borçlu, esas itibarıyla asıl edim olarak yabancı memleket parasını borçlanmıştır. Fakat Borçlar Kanunu, ona, bu borcunun “yedek”, “ikame” edimi olarak, Türk parasıyla ödeme yetkisini de vermiş bulunmaktadır²³⁶.

Seçimlik yetkide asıl edim ile yedek edim, önemini özellikle edimin imkânsızlaşması halinde gösterir. Seçimlik yetkide önemli olan, asıl edimdir. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru dışında imkânsız hale gelirse, onun yerine yedek edim geçmez; aksine burada borç ilişkisi sona erer ve alacaklı da yedek edimi isteyemez. Buna karşılık yedek edimin ifasının imkânsız hale gelmesi, asli edim üzerinde hiçbir olumsuz etki yapmaz; borçlu, asıl edimi ifa zorundadır²³⁷. Dönme cezasında da asıl borç, borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşarsa, dönme cezası sona erer ve yine seçimlik yetkideki gibi, dönme cezasının ifasının imkânsız hale gelmesi asıl borcun ifasını etkilemez. Bununla birlikte, gerek dönme cezasında gerekse seçimlik yetkide biri esas diğeri fer’i olmak üzere iki borç mevcuttur.

Ancak dönme cezasında, seçimlik yetkide aranan “asıl borcun kusura dayanan imkânsızlığı halinde, esas borcun yerini alabilen ikinci bir borcun bulunması” şartı söz konusu değildir. Eğer iradi seçimlik yetkide, “asıl edimin sonradan imkânsızlaşması” şartı aranıyorsa bu noktada seçimlik yetki, dönme cezasından ayrılır. Zira, dönme cezası yedek edim olmadığı gibi, dönme cezasında “asıl edimin imkânsızlaşması” şartına gerek de yoktur. Dönme cezasında borçlu, dilerse asıl edimi dilerse dönme cezasını ödeyerek borcundan kurtulur.

Seçimlik yetkiye dayanarak, asıl edimin yerine yedek edimin borçlu tarafından teklif edilmesi ya da alacaklı tarafından talep edilmesi yenilik doğurucu haklardan değildir. Bu nedenle seçimlik yetkiye sahip borçlu, yedek edimin ifasını teklif etmiş ise bu teklifin alacaklı tarafından kabulüne kadar, teklifinden vazgeçip asli edimi ifa ederek borcundan kurtulabilir. Aynı şekilde, yetkinin alacaklıya ait olması halinde, alacaklı, asıl edim yerine yedek edimi talep etmişse, bunun borçlu tarafından kabulüne kadar talebinden dönerek, asıl edimi isteyebilir²³⁸. Oysa dönme cezasında, borçlunun cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı,

²³⁶ Bkz. **EREN**, s. 969.

²³⁷ **EREN**, s. 970.

²³⁸ Ayrıca bkz. **EKİNCİ**, s. 131; **EREN**, s. 970.

varması gerekli irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır²³⁹. Bununla birlikte, dönme cezasında borçlunun asıl edim yerine dönme cezası ödeyeceğini bildirmesi yeterli olmayıp, asıl edimi ifa borcu ancak dönme cezasının fiilen ödenmesi veya ödenmesinin teklif edilmesiyle sona erer²⁴⁰.

Her ne kadar seçimlik yetki ve dönme cezası, birtakım benzer özelliklere sahip olsalar da amaç ve hukuki nitelik açısından birbirinden farklılık gösterirler.

VI. OPSİYON HAKKINDAN FARKI

Taraflar, bir sözleşme ile (opsiyon sözleşmesi), içlerinden birine bir borç ilişkisini önceden aralarında kararlaştırdıkları şartlarla ve bir taraflı irade beyanı ile kurmak hakkını tanımışlarsa opsiyon hakkından bahsedilir²⁴¹. Bir başka deyişle, bir sözleşmede taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla belirli içerikte akdî bir ilişkiyi kurma yetkisi veren hakka, opsiyon hakkı denir. Taraflardan birine opsiyon hakkı veren sözleşmeye de opsiyon sözleşmesi adı verilir. Opsiyon hakkıyla hak sahibi tek taraflı irade beyanıyla opsiyon sözleşmesinde kendisine tanınmış olan bir sözleşmeyi kurma veya bazı şartlarını değiştirme imkânını elde eder. Örneğin A, B'ye kira sözleşmesi kurma yetkisi vermişse; B, A'ya yönelttiği irade beyanıyla kira sözleşmesi kurar veya böyle bir sözleşmenin süresini uzatır. Bu niteliği itibarıyla opsiyon hakkı, yenilik doğuran bir haktır²⁴².

Dönme cezasında ise taraflar, anlaşarak her birine veya sadece bir tarafa, belli bir bedel ödemek şartıyla sözleşmeden serbestçe dönme hakkı tanımaktadırlar. Dolayısıyla taraflar, borçlunun öngörülen cezai şartı ödemek suretiyle asıl borcun ifasından kurtulacağını, yani sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırmaktadırlar. İşte dönme cezasında borçlunun kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek kullanacağı sözleşmeden dönme hakkı da opsiyon hakkı gibi yenilik doğuran bir haktır. Ancak opsiyon hakkı, bir sözleşmede taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla belirli içerikte sözleşmesel bir ilişkiyi kurma yetkisi verdiği için kurucu yenilik doğuran bir haktır. Oysa dönme cezasında, borçlunun kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek

²³⁹ DEMİR, Kapıdan İşlemler, s. 272.

²⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352.

²⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 1. C. , Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış, 4. B. , İstanbul, 2008, s. 110.

²⁴² Bkz. EREN, s. 313.

kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkı, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldırdığı için bozucu yenilik doğuran bir haktır.

VII. CAYMA HAKKINDAN FARKI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 8. , 9. ve 9/A maddelerinde, bu maddelerde düzenlenen sözleşmelerde, cayma hakkına yer veren bu hükümlerle tüketicilere cayma hakkı tanınmaktadır. Bu vasıta ile sözleşme hukukunun temel dayanağı olan sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesine istisna getirilmiştir.

Kanunun kapıdan satış başlığını taşıyan 8. maddesine göre, "Kapıdan satış; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında yapılan satımlardır". Kanunun 9/A maddesinin birinci fıkrasında ise mesafeli sözleşmeler tanımlanmıştır. "Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir".

Tüketicinin korunması bakımından, kapıdan satışlarda ve mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır. Kanunun 8. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tüketici, hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir borç altına girmeden sözleşmeden cayabilir.

Kanunun cayma hakkı olarak düzenlemiş olduğu bu hak, tüketicinin sözleşmeyi oluşturan iradesini geri alabilmesini sağlayan bir hak²⁴³. Zira tüketici sözleşmeyi kuran kabul yönündeki beyanından geri dönmektedir²⁴⁴. Özel hukuk terminolojisine özgü geri alma kavramının teknik anlamı, sonradan tek taraflı karşı bir irade beyanıyla ya da geri alma iradesine eşdeğer etkide zımni bir iradi davranışla irade beyanlarının etkisizleştirilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması ve bu suretle onun hukuksal hüküm ve sonuçlarını doğurmasına engel olunması şeklindedir²⁴⁵.

²⁴³ **ASLAN, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 2. B. , İstanbul, 2004, s. 394. Ayrıca bkz. **DEMİR, Mehmet**, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, 2004, s. 46 vd. , (**DEMİR**, Mesafeli Sözleşmeler).

²⁴⁴ **ÖGUZ, Cemal**, Kapıdan Satışlarda Tüketicilere Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları, www.hukuk.gazi.edu.tr, e.t. : 30.04.2011.

²⁴⁵ **DULL**, sh. 3-4, (**DEMİR**, Kapıdan İşlemler, s. 264'ten naklen).

Cayma hakkının hukuki niteliği, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan ve kanundan doğan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Çünkü cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi ortadan kalkmaktadır. Dönme cezasında ise, tarafların anlaşarak her birine veya sadece bir tarafa, kararlaştırılan cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden serbestçe dönme hakkı tanınmaları, taraf iradelerinden doğan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Yani burada iradi dönme söz konusudur. Nitekim taraflar, sözleşmeyi yaparken ileride bundan dönmeyi saklı tutmuşlardır²⁴⁶.

Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, kapıdan satışlarda ve mesafeli sözleşmelerde cayabilme yetkisini tüketicilere tanımıştır. Sözleşmenin diğer tarafına bu imkân verilmemiştir. Oysa dönme cezasında, sözleşmeden dönebilme hakkı her iki tarafa da tanınabilmektedir.

Şunu da belirtmek isteriz ki cayma hakkı, sözleşmeden dönme ve fesih hukuki müesseselerine benzemektedir. Ancak, dönme ve fesih sözleşmenin her iki tarafına tanınmış olan ve sözleşmeye aykırılık hallerinde söz konusu iken; cayma hakkı, taraflardan menfaati korunmaya değer görülene ve herhangi bir sözleşmeye aykırılık olmaksızın serbestçe kullanılmak üzere verilmiş bir haktır²⁴⁷.

²⁴⁶ Bkz. **EREN**, s. 1212-1213.

²⁴⁷ **ASLAN**, s. 395; **SEROZAN, Rona**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 131.

Üçüncü Bölüm

DÖNME CEZASININ TALEP EDİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR VE REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

§ 1. DÖNME CEZASININ TALEP EDİLMESİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN HUSUSLAR

I. GENEL OLARAK

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179-182. (eski Borçlar Kanunumuzun 158-161.) maddeleri cezai şart alacağından doğan borçların ne zaman muaccel olacağını düzenlememiştir. Bu sebeple doktrinde muacceliyet anının gerçekleşmesi konusunda farklı görüşler mevcuttur. Eğer cezai şartın muacceliyeti konusunda taraflarca bir anlaşmaya varılmamışsa, hâkim görüşe göre, asıl borcun muacceliyeti cezai şartı da muaccel hale getirir; ayrıca borçlunun temerrüde düşmesine gerek yoktur²⁴⁸. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'muzda temerrütten hiç söz edilmemekte, yalnızca “akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası” ifadesi yer almaktadır. Eğer kanun koyucu, cezai şartın muaccel olması için borçlunun temerrüdünün zorunlu olduğunu öngörmek isteseydi, yeni TBK. m. 112'deki (eski BK. m. 96'daki) ifadeye uygun bir şekilde sadece borcun ifa edilmemesinden bahsetmekle yetinmez; ya temerrütten açıkça bahsetmek ya da temerrütle ilgili maddenin ifadesini kullanmak suretiyle, bu mecburiyete işaret ederdi. Oysa Kanunda, temerrüdün gerekli olduğuna işaret eden en ufak bir belirti dahi bulunmamaktadır²⁴⁹.

O halde cezai şartın muacceliyetinden söz edebilmek için, her şeyden önce, cezai şarta bağlanmış olan asıl borcun muaccel olması gerekir. Yani alacaklının cezai şart alacağını ileri sürüp, cezai şartın ödenmesini talep edebilmesi için öncelikle asıl borcun ihlali suretiyle borç muaccel hale gelmelidir.

²⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 93 vd. ; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s. 523; bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 908; BİLGE, s. 87 vd. ; ARKAN, s. 89.

²⁴⁹ BİLGE, s. 89.

Dönme cezası ise, borçlunun kural olarak akdi ihlal etmesine lüzum göstermez; borçlu ifa zamanında veya daha önce, dönme cezasını ödeyerek asıl edimi ifa yükümlülüğünden kurtulabilir²⁵⁰. Dönme cezasının muacceliyeti için, asıl borcun doğumu yeterli olup ayrıca borcun ihlaline gerek yoktur. Bir başka ifadeyle borçlu, sözleşme kurulduktan hemen sonra dahi borca aykırı davranışı bulunmasa bile dönme cezasını ödeyerek borçtan kurtulabilir.

II. BORÇLUNUN DÖNME CEZASINI ÖDEYEREK / TEKLİF EDEREK SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRME YETKİSİ

Borçlunun dönme cezası sayesinde gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, bu cezai şart miktarını ödemiş veya ödemeyi teklif etmiş olması aranmaktadır. Bu gerçekleşmedikçe, sadece dönme bildiriminde bulunmanın sözleşme bağıını ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir²⁵¹. Ayrıca bu teklifin samimi olması gerektiği gibi nasıl olacağı hususu da taraflarca kararlaştırılmalıdır.

Acaba dönme cezasını ödeyerek/teklif ederek sözleşmeyi sona erdirme yetkisi olanın bu hakkını sözleşmenin her aşamasında -özellikle asıl borcun ifası aşamasında- kullanması halinde durum ne olabilir? Örneğin borçlu, asıl edimi kötü ifa etmiştir; alacaklı da kötü ifa nedeniyle tazminat davası açmıştır. Borçlu da dönme hakkını kullanmak isterse, bu durum sözleşmeyi, kötü ifanın tüm sonuçlarını tasfiye eder mi?

Öncelikle dönme cezasında, borçlunun cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar, kural olarak hak sahibinin diğer tarafa varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır ve bir defa kullanılmakla tükenen, sona eren bu haklardan, kullanıldıktan sonra dönmek (bunları geri almak) mümkün değildir²⁵².

O halde taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa ve borçlu asıl borcun ifasına başlamışsa artık borçlunun dönme hakkını kullanması mümkün olmamalıdır.

²⁵⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353.

²⁵¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352-353; OĞUZMAN/ÖZ, s. 908.

²⁵² EREN, s. 68.

Zira borçlu asıl borcun ifasına başlayarak dönme hakkından iradi olarak feragat etmiştir.

Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkının saklı olduğu, yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında hükme bağlanmıştır. Kanunumuz burada, sözleşmeye konulan miktarın seçimlik cezai şart olduğu yönünde bir karine koymuştur. Buna göre, ihtilaf halinde, borçlu kararlaştırılan miktarın seçimlik cezai şart değil, dönme cezası olduğunu ispat etmek zorundadır²⁵³.

Borçlunun dönme cezasının varlığını ispat edememesi durumunda alacaklı lehine olarak seçimlik bir cezai şarttan söz etmek gerekir; dolayısıyla alacaklı dilerse ifayı dilerse cezai şartın yerine getirilmesini isteyebilir.

Borçlu dönme cezasını ödemek suretiyle sözleşmeden dönebilecekken dönmüyorsa, alacaklı, sözleşme geçerliliğini devam ettirdiği için, ancak ifayı isteyebilir. İfanın yerine getirilmemesi halinde ise, sadece dönme cezasını talep edebilir²⁵⁴. Burada alacaklının aynen ifa talebini borçlu, dönme cezasını ödemek suretiyle her zaman felce uğratabilir²⁵⁵.

Dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olan borçlu, ifa veya dönme hususunda kesin kararını alacaklıya bildirmek zorundadır. Çünkü borçlunun hem borcunu yerine getirmemek hem de dönme hakkını kullanmamak suretiyle alacaklıyı uzun bir süre şüpheli durumda bırakması kabul edilemeyeceği gibi bu durum TMK. m. 2 gereği dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz. Alacaklının bu husustaki talebine rağmen borçlu, susuyor ve borcunu da yerine getirmiyorsa, bu takdirde, borçlunun sözleşmeden dönmeye karar vermiş olduğu farz edilebilir²⁵⁶.

Dönme cezasında kararlaştırılan cezai şartın dönme cezası olup olmadığının varlığını ispat, bunu ileri süren borçluya aittir. Ancak yeni TBK. m. 446/f. II, işçi ile işveren arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak bu kuralın aksine bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre rekabet yasağına aykırı davranılması hususunda bir cezai şart konulmuşsa işçi, kural olarak kararlaştırılmış bulunan cezai

²⁵³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 353; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 908.

²⁵⁴ **BİLGE**, s. 86.

²⁵⁵ Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 353.

²⁵⁶ **BECKER**, Art. 160, No. 35, (**BİLGE**, s. 87'den naklen).

şartı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulabilir. Bu hükümlerle Borçlar Kanunumuz, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla kararlaştırılan cezai şartın “dönme cezası” olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Görüldüğü gibi burada ispat yükü borçlu durumundaki işçiye değil, alacaklı durumunda bulunan işverene aittir. O halde, işveren, dönme cezasını ödemek suretiyle rekabet yasağı getiren sözleşmenin sona erdirilemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğunu ispat etmek zorundadır. Başka bir ifadeyle işveren, rekabet yasağı sözleşmesinde, yasağın ihlal edildiğini ispatlamak zorundadır. Yasağın ihlal edilmesi, TBK. m. 444/f. I’ e göre, işçinin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmesi, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açması, başka bir rakip işletmede çalışması veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmesi halinde söz konusu olur. İşçinin yapmama borcuna aykırı hareketi kusurlu olarak imkânsız hale gelmişse işçi, TBK. m. 112 çerçevesinde işverenin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ayrıca TBK. m. 446/f. I gereği, “Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür”.

İşveren yasağın ihlal edildiğini ispatlayamazsa, işçi, dönme cezasını ödeyerek rekabet yasağı hükümlerinden kurtulabilir, dolayısıyla rekabet hareketlerinde bulunma serbestisini yeniden kazanır²⁵⁷.

III. DÖNME CEZASINI KABUL ETMEYEN ALACAKLININ DURUMU

Dönme cezasında borçlunun asıl edimi ifa borcu ancak dönme cezasının fiilen ödenmesi veya ödenmesinin teklif edilmesiyle sona erer²⁵⁸. Şayet borçlunun dönme cezasını ifa teklifini, alacaklı hiçbir haklı neden olmadan kabul etmez ise, bu durumda alacaklı temerrüde düşmüş olur²⁵⁹. Alacaklının temerrüde düşmesi, borçlunun borçtan kurtulmasına ve borcunun sona ermesine yol açmaz. Fakat sözleşme ilişkisi ortadan kalkmış olur.

²⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s. 47.

²⁵⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352.

²⁵⁹ Bkz. KILIÇOĞLU, s. 666.

Bununla birlikte borçlu, ne asıl edimi ne de dönme cezasını ifa ediyorsa bu durumda alacaklı, borçludan ya aynen ifayı ya da dönme cezasını isteyebilir. Ancak asıl edimin ifasının istenmesi, muaccel olmasını gerektirir. Muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesi halinde borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Ancak borçlunun temerrüdü için borcun muaccel olması yeterli olmayıp ayrıca TBK. m. 117 gereğince, alacaklı, muaccel borcun ifası konusunda borçluya bildirimde (ihtarda) bulunmalıdır.

Dönme cezası alacağının alacaklı tarafından ileri sürülebilmesi için, asıl borcun doğumu yeterli olup ayrıca borcun ihlaline gerek yoktur. Bununla birlikte asıl edimin muacceliyetinin dönme cezasını da muaccel hale getirmesi söz konusu olamaz.

Dönme cezasında borçlu, sözleşme kurulduktan hemen sonra dahi bu cezai şartı ödeyerek sözleşmeyi ortadan kaldırma imkânına sahiptir. Fakat borçluya tanınmış olan bu kolaylık dışında, borçlunun edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi de söz konusu olabilir. İşte bu durumda alacaklının talep hakkı, borcun muaccel olduğu anda doğar. Bu nedenle alacaklı, borç muaccel olmadan edimin ifasını isteyemez. Çünkü muacceliyet anından önce edim borçlanılmış olmakla birlikte, henüz istenilmesi veya dava edilmesi mümkün değildir²⁶⁰. Ancak borçlu dönme cezasında, muacceliyet anının gerçekleşmesini beklemeden, dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönebilir ve böylelikle ifa borcunu yerine getirmekten kurtulur.

IV. KUSURSUZ İMKÂNSIZLIKTA DÖNME CEZASININ DURUMU

A. GENEL OLARAK

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 182. maddesinin ikinci fıkrası, "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez." şeklindedir. Bu

²⁶⁰ EREN, s. 947.

madde, esas olarak cezai şartın diğer türlerini (seçimlik cezai şart ve ifaya eklenen cezai şart) kapsamaktadır. Çünkü bu tür cezai şart ifayı güçlendirmekte; borca aykırı davranış karşısında alacaklıya ifa yanında cezai şartı da isteyebilme veya ifa yerine cezai şartı isteyebilme yetkisi vermektedir. Oysa dönme cezasında borçlu, borcu ifa etme yerine cezai şartı ödeyerek sözleşmeyi ortadan kaldırma yetkisine sahip olmaktadır.

İfaya eklenen cezai şart ile seçimlik cezai şartta, asıl borç imkânsızlaşır, artık ifası imkânsızlaşan borç için, borçlunun borca aykırı davranışından da söz edilemeyecektir ve böyle bir davranışın yaptırımına da başvurulamayacaktır. Oysa dönme cezasında, borcun ihlal edilmesi şartı aranmadan borçluya kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Yine de; dönme ve sözleşmeden kurtulma -asıl borcu ifa yükümlülüğünden kurtulma- için, asıl borcun mevcut ve imkânsızlaşmamış olması gerekir.

B. DÖNME CEZASI İLE KUSURSUZ İMKÂNSIZLIK İLİŞKİSİ

Borçlunun cezai şart borcundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için borcun ifasının borçlunun kusuru ile imkânsız hale gelmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi Borçlar Kanunumuz, tazminat isteme hakkını kural olarak nasıl kusur esasına bağlamışsa; cezai şartın talep edilmesini de borçlunun kusuruna bağlamıştır²⁶¹. Yeni TBK. m. 182/f. II hükmü, yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 112. ve 136. maddelerine paralel bir hüküm oluşturmaktadır. Adı geçen maddelere göre borçlu, ya kusursuzluğunu ispat ederek borçtan kurtulacaktır ya da borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erecektir. Yani her iki durumda da borçlu cezai şartı ödemekten kurtulabilecektir. Dolayısıyla yeni TBK. m. 182/f. II, kusursuz imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulamayacağı hakkındaki genel kuralın bir tekrarından ibarettir²⁶².

Ancak şu hususu da belirtmek isteriz ki yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 182. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, emredici nitelikte değildir. Bu nedenle taraflar, kusursuz imkânsızlık hallerinde bile cezai şartın devam edebileceğini

²⁶¹ ARKAN, s. 90.

²⁶² TUNÇOMAĞ, s. 102; FEYZİOĞLU, s. 400; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359-360.

kararlaştırabilirler. Eğer bu şekilde bir anlaşma söz konusu ise, asıl borcun mücbir sebep, umulmayan hal (beklenmedik durum) veya imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığı, hatta yeni TBK. m. 136/f. I (eski BK. m. 117/f. I) gereğince “Borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması halinde” dahi cezai şartın ödenmesi istenebilir²⁶³. Dönme cezasında da taraflar cezai şartın ödeneceğini kararlaştırmışsa, cezai şart ödenir. Fakat genel kural gereği ve aksi kararlaştırılmamışsa asıl borcun yerine getirilmesi borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sebeplerden ötürü imkânsız hale gelirse asıl borç sona ereceğinden bununla birlikte fer’i nitelikteki cezai şart da sona erer.

O halde borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin cezai şart kural olarak ödenir. Ancak asıl borç kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ererse, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, cezai şart ödeme borcu da ortadan kalkar. Bu takdirde borçlu kusursuzluğu nedeniyle borçtan kurtulur. Ancak bu ilke borçlunun kusursuzluğunun değil, cezai şartın asıl borca bağlı fer’i bir borç olmasının sonucudur²⁶⁴.

Kanun koyucunun, borçluyu, borcunu ihlal etmesinde kusursuz olduğunun kabul edilmesi halinde bile, cezai şarttan sorumlu tuttuğu istisnai bazı durumlar vardır. Örneğin, borçlunun borcunu ifa için kullandığı bir yardımcı kişinin (ifa yardımcısının) davranışı yüzünden ifa gecikmişse, imkânsızlaşmışsa veya ayıplı ise, yeni TBK. m. 116 (eski BK. m. 100) hükmü gereğince borçlu, alacaklının uğradığı zararı kusuru bulunmasa da tazminle yükümlü olacaktır. Eğer bu durumda sözleşmede bu borç ihlali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı, borçlu kusursuz olsa bile cezai şartı isteyebilir²⁶⁵.

Asıl borcun imkânsız hale gelmesi, alacaklının kusurundan veya ona yüklenebilecek bir sebepten ileri gelebileceği gibi, umulmayan hal (beklenmedik durum) veya mücbir sebepten de ileri gelebilir²⁶⁶. Mücbir sebeple umulmayan hal arasındaki ilk fark, nitelik yönünden olmayıp, sadece nicelik yönündendir. Gerçekten mücbir sebep ve umulmayan hal, geniş anlamda tesadüfi olayların iki ayrı türünden ibarettir. Mücbir sebep teşkil eden olay, umulmayan hale oranla daha büyük bir

²⁶³ BİLGE, s. 92.

²⁶⁴ KELLER/SCHOBI, I, sh. 114, (EREN, s. 1187’den naklen).

²⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 909-910; KOCAAĞA, s. 175.

²⁶⁶ KOCAAĞA, s. 171.

yoğunluk ve mutlak bir kaçınılmazlık arz eder. Mücbir sebeple umulmayan hal arasındaki diğer bir fark da, mücbir sebep teşkil eden olayın, sorumlu kişinin işletme ve faaliyetine yabancı dış bir olay olmasına karşılık, umulmayan halin, işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilmesidir. İki kavram arasındaki son bir fark, mücbir sebep, daima illiyet bağıını kestiği halde; umulmayan hal, illiyet bağıını her zaman tek başına kesmeyebilir. Bu takdirde umulmayan hal, zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden (kısmi sebeplerden) birini teşkil eder²⁶⁷. Ancak yeni TBK. m. 182/f. II hükmü açısından mücbir sebep veya umulmayan hal aynı hukuki sonucu doğurur. Her iki durumda da borçlunun dışında gelişen ve önceden öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan kavramlar ifade edilmektedir. Umulmayan hal veya mücbir sebep halinde asıl borç sona ereceğinden, fer'i nitelikteki cezai şart borcu da sona erer. Umulmayan hal veya mücbir sebebin kısmen ortaya çıkması da mümkündür. Gerçekten mücbir sebep veya umulmayan hal ifayı kısmen imkânsız kılmış ve borçlu da ifa imkânı bulunan diğer kısmı ifa etmişse, asıl borç sona ereceği için, cezai şart borcu da sona erer. Eğer borçlu, borcun mevcut olan kısmını ifa etmemişse, o zaman cezai şartın tamamı muaccel hale gelir. Ancak bu durum, cezai şart miktarında bir indirim yapılmasını haklı gösterebilir²⁶⁸.

Diğer taraftan, borcun ihlalinin alacaklıya yüklenebilen bir sebepten veya onun kusurundan ileri gelmesi halinde, asıl borç sona eremese bile, cezai şart borcu muaccel hale gelmez. Çünkü yeni TBK. m. 97 (eski BK. m. 81) (Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifada sıra), yeni TBK. m. 98 (eski BK. m. 82) (İfa güçsüzlüğü), yeni TBK. m. 106 (eski BK. m. 90) (Alacaklının temerrüdü) hükümleri uyarınca borçlu, böyle durumlarda sözleşmeden dönme, ifadan kaçınma gibi haklara sahiptir. O halde alacaklının, kendisi tarafından yapılması gereken hazırlıkları yapmaması, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak ifayı imkânsız kılması veya ifa ihlaline sebebiyet vermesi hallerinde cezai şart borcu ortadan kalkar. Örneğin, inşaat sahibinin (alacaklının), müteahhide inşaatın yapılması için lazım gelen arsayı kullanıma açmaması. Bu gibi durumlarda borçlunun ifada bulunamaması haklı bir nedene dayanmaktadır, bu nedenle cezai şart sorumluluğu doğmaz²⁶⁹.

²⁶⁷ Bkz. EREN, s. 557-558.

²⁶⁸ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 104; EKİNCİ, s. 246-247; KOCAAĞA, s. 171-172.

²⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 105; EKİNCİ, s. 247; KOCAAĞA, s. 173.

§ 2. DÖNME CEZASI İLE ZARAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. GENEL OLARAK

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 180. maddesinin birinci fıkrası "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir." hükmünü haizdir. Bu hükme göre borcun yerine getirilmemesinden dolayı alacaklı zarara uğramamış olsa bile, cezai şartın ödenmesi gerekir. Zararın meydana gelmediği iddiası ile borçlu, borcun ödenmesinden kaçınamaz. Yani borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin cezai şart kural olarak ödenir²⁷⁰. Örneğin (B)'nin (A)'ya olan borcunu ifa etmemesi halinde 10.000 TL. cezai şart ödemesi kararlaştırılmıştır. (B)'nin borcu ihlal etmesi üzerine (A), sırf bu ihlali öne sürerek (B)'nin kusurlu olduğunu veya zararının 10.000 TL. olduğunu ispat etmek zorunda kalmaksızın, cezai şartın ödenmesini (B)'den isteyebilecektir. (B), borcu ihlalde kusursuzluğunu ispat ederek cezai şartı ödemekten kurtulabilirse de (A)'nın zararının 10.000 TL. olmadığını (hatta hiç zararı bulunmadığını) ispat ederek bu miktarı ödemekten kurtulamaz. (A) ise 10.000 TL.'den fazla olan zararını ancak yeni TBK. m. 180/f. II'deki şartlara göre talep edebilir²⁷¹.

Kanunumuzda tazminat isteme hakkı kural olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır. Bu sebepten dolayı cezai şartın kabulü, tazminat hukuku bakımından istisnai bir durum meydana getirmekte ve borcun ihlalden zarar görmeyen alacaklıya bile cezai şartı isteme hakkı vermektedir²⁷².

II. DÖNME CEZASI BAKIMINDAN ZARAR KOŞULUNUN İRDELENMESİ

Dönme cezasında, borcun ihlaline gerek kalmadan borçluya kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. O halde dönme cezasında, borcun ihlaline bağlı bir zararın varlığı aranmamaktadır.

²⁷⁰ GÖKÇEOĞLU, s. 54.

²⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 910.

²⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358.

Burada sözleşmeden dönülmesi sonucu bir zararın doğup doğmamasını hatta sürekli borç ilişkilerinde, ileriye etkili fesihte müspet zarar açısından durumu değerlendirelim.

TBK. m. 179/f. III'e göre, taraflar, dönme cezasını ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirebilmektedirler. Örneğin, sürekli borç ilişkisi içeren bir kira sözleşmesinde, kiracı dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmiştir. Bu durumda kiraya veren, asıl borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararı isteyebilir mi sorusu akla gelebilir?

Öncelikle, Türk Borçlar Kanunu'muz 126. maddede, sürekli edimli sözleşmelerde "borçlunun temerrüdü" halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceğini yani feshedileceğini hükme bağlamıştır. Oysa dönme cezasında borçlunun temerrüdü söz konusu olmadan taraflar, sözleşmede iradi olarak kararlaştırmış oldukları dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi sonlandırabilmektedir. Bu durumda, tarafların özgür iradeleri doğrultusunda kararlaştırılan dönme cezasını ödeyen taraf, sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu için, alacaklının uğradığı zararı tazmin edememelidir²⁷³. Zira örneğimizde kiracı (borçlu), dilerse asıl ifa borcunu yerine getirir dilerse dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Bu durum dönme cezasının hukukî niteliğinden kaynaklanır. Zaten borçlu, herhangi bir kanuni sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek bu cezayı ödeme yükümlülüğü altına girmiştir²⁷⁴. Burada dönme cezasını kullanmak isteyen bir seçimi söz konusudur. O sebeple alacaklı, asıl borcun ifa edilmemesi dolayısıyla uğradığı müspet zararı talep edememelidir²⁷⁵. Taraflar, dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun belirlenen

²⁷³ Y. 13. HD. , 27.10.1988 T. , E. 5516, K. 4981, "Özü: Olayda taraflar arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, satıcının sözleşmeden tek taraflı olarak dönmesi halinde, alıcıya 200.000 TL. cezai şart ödemeyi kabul etmesi söz konusudur. Satıcı taşınmazların satışına yanaşmamış, sözleşmeden dönmüş; alıcı ise, satış bedeli ile birlikte cezai şartın ödenmesini, ayrıca uğradığı zararın tazmin edilmesini talep etmiştir.", "Yargıtay olayda, satıcıya tek taraflı olarak sözleşmeden cayma hakkının tanındığını bunun BK. m. 158/f. III (yeni TBK. m. 179/f. III) anlamında rücu tazminatı olduğunu, alıcının bu durumda sadece satış bedeli ile rücu tazminatını talep edebileceğini, diğer zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyeceğini kabul etmiştir.", bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 778, dpn. 951.

²⁷⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 908.

²⁷⁵ Y. 15. HD. , 04.06.1998 T. , E. 1998/1739, K. 1998/2384, "Özü: Sözleşmeden dönme (fesih), bozucu yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanı olup, karşı tarafa vasıl olmakla hükmünü icra eder. Sözleşmeden dönen taraf, müspet zarar kapsamında kalan ve ileriye dönük bir nitelik taşıyan eksik işler bedelini isteyemez. Sözleşmede kararlaştırılan dönme cezasına hükmedebilmek için, dönmeye davacının haklı olduğunun tespiti gerekir."; Y. 15. HD. , 14.07.2005 T. , E. 2005/2333, K. 2005/4271, "Özü: Kural olarak, taşınmaz payı devrini de içerdiğinden kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tek taraflı olarak feshi mümkün değildir. Feshe mahkemece karar verilmesi gerekir. Feshin kabulü

miktarı ödeyerek ve başka herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği ya da sözleşmeyi feshedebileceği konusunda anlaşmış sayılırlar²⁷⁶.

III. EK TAZMİNAT TALEP EDİLEMESİ

Kanun koyucu, cezai şartın alacaklının zararı olmasa bile istenebileceği hükmünü, aşan zararı tazminin istenebilmesine ilişkin hükümlerle tamamlamıştır. Yeni TBK. m. 180/f. II'ye göre, "Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşarsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez". Bu hükümden çıkan sonuca göre, cezai şart miktarını aşan fazla zararın tazminini isteyebilmek için alacaklının hem uğramış olduğu fazla zararı hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir. Örneğin (B)'nin borç ihlali üzerine (A)'nın uğradığı gerçek zarar 15.000 TL. ise; (A) hem 10.000 TL. cezai şartı hem de 15.000 TL. tazminatı isteyemez. Ancak 10.000 TL. cezai şartla birlikte zararının bunu aşan kısmı olan 5.000 TL.'nin tazminini isteyebilir. Fakat böyle bir durumda (A), bu 5.000 TL.'lik tazmin talebini ileri sürebilmek için borçlu (B)'nin borcu ihlalde kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Oysa, (A) cezai şart miktarını isterken borçlu (B)'nin kusurunu ispat zorunda değildir. (B), kusursuzluğunu ispat etmedikçe cezai şartı ödemek zorundadır²⁷⁷.

Sözleşme sorumluluğunda genel kural, borcun ifa edilmediği hallerde, borçlunun kusurunun karine olarak mevcut olduğu ve kusursuzluğun borçlu tarafından ispat edilmesi gerektiği (yeni TBK. m. 112 ve eski BK. m. 96) halde, cezai şartta zararın aşıldığı hallerde, borçlunun kusurlu olduğunun ispatı alacaklıya yüklenmiştir. Bu ispat olgusu, yeni TBK. m. 180/f. II'deki bu kural, seçimlik cezai şart veya ifaya eklenen cezai şartta geçerlidir²⁷⁸. Seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartlar açısından, cezai şartta ek olarak alacaklının fazlaya ilişkin zararlarını talep

yönünde taraf iradelerinin birleşmesi halinde de akdi ilişki sona erer. Taraflar arasındaki sözleşmede taraflardan birinin sözleşmeye uymaması halinde o güne kadar yapılan masraflar ile belirlenen miktar parayı ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Taraflarca kararlaştırılan ceza, dönme cezasıdır. Dönme cezası kararlaştırılan durumlarda başkaca zarar talebinde bulunulamaz.", www.kazanci.com, e.t. : 02.09.2013.

²⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; UÇAR, s. 106.

²⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 911.

²⁷⁸ UÇAR, s. 106.

hakkı korunmuştur²⁷⁹. Zira, TBK. m. 180/f. II’de, alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazminini talep edebilmesi borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olması koşuluna bağlanmıştır²⁸⁰. Bu bakımdan dönme cezasında, alacaklıya fazla zararının tazminine ilişkin bir talep hakkı tanınmamıştır²⁸¹. Yani dönme cezasında aşkın zarara ilişkin kurallar uygulanmamaktadır²⁸². Çünkü dönme cezasının amacı, borçlunun durumunu kuvvetlendirmek ve kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçluya borcundan kurtulma imkânı vermektir. Alacaklının gerçek zararı, sözleşmeden dönen borçlunun ödeyeceği dönme cezasından fazla bile olsa, alacaklı, borçludan bunu talep edemez. Zira taraflar, dönme cezasını kararlaştırırken, borçlunun sadece bu miktarı ödeyerek ve başka herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin her zaman sözleşmeden dönebileceği hususunda anlaşmış sayılırlar. Bu bakımdan dönme cezasında, borçludan daha yüksek bir tazminat istenmesi amacın zedelenmesine yol açar²⁸³. Diğer bir ifadeyle, alacaklının sözleşmeyle dönme hakkı tanımış bulunduğu borçluya, ayrıca ek tazminat yükletilmesi dönme cezasının hukuki niteliği ile bağdaşmaz. Ancak, cezai şart ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen

²⁷⁹ TUNÇOMAĞ, s. 121.

²⁸⁰ KILIÇOĞLU, s. 780.

²⁸¹ EREN, s. 1188; TUNÇOMAĞ, s. 47 ve 122; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; EKİNCİ, s. 310; GÖKÇEOĞLU, s. 55; UÇAR, s. 106; FEYZİOĞLU, s. 396; FUNK, s. 231, (OLGAÇ, *Senai*, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, 2. B. , İstanbul, 1969, s. 1095’ten naklen); Yeni TBK. m. 446/f. II, c. 2’de (eski BK. m. 351/f. II, c. 2’de) dönme cezasına ilişkin fazla zararın tazmini yönünde bir istisna getirilmiştir, bu konuya ilişkin olarak bkz. “B. İşçinin Cezai Şart Ödemesi” başlığı altındaki açıklamalar, s. 89-91.

²⁸² Y. 15. HD. , 19.03.1998 T. , E. 1998/684, K. 1998/1085, “Özü: Sözleşme ile maktu olarak tayin edilen dönme (cayma) cezası ile tüm zararlar karşılanmış sayılacağından, dönme cezası ile birlikte davalıya yapılmış olan fazla ödeme varsa bu ödemenin tahsiline; eksik iş, kar kaybı vs. gibi diğer istem kalemlerinin reddine karar verilmelidir.”; www.kazanci.com, e.t. : 02.09.2013; Y. 15. HD. , 15.11.1990 T. , E. 1771, K. 4823, “Özü: Taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde kararlaştırılan (35.000.000) liralık ceza, BK. 158 inci maddesinin son fıkrası (yeni TBK. m. 179/f. III) hükmünde öngörülen dönme cezası olup davacı-karşı davalı bu durumda ancak cezayı alabilir. Bunun dışındaki (cezaı aşan) zararlarını ispat etse bile isteyemez. Öyle ise, mahkemece proje bedelinden kaynaklanan 1 milyon lira zarar isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeye dayanılarak yazılı şekilde bu istemin kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”; Y. 15. HD. , 22.05.1991 T. , E. 5274, K. 2681, “Özü: Yanlar arasındaki 04.11.1987 günlü noterden düzenlenmiş sözleşme geçerli olup tarafları bağlar. Davacı yüklenici, davalı arsa sahibidir. Sözleşmenin ikinci sayfasının son paragrafında, “Bu sözleşmeden taraflar vazgeçtiği takdirde, vazgeçen taraf karşı tarafa 2.000.000 TL. cezai şart ödemeyi kabul ve taahhüt eder.” hükmü yer almaktadır. Bu cezai şartın BK. m. 158/son fıkrası (yeni TBK. m. 179/f. III) uyarınca cayma cezası olduğu kuşkusuzdur. O halde davacı yüklenici, davalı arsa sahibinin sözleşmeden cayması ve sözleşmeyi feshetmesinden dolayı ancak ve sadece cayma cezasını isteyebilir. Onun dışında başka bir talepte bulunamaz. Bu dava ile de davacı 2.000.000 lira cayma cezasından şimdilik 500.000 lira istediğine göre, bu miktara hüküm verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle cezai şartın reddiyle, sair istekleri hakkında hüküm kurulması yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.”; KARAHASAN, s. 1395, dpn. 21.

²⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359; UÇAR, s. 106.

kurallar düzenleyici nitelikte olduğundan, tarafların sözleşmede cezai şart ile zarar arasındaki ilişkiyi kanunda yer alan düzenlemelerden farklı olarak kararlaştırmaları mümkündür. O nedenle bu durumun aksinin taraflarca kararlaştırılması durumunda, dönme cezası bakımından da, ek tazminat söz konusu olabilir²⁸⁴.

§ 3. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

I. REKABET YASAĞI VE CEZAI ŞART

A. GENEL OLARAK

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemi esas almaktadır. Yeni TBK. m. 444/f. 1'e (eski BK. m. 348/f. 1'e) göre, rekabet yasağı sözleşmesinde işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. O halde iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabet etmeme borcunun ortaya çıkması, bu hususta açıkça bir sözleşme hükmünün bulunmasına bağlıdır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, rekabet yasağı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

İşçinin, işyerindeki görevi dolayısıyla iş organizasyonu, üretim süreci veya müşteri çevresi hakkında değerli bilgiler edinmesi mümkündür. Bu tür bilgileri elde etmiş olan işçinin işyerinden ayrılması halinde ise, işveren artık sadece yararlı bir elemanını kaybetmiş olmakla kalmamakta, ayrıca bu bilgilerin rekabet piyasasında kullanılması dolayısıyla önemli zararlara uğrama tehlikesiyle de karşılaşmaktadır. Ancak işveren, elemanını kaybetmek istemese de, işçinin aynı işyerine sürekli bağlı kalması da her zaman mümkün değildir. Bu yüzden işverenin, işçinin öğrenmiş

²⁸⁴ EKİNCİ, s. 310-311; TUNÇOMAĞ, s. 122.

olduğu bu bilgileri ileride kendi adına veya başka bir işverenin yanında kullanma olasılığını dikkate alması gerekecektir. Çünkü, işveren bu tür değerli bilgilerin rekabet piyasasında kullanılması nedeniyle, ciddi bir zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu nedenle, işverenin zarara uğraması ihtimalinin bertaraf edilmesi, rekabet yasağı sözleşmesiyle mümkün olabilecektir²⁸⁵.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 446. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür". İşverenin, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle, işçiden uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini istemesi durumunda, tazminat hukukunun genel ilkeleri geçerli olacaktır²⁸⁶. Ancak rekabet yasağı yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, uğranılan zararın ispat edilmesi çoğunlukla kolay olmadığı için, işveren açısından sözleşmeye cezai şart eklenmesi birçok açıdan yarar sağlamaktadır. Bu çeşit sözleşmelerde yer alan cezai şart, borçluyu sözleşmeye uygun davranmaya zorladığı için, işveren bu şekilde menfaatlerini daha kolay koruyabilmek imkânına sahiptir²⁸⁷.

B. İŞÇİNİN CEZAI ŞART ÖDEMESİ

Rekabet etmeme borcunun cezai şarta bağlanması, cezai şartın borçluyu borcuna uygun davranmaya sevk etmesi nedeniyle, işverenin haklı menfaatlerinin korunması bakımından daha etkili sonuçlar doğurur²⁸⁸. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa kural olarak bu bir seçimlik cezai şarttır ve alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir (yeni TBK. m. 179/f. I). Cezai şartın rekabet yasağındaki hüküm ve sonuçlarını düzenleyen yeni TBK. m. 446/f. II hükmü ise, bu esastan ayrılarak cezai şarta kural olarak edimin ifasından (rekabet etmeme borcundan) kurtulma imkânı sağlayan bir nitelik tanımış bulunmaktadır²⁸⁹. Borçlar Kanunumuzun anılan

²⁸⁵ SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara, 1994, s. 4; KARAGÖZ, s. 239.

²⁸⁶ Ayrıca bkz. SOYER, s. 77 vd. ; KARAGÖZ, s. 244.

²⁸⁷ EKİNCİ, s. 96.

²⁸⁸ SOYER, s. 80; ayrıca bkz. AYİTER, Nuşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Ahmet Esat ARSEBÜK'e Armağan, Ankara, 1958, s. 475; KARAGÖZ, s. 244.

²⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 47; SOYER, s. 80.

maddesinde, “Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.” hükmü yer almaktadır. Buna göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça işçi, cezai şartı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulmaktadır. Ancak, işverenin cezai şartı aşan bir zarara uğraması durumunda, işçinin fazlaya ilişkin zararı da tazmin etmesi gerekir. O halde Borçlar Kanunumuz sadece hizmet sözleşmelerinde, rekabet yasağına aykırılık hali için öngörülen cezai şartın dönme cezası olduğunu kabul etmektedir²⁹⁰.

Ayrıca yeni TBK. m. 446/f. II’ye göre, hizmet sözleşmesine ilişkin rekabet yasağı dolayısıyla alacaklının (işverenin) uğradığı zarar miktarı, kararlaştırılan dönme cezasından fazlaysa, dönme cezasını ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulan borçlu (işçi), işverenin dönme cezasını aşan zararını da tazminle yükümlüdür²⁹¹. Söz konusu zararın tazmini için, sözleşmede bu yolda özel bir hükmün bulunması zorunlu değildir. Fakat yeni TBK. m. 179/f. III’te hükme bağlanmış olan dönme cezasında, zararın cezai şart miktarından fazla olması halinde alacaklı, ancak özel olarak kararlaştırılmışsa bu fazla zararını isteyebilir. Ancak kanun koyucu, yeni TBK. m. 446/f. II’de bu esastan ayrılmış ve zararın dönme cezasından fazla olması halinde alacaklıya (işverene) aradaki farkı tazmin ettirebilme imkânı tanımıştır²⁹². Burada işveren, işçinin kusurlu ve zararın cezai şart miktarından fazla olduğunu ispat yükü altındadır (yeni TBK. m. 180/f. II). Diğer bir deyişle, işverenin cezai şart miktarını aşan zararının tazmin edilmesini isteyebilmesi, uğradığı zararın kararlaştırılan cezai şart miktarını aştığını ve işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışta kusurlu olduğunu ispat etmesine bağlıdır²⁹³.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılan cezai şartın, dönme cezası niteliği taşıması nedeniyle, işverene herhangi bir seçim hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, işveren kural olarak işçiyi rekabet yasağı sözleşmesine uymaya yani rekabet

²⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 47; AYİTER, s. 475; SOYER, s. 80-81; KOCAAĞA, s. 156; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk İş Hukuku, C. I, 2. B., İstanbul, 1975, s. 528-529, (TUNÇOMAĞ, İş Hukuku).

²⁹¹ “Oysa, yeni TBK. m. 179/f. III’te düzenlenmiş olan dönme cezasında, alacaklının uğramış olduğu zarar miktarı, kararlaştırılan dönme cezasından fazla bile olsa, alacaklı aşan zararın tazminini isteyemez.”; TUNÇOMAĞ, s. 47 ve 122; EREN, s. 1188; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; FEYZİOĞLU, s. 401, dpn. 137; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359.

²⁹² SOYER, s. 81, dpn. 30.

²⁹³ AYİTER, s. 476; SOYER, s. 85; KOCAAĞA, s. 157.

teşkil eden faaliyeti bırakmaya zorlayamaz²⁹⁴. Bununla birlikte, işveren cezai şartı aşan zararıyla birlikte, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmak koşuluyla, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının ortadan kaldırılmasını da isteyebilir. İşverenin rekabet yasağı yükümlülüğünün devamını isteyebilmesi, yeni TBK. m. 446/f. III'te (eski BK. m. 351/f. III'te) belirlenmiş bulunan koşulların mevcudiyetine bağlanmıştır. Ancak bunun için, işçinin davranışlarının, işverenin haklı menfaatlerini ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmüş olması gerekir (yeni TBK. m. 446/f. III).

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu bir yapmama borcudur. Rekabet yasağında işçi açısından kaçınma borcu söz konusu olduğundan borca aykırı davranış gerçekleştiği anda cezai şart muaccel hale gelir²⁹⁵. Kural olarak rekabet yasağı, kararlaştırılmış olan cezai şartın bir kere ödenmesiyle sona erer. Ancak her rekabet yasağına aykırılık hali için ödenmek üzere, aksinin kararlaştırılması mümkündür²⁹⁶. Örneğin, işçinin rekabet yasağına aykırı her davranışı için veya rakip işletmede çalışması durumunda, çalıştığı her ay için işverene belirli bir miktarda cezai şart ödemesine ilişkin sözleşme kayıtları bu niteliktedir²⁹⁷.

Sözleşme kayıtlarının açık olmaması durumunda, cezai şart miktarına bakarak bir sonuca varmak gerekecektir. Cezai şart miktarının yüksek olarak kararlaştırılması durumunda, bunun, her sözleşmeye aykırılık hali için kısım kısım ödenmesi gereken bir miktar olarak öngörülme istendiği kabul edilebilir²⁹⁸. Yorum yoluyla sonuca ulaşılabilmesi halinde, cezai şartın bir defada ödeneceğine ilişkin sözleşme kaydının söz konusu olduğunun kabulü, işçi yararına olan çözüm tarzıdır²⁹⁹.

Rekabet yasağı sözleşmesi, hükümlerini hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra doğurur. Bu nedenle, işverenin sözleşmede öngörülen cezai şartı güvence altına almak üzere işçinin ücretinden herhangi bir kesinti yapması da mümkün değildir³⁰⁰.

²⁹⁴ SOYER, s. 81; KOCAAĞA, s. 156; KARAGÖZ, s. 245.

²⁹⁵ SOYER, s. 81; EKİNCİ, s. 96; TUNÇOMAĞ, s. 99; ayrıca bkz. GÜNAY, s. 116.

²⁹⁶ BOHNY, s. 155; STREIFF/KAENEL, Art. 340 b. , N. 4; BRUHWILLER, Art. 340 b. , N. 2 c. ; BUCHNER, s. 65, (SOYER, s. 82'den naklen).

²⁹⁷ SOYER, s. 82; KARAGÖZ, s. 245.

²⁹⁸ GRULL, s. 14; GRUNSKY, s. 130, (SOYER, s. 82'den naklen).

²⁹⁹ KARAGÖZ, s. 246.

³⁰⁰ SOYER, s. 81; KARAGÖZ, s. 246.

C. REKABET YASAĞINA AYKIRILIK HALİNDE CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın yeni TBK. m. 182/f. III hükmü uyarınca, aşırı olduğu takdirde hâkim tarafından indirilmesi mümkündür³⁰¹. Aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesi, rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin ekonomik olarak geleceğinin korunması yani zor duruma düşmesinin engellenmesi bakımından önem taşımaktadır³⁰².

Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığı belirlenmesinde, genel bir kural ortaya konulamamaktadır. Bu nedenle, somut olayın taşıdığı özellikleri dikkate almak kaydıyla hâkim, cezai şartın aşırı olup olmadığını belirleyecektir³⁰³. Bu incelemeyi yaparken olayın bütün özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirecektir. Özellikle alacaklının edimi elde etmedeki menfaatini, borçlunun davranışını, tarafların ekonomik durumunu göz önünde tutmalıdır³⁰⁴. Hâkime cezai şartın aşırı olup olmadığı belirlenmesinde yardımcı olabilecek bu kriterlere dördüncü bölümde değinileceğinden³⁰⁵, burada sadece rekabet yasağı bakımından önemli olabilecek hususlar üzerinde duracağız.

Cezai şart tehdidi altında belli bir yerde rekabet yapmamayı taahhüt eden bir işçinin, oraya en yakın bir yerde merkez yahut şube açarak rekabette bulunması³⁰⁶, aynı bina içerisinde rakip bir işletmede çalışması³⁰⁷, işverenin müşteri çevresini kaybetmesi için işçinin aktif çaba göstermesi³⁰⁸ durumlarında kusurunun ağır olduğu kabul edilebileceğinden, cezai şartın indirilememesi gerekir. Buna karşılık, işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı, sırf tesadüfi olarak yahut bir kimseye iyilik olsun

³⁰¹ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 529; SOYER, s. 82; KARAGÖZ, s. 246; EKİNCİ, s. 97; Bu konuda, Y. 9. HD. , 29.05.1997 T. , E. 1997/6252, K. 1997/10506, “Özü: Şarap firmasında satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren bir başka işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmaya başlaması ve dolayısıyla ferdi iş sözleşmesindeki rekabet memnuiyetine aykırı davranışı karşısında öngörülen cezai şart yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 182. maddesinin son fıkrası (eski Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrası) dikkate alınarak hakkaniyete uygun olarak belirlenmelidir.”, www.hukukturk.com, e.t. : 01.11.2010.

³⁰² SOYER, s. 82; KARAGÖZ, s. 246.

³⁰³ TUNÇOMAĞ, s. 144; SOYER, s. 82-83; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; KARAGÖZ, s. 246.

³⁰⁴ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 911.

³⁰⁵ Bkz. “D. Dönme Cezasının Aşırı Olması” başlığı altındaki açıklamalar, s. 112 vd.

³⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 147.

³⁰⁷ TUNÇOMAĞ, s. 147; SOYER, s. 83; BİLGE, s. 123.

³⁰⁸ Bkz. SOYER, s. 83, dpn. 53.

diye ortaya çıktığı takdirde, kusurunun hafif olduğu ve bu hususun indirimde dikkate alınabileceği de ileri sürülmektedir³⁰⁹.

Rekabet yasağı sözleşmesinin belirli bir süre için kararlaştırılması gerekir³¹⁰. Bunun sonucunda, yasağın hemen başlangıçta ihlal edilmesiyle sona ermesine yakın bir zamanda ihlal edilmesi arasında da bir fark gözetmek gerekir. Özellikle rekabet etmeme borcuna aykırılığın sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonuna doğru ortaya çıktığı durumlarda cezai şartın indirilmesi mümkündür³¹¹. Çünkü, bu ihtimalde çoğu kez, işverenin yasağa uygun davranılmasından beklediği menfaat azalmış olabilir³¹².

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinin birinci fıkrasına göre, cezai şartın istenebilmesi için alacaklının herhangi bir zarara uğraması gerekmez ise de, işverenin (alacaklının) uğramış olduğu zarar miktarı, cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır. Çünkü, uğranılan zararın miktarı, işçinin rekabet yasağına uymasında işverenin (alacaklının) ne ölçüde menfaati olduğunun belirlenmesi bakımından önem taşıyabilir³¹³.

Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde, tarafların ekonomik durumlarının da dikkate alınacak olması özel bir önem taşımaktadır. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmesi ihtimali vardır. Bu nedenle hâkim, cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit ederken, kararlaştırılan cezai şart miktarının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye düşürüp düşürmediğini dikkatle değerlendirmelidir³¹⁴.

³⁰⁹ Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 147; **BİLGE**, s. 123.

³¹⁰ Y. 9. HD. , 18.05.1999 T. , E. 1999/5784, K. 1999/9049, “Özü: Davacı ile davalı arasındaki hizmet sözleşmesinde yer alan ve kendi isteği ile ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren *altı ay* süresince şirketin izni olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamayacağını öngören özel şart hukuki olarak geçerlidir. Bu durum gözetilerek karar verilmesi gerekir.”, www.hukukturk.com, e.t. : 01.11.2010.

³¹¹ **KARAGÖZ**, s. 247.

³¹² Bkz. **SOYER**, s. 83, dpn. 52.

³¹³ **SOYER**, s. 84.

³¹⁴ **SOYER**, s. 84; **KARAGÖZ**, s. 247.

II. REKABET YASAĞINA İLİŞKİN CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ VE SONA ERMESİ

A. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 444. maddesinin birinci fıkrasına (eski Borçlar Kanunumuzun 350. maddesine) göre, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Kanun koyucu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini yazılı biçime bağlamakla, işçinin iyi düşünmeden hareket etmesini önlemek istemiştir³¹⁵. Asıl borcu doğuran işlemin geçerliliği, özel bir hükümle resmi şekle uyulmasına bağlı kılınmışsa, cezai şart taahhüdünün de aynı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır³¹⁶. Bu husus, cezai şartın fer'iliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu nedenle işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesinde, cezai şartın yazılı olarak yapılması gerekir. Aksi takdirde, rekabet yasağı sözleşmesinin şekline uygun olarak yazılı şekilde öngörülmecey cezai şart geçersiz olacaktır.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 445. maddesinin birinci fıkrasına (eski Borçlar Kanunumuzun 349. maddesine) göre, rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez. Aksi takdirde yani, rekabet yasağı sözleşmesinin kanunda belirtilen yer, zaman ve işin türü yönünden sınırlandırılmamış olması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesi ve cezai şart geçersizdir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, işçinin iki yıl süreyle Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmayacağı, aksi takdirde işverene cezai şart olarak belirli bir miktarı ödeyeceği öngörülmüştür. Yargıtay, yer itibarıyla sınırlandırmanın mahal ve çalışma alanı kapsamında yapılması gerektiği, tüm ülkeyi kapsar şekilde yapılamayacağı ve aksinin kabulünün işçinin ekonomik geleceği bakımından ağır

³¹⁵ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 525; SOYER, s. 44.

³¹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 61, 81 vd. ; EREN, s. 1135; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 344, dñn. 8; OĞUZMAN/ÖZ, s. 902; BİLGE, s. 76; KOCAAĞA, s. 138; FEYZİOĞLU, s. 405; Yargıtay da bu hususu değişik tarihlerde verdiği kararlarında dile getirmiştir. Bkz. YHGK. , 15.02.1989 T. , E. 1985/11-493, K. 1989/85; YHGK. , 27.11.1991 T. , E. 1991/13-494, K. 1991/607; YHGK. , 27.10.1993 T. , E. 1993/13-125, K. 1993/711; Y. 15. HD. , 02.02.1995 T. , E. 1994/2658, K. 1995/480, www.hukukturk.com, e.t. : 01.11.2010.

sonuçları beraberinde getireceği gerekçesiyle, anılan kararlaştırmanın geçersiz olduğuna hükmetmiştir³¹⁷.

Eski BK. m. 348/f. III hükmü uyarınca, işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı sırada reşit; yeni TBK. m. 444/f. I hükmü uyarınca da fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmesinin bizzat kanuni temsilci tarafından veya onun icazetiyle yapılamayacağını belirtmek gerekir. BK. m. 348/f. III hükmünün, fiil ehliyeti bakımından TMK. m. 16/f. I [“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.”] kuralına göre, özel bir düzenleme olması da gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Diğer taraftan reşit olmayan işçinin, bir meslek veya sanatla uğraşmasına, dolayısıyla iş sözleşmesi yapmasına izin verilmiş olması, rekabet yasağı sözleşmesi de yapabileceği anlamına gelmemelidir³¹⁸. Bununla birlikte kanun koyucu, herhangi bir yaş sınırı getirmemiş olduğu için, evlenme ve hâkim kararı ile reşit hale gelen işçinin, rekabet yasağı sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir³¹⁹. Sonuç olarak, rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı sırada, rüşte ilişkin şartların işçide bulunmaması, sözleşmeyle birlikte öngörülen cezai şartı da geçersiz kılacaktır.

B. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ

1. İşverenin Menfaatinin Kalmaması

Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ölümü, karşılıklı anlaşma ve sürenin dolması gibi nedenlerle sona erer³²⁰. Burada bizim üzerinde duracağımız ve konu bakımından önem arz eden sona erme halleri ise yeni TBK. m. 447 (eski BK. m. 352) hükmünde yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, bunlardan birincisi,

³¹⁷ Y. 9. HD. , 06.07.1999 T. , E. 1999/8262, K. 1999/12073, “Özü: Bankada müfettiş olarak çalışmaya başlayan işçi ile yapılan ve dört yıl içinde iş akdini feshettiği takdirde, iki yıl süre ile Türkiye’deki hiçbir bankada çalışmama taahhüdünü işçinin son aylık ücretinin on katı tutarındaki tazminat yaptırımına bağlayan sözleşme, rekabet memnuiyeti çerçevesinde düzenlenmiş bir özel anlaşma sayılmalıdır. Anılan sözleşmenin, mahkemece cezai şart olarak değerlendirilmiş olması hatalıdır.”, www.hukukturk.com, e. t. : 01.11.2010.

³¹⁸ Ayrıca bkz. **SOYER**, s. 45 vd.

³¹⁹ Bkz. **SOYER**, s. 45; **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, s. 524; **KARAGÖZ**, s. 248.

³²⁰ **SOYER**, s. 93; **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, s. 442-443.

işverenin önemli bir menfaati kalmadığı için yasağın sona ermesi; ikincisi de hizmet sözleşmesinin sona erme sebebine bağlı olarak yasağın ortadan kalkmasıdır³²¹.

Bir hakkın varlığı aynı zamanda bir menfaatin de varlığına bağlı bulunmadığı için kural olarak, alacaklı, menfaati sona ermiş bulursa dahi talep hakkını yitirmemektedir. Bu nedenle borçlunun, alacaklının borcun ifa edilmesinde bir menfaati olmadığını ileri sürerek ifadan kaçınması mümkün değildir³²². Borcun yerine getirilmesinde sonradan alacaklının bir menfaati kalmasa da borçlu, kural olarak borcu ifa zorundadır. Oysa yapmama edimlerine ilişkin sözleşmelerin, özellikle rekabet yasağı sözleşmesinde, bu yasağın devam edebilmesi için alacaklının önemli bir çıkarının bulunması zorunludur. Çünkü yeni TBK. m. 447/f. I hükmü, işverenin önemli bir menfaati kalmadığı takdirde rekabet yasağının sona ereceğini belirterek bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Bu hükmün konulmasındaki amaç, yasağa uymayı vaat edenin kişiliğini korumaktır. Bu koruma, rekabet yasağı ile borçlunun iktisadi alandaki hareket serbestisini sınırlamanın, ancak alacaklının önemli bir menfaatini karşıladığı sürece devam edebilmesini gerektirir. Bu yüzden, yeni TBK. m. 447/f. 1 (eski BK. m. 352/f. I), yeni TBK. m. 444/f. II'deki (eski BK. m. 348/f. II'deki) hükmü tamamlamaktadır³²³.

Rekabet yasağı sözleşmesinin devam etmesinde işverenin menfaati kalmadığını ispat yükümlülüğü, bunu iddia eden işçiye aittir³²⁴. Çünkü Türk Medeni Kanunu'muzun 6. maddesine göre, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". Rekabet yasağı ile korunan bilgilerin sır olmaktan çıkması, işverenin rekabet yasağına konu olan faaliyet alanını terk etmesi, işletme merkezinin -müşteri çevresinde de bir değişiklik olmasına yol açacak şekilde- başka bir yere nakledilmesi, rekabet yasağının devamında işverenin önemli bir menfaatinin kalmadığı hallere örnek olarak gösterilebilir³²⁵.

İşveren, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle öngörülen cezai şartın ödenmesini talep ettiği takdirde, işçinin rekabet yasağının devamında işverenin gerçek bir yararının olmadığını ispat etmek suretiyle, bu talebi sonuçsuz bırakması

³²¹ SOYER, s. 93.

³²² Bkz. KARAGÖZ, s. 249; SOYER, s. 93.

³²³ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 530.

³²⁴ SOYER, s. 98; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 530; AYİTER, s. 477.

³²⁵ Bkz. SOYER, s. 94.

mümkündür. Ayrıca, rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin sona ermesi, işçinin ölümü veya tarafların anlaşması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda, cezai şartın fer'iliği ilkesi gereğince, cezai şart da sona erecektir³²⁶. Bununla birlikte cezai şart muaccel olduktan sonra, asıl borcun ifasının imkânsız hale gelmesi, taraflar arasında anlaşma bulunmasa bile, cezai şartın talep ve dava edilmesine engel değildir. Çünkü cezai şart artık bağımsız borç haline gelmiştir. Örneğin, rekabet yasağı borcu için kararlaştırılmış olan cezai şart muaccel olduktan, yani rekabet fiili gerçekleşikten sonra, işverenin (alacaklının) rekabet konusu işi bırakması, cezai şartı ortadan kaldırmaz. Bu sebeple alacaklı, cezai şartı yine talep edebilir. Bununla birlikte, cezai şart borcunun doğmasından hemen sonra işverenin (alacaklının) rekabet konusu işi bırakmış olması, cezai şartın indirilmesi için bir sebep teşkil edebilir³²⁷.

Eski Borçlar Kanunumuzun 347. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesini karşılamaktadır. Buna göre, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin birinci fıkrasında, işverenin ölümünün kural olarak hizmet sözleşmesini sona erdirmeyeceği, ölen işverenin yerini mirasçılarının alacağı; ancak mirasçılar ile işçi arasındaki hizmet ilişkisine, hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir. O halde, aksi kararlaştırılmadıkça, işverenin ölümü halinde, mirasçıların işletmeyi aynı koşullarla işletmeye devam etmeleri şartıyla, rekabet yasağının geçerliliğini koruduğunun ve mirasçıların, sözleşmeye aykırılık halinde cezai şartı talep edebileceklerinin kabulü gerekir³²⁸. Aynı şekilde, işyerinin iş sözleşmesi devam ederken veya sona ermekle birlikte, rekabet yasağı süresi sona ermeden devredilmesi durumunda da rekabet yasağının devam ettiğini kabul etmek gerekir. Yeter ki, rekabet yasağı ile korunan iş sınırları veya müşteri çevresi, işletmeyi devralan işveren tarafından da kullanılacak olsun³²⁹. Bu sonuç, rekabet yasağının işletmeyle ilgili iktisadi bir değer niteliğinde olmasına dolayısıyla işverenin şahsına bağlı bulunmamasına dayanır³³⁰. O halde rekabet yasağına ilişkin olarak bir cezai şart kararlaştırılmışsa, rekabet yasağına bağlı olarak bu cezai şart, işletmenin yeni malikine devredilmiş olur. Yeni malik (işveren),

³²⁶ KARAGÖZ, s. 250.

³²⁷ BİLGE, s. 116; KOCAAĞA, s. 97.

³²⁸ KARAGÖZ, s. 250; AYİTER, s. 477.

³²⁹ SOYER, s. 94-96.

³³⁰ Bkz. SOYER, s. 94-96.

borçludan (işçiden) rekabet yasağına uyulmasını isteyebileceği gibi bu yasağa uyulmaması halinde cezai şartın ödenmesini de isteyebilir³³¹. Anılan sonuca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasından ulaşılmaktadır³³². Buna göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”.

2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

Eski Borçlar Kanunumuzun 352. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işveren, işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmişse, rekabet yasağı sona erecektir³³³. Maddede yer alan “işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru” ifadesini, İsviçre Borçlar Kanunu'nda kullanıldığı şekliyle “işçinin sorumlu olduğu haklı bir neden” olarak kabul etmek gerekir³³⁴. Nitekim Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 447. maddesinin ikinci fıkrası, “Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer.” şeklindedir. Ayrıca, buradaki haklı nedenin yeni TBK. m. 435 (eski BK. m. 344) anlamında iş sözleşmesi ilişkisini çekilmez hale getiren bir neden olması gerekmektedir³³⁵. O halde, işçinin sorumlu olduğu davranış, iş ilişkisinin derhal sona erdirilmesini gerektirecek ağırlıkta olmasa bile, mantıklı bir değerlendirme sonucunda feshe imkân sağlamakta ise, işveren bakımından haklı nedenin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir³³⁶.

İşçinin ekonomik geleceğinin rekabet yasağı ile güçleştirilmesi ve bu yasağa bağlılık, hakkaniyete aykırı bir durum oluşturmadığı sürece devam eder. Eğer işveren, işçiyi haksız olarak işinden çıkarmak suretiyle rekabet yasağının devamını

³³¹ KOCAAĞA, s. 136.

³³² KARAGÖZ, s. 250.

³³³ Y. 9. HD. , 14.03.2000 T. , E. 2000/522, K. 2000/2892, “Özü: Borçlar Kanununda düzenlenen rekabet yasağı yer, zaman ve faaliyet türü bakımından sınırlamalar öngörmektedir. Davacı işverence düzenlenen, süre ve yer açısından bir sınırlama taşımayan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olduğu düşünülemez.”, www.hukukturk.com, e. t. : 01.11.2010, “Ancak somut olayda iş sözleşmesinin sona erme nedeni, işçinin işgal ettiği kadronun tasfiye edilmesidir. Bu nedenle Yargıtay'ın yeni TBK. m. 445/f. I (eski BK. m. 349/f. I) yerine, yeni TBK. m. 447/f. II (eski BK. m. 352/f. II) hükmünü gerektireceği göstermesi gerekirken bu konuya kararda hiç değinilmemiştir.”, bkz. KARAGÖZ, s. 250, dpn. 297.

³³⁴ AYİTER, s. 477-478; SOYER, s. 101.

³³⁵ SOYER, s. 101.

³³⁶ Bkz. SOYER, s. 102.

sağlamışsa, işçinin yasağa bağlılığı artık adaletsiz bir sonuç olarak görünür. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesini yapan işçi, bununla geçimini işveren yanında sağlayacağını hesap eder ve adalet kuralı da, işverenin işçiye bu imkânı sağlamasını emreder. İşte bu yüzden yeni TBK. m. 447/f. II (eski BK. m. 352/f. II) hükmü, işverenin haklı bir neden bulunmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde rekabet yasağının da ortadan kalkacağını öngörmektedir³³⁷. O nedenle yeni TBK. m. 447/f. II hükmü ile, hiçbir sebep yok iken işten çıkarılarak işsiz kalan işçinin, rekabet yasağına bağlı tutulmasının önlenmesi sağlanmaktadır³³⁸.

Hangi davranışların yeni TBK. m. 447/f. II açısından haklı neden sayılabileceği, hâkim tarafından her olaya özgü şartlara göre tespit edilebilir. Özellikle, hizmet ilişkisinin süresi, işçinin işletmedeki konumu ve benzeri hususların dikkate alınması yerinde olur. Genel olarak örneğin; kötü ifa, özen ve koruma yükümlülüklerinin ihlali, müşterilerle uyumlu olmayan ilişkiler, kurallara uymama, beceriksizlik, çalışma düzenini bozma gibi durumlar, haklı neden olarak kabul edilebilir³³⁹.

İş sözleşmesinin feshedilmesine yol açan haklı nedenlerin, işçinin kusurlu davranışlarına dayanması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesi geçerliliğini korumaktadır³⁴⁰. Ancak, iş sözleşmesinin işçinin kusuru olmaksızın haklı nedenle feshedilmesi durumunda, rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin kusuru olmayan durumlarda (uzun süreli kusursuz hastalık, beklenmedik haller gibi), iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi de geçersiz hale gelecektir³⁴¹. Aksi görüşte olan yazarlar ise, bu gibi durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini sürdüreceğini ileri sürmektedirler³⁴².

Düşüncemize göre, iş sözleşmesinin işçinin kusuru olmaksızın haklı nedenle feshedilmesi durumunda, sözleşmedeki rekabet yasağının da geçersiz olacağı kabul

³³⁷ TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 531.

³³⁸ SOYER, s. 102.

³³⁹ Bkz. SOYER, s. 102.

³⁴⁰ Y. 9. HD. , 03.04.2007 T. , E. 2007/913, K. 2007/9258, “Özü: Davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir.”, www.hukukturk.com, e. t. : 01.11.2010.

³⁴¹ Bu görüşte olanlar: TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 531; SOYER, s. 103.

³⁴² Bu görüşte olanlar: KARAGÖZ, “Çünkü, işçinin fiilen çalışmayacak durumda olmakla birlikte, rekabet yasağına aykırı davranışlarda bulunması ve işverenin zarara uğramasına neden olması mümkündür. Örneğin, başka bir işyerine ortak olmak suretiyle rekabet yasağını ihlal edebilecektir.”, s. 252; AYİTER, s. 476-477.

edilmelidir. Bu düşünceye eski BK. m. 352/f. II'deki "işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yoksa" ifadesine dayanarak ulaşmak da isabetli sayılmamalıdır. Çünkü, buradaki ifade bir tercüme hatası olarak kanunda yer almıştır³⁴³. Nitekim 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 447. maddesinin ikinci fıkrasında "haklı bir sebep olmaksızın" şeklinde bir ifade kullanılarak tercüme hatası giderilmiştir. Bu görüşün üstün tutulmasını gerektiren düşünce, kanun koyucunun, işçiyi şahsıyla ilgili beklenmedik hallerden sorumlu tutmak istemiş olamayacağıdır. Kanunun yorumu, yeni TBK. m. 444-447'de (eski BK. m. 348-352'de) yer alan koruma amacına da uygundur³⁴⁴. Çünkü, uzun süreli kusursuz hastalık dolayısıyla sözleşmenin feshinde, işçiyi bir de rekabet yasağına tabi tutmak, onun ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırmak anlamını taşıyacaktır³⁴⁵.

3. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 447. maddesinin ikinci fıkrası, işçinin iş sözleşmesini işverene yüklenen bir nedenle feshettiği takdirde, rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceğini öngörmektedir. Örneğin, işveren ücreti ödemediğinde temerrüde düştüğü veya yeni TBK. m. 417 (eski BK. m. 332) gereğince üstüne düşen işçiyi koruyucu tedbirleri almadığı için işçi, sözleşmeyi feshetmişse, rekabet yasağı ile bağlı olmaktan kurtulur³⁴⁶.

İşçinin, işverenin kusurlu davranışının iş sözleşmesinin feshi bakımından haklı neden oluşturduğunu ve bu kusurlu davranış nedeniyle iş sözleşmesini feshettiğini ispat etmesi gerekir³⁴⁷.

İşçinin iş sözleşmesini, nedensiz yere veya kendisinin sorumlu olduğu bir nedene dayanarak feshetmesi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olarak varlığını sürdürecektir³⁴⁸. Bunun yanında, işverenin kusuru bulunmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi durumunda (örneğin, iş şartlarının

³⁴³ Bkz. **SOYER**, s. 84-85.

³⁴⁴ **HEMMELE**, s. 29-30; **PFLUGER**, s. 73-74, (**SOYER**, s. 103'ten naklen).

³⁴⁵ **SOYER**, s. 103.

³⁴⁶ **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, s. 531-532.

³⁴⁷ **SOYER**, s. 107.

³⁴⁸ Bkz. **SOYER**, s. 107; **KARAGÖZ**, s. 253.

işçinin sağlığını tehlikeye düşürmesi gibi), işçinin rekabet yasağından kurtulması mümkün değildir³⁴⁹.

İş sözleşmesi; sürenin dolması, amaca erişme veya karşılıklı anlaşma yollarından biriyle sona ermişse, rekabet yasağı sözleşmesi geçerliliğini korur. Çünkü bu hallerde sözleşmenin ortadan kalkması işverenin kusuruna bağlı değildir³⁵⁰.

İş sözleşmesinin feshine neden olan olaylarda hem işveren hem de işçi kusurlu olduğu takdirde, hâkim, tarafların kusurunun derecesine bakarak bir sonuca varacaktır. Böylece kusurun ağırlığının işçiye ait olduğu hallerde rekabet yasağının devam ettiğini; işverene ait olduğu hallerde ise yasağın sona erdiğini kabul etmek mümkündür³⁵¹.

O halde, işçinin iş sözleşmesini, işverenin kusurlu davranışına dayanan haklı bir nedenle feshetmesi halinde, rekabet yasağı sözleşmesi ile birlikte öngörülen cezai şart da geçersiz olacak dolayısıyla işveren tarafından rekabet yasağına aykırılık gerekçesiyle cezai şart istenemeyecektir³⁵².

³⁴⁹ OĞUZMAN, Fesih, s. 265; UŞAN, s. 280, (KARAGÖZ, s. 253'ten naklen).

³⁵⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 532.

³⁵¹ SOYER, s. 100; AYİTER, s. 479; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s. 532; KARAGÖZ, s. 253.

³⁵² KARAGÖZ, s. 253.

Dördüncü Bölüm

DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ VE SONA ERMESİ

§ 1. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ

I. İNDİRİMİN CEZAI ŞART AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu'muzun 182. maddesinin son fıkrasına göre; "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir".

Aşırı cezai şartın indirilmesi konusunda ileri sürülmüş iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, cezai şartın miktarında indirim yapılmamalıdır. Bu görüştekiler, cezai şartın miktarının serbest tutulması gerektiğini iddia ederken bu iddialarını hem hukuki hem de ekonomik sebeplere dayandırırılar. Onlara göre, cezai şartın serbest bırakılmasını gerektiren hukuki sebep, her özel hukuk düzeninin akit serbestîsi esasına dayanmasının zorunlu bulunmasıdır. Ancak bunu sınırlama ortada bir kamu yararı bulunması halinde ve ölçüsünde mümkündür. Sadece kamu yararı bulunduğu takdirde bu esastan ayrılmak, hukuk düzeninin saflığını sağlamak konusunda da yararlı olacaktır. Böyle bir kamu yararı ise, cezai şartın borçlunun istismarına, ekonomik yönden yıkılmasına neden olmak için kullanılması halinde vardır. Ancak o zaman da bu durumdaki cezai şart ahlaka aykırı sayılacağı için, ahlaka aykırı işlemlere uygulanacak yaptırım bunlara da uygulanabileceğinden, bu nedenle sözleşme serbestîsini kısıtlamanın haklı olmadığı ileri sürülmüştür³⁵³. Diğer taraftan cezai şartın amaçlarından biri borçluyu ifaya zorlamak ve alacaklıya güvence sağlamak olduğundan, borçlu cezai şartın indirilmesi imkânına sahip bulunduğunu bilirse, borcunu vaat ettiği şekilde ifadan kaçınacaktır. Bu bakımdan indirmeyi isteme hakkının kabul edilmesiyle, cezai şart müessesesinden beklenen faydalar önemli ölçüde ortadan kalkacaktır³⁵⁴.

³⁵³ SEELIGER, Das richterliche Ermässigungsrecht nach § 343 BGB, Braunschweig 1905, s. 17, (TUNÇOMAĞ, s. 130'dan naklen).

³⁵⁴ SEELIGER, s. 17; SECRETAN, s. 119, (TUNÇOMAĞ, s. 131'den naklen).

Ayrıca cezai şartın indirilmesi yararlı görülse de bu kez de sınırlamanın hangi şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sınırlamanın alacaklının asıl edimin ifasındaki menfaatlerine bağlanması halinde ise istenilmeyen bir sonuçla karşılaşılacaktır, yani cezai şartın borçlu üzerinde baskı yapması imkânsızlaşacaktır. Bu durumda geriye kalan tek yol, hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkı tanımaktır. O zaman da hâkime kural olarak kendisine ait olmayan bir görev verilmiş, kendisinden hukuku uygulaması değil de yaratması istenmiş olacaktır. Halbuki bu, hâkimi hukuki sebepler yerine amaca uygunluk yönünden karar vermeye zorlayacağından kabul edilemez. Oysa taraflar, bütün ilişkileri hakkında tam bir bilgi verseler de, hâkimin göz önünde tutması gerekli bütün bu unsurları doğru olarak takdir edeceği de şüphelidir. Bununla birlikte, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, İş Hukuku'nda indirme hakkının kabul edilmesine rağmen Ticaret Hukuku'nda indirmenin tacir için söz konusu olmaması nedeniyle bu hukuk dalları arasında istenilmeyen bir fark ortaya çıkarılmış olacaktır³⁵⁵.

İkinci görüşü yani indirme hakkını savunanlar ise, inandırıcı ve doyurucu çözüm tarzının sadece mantıki hükümlere dayanarak değil, aynı zamanda uygulamadan çıkarılacak sonuçlarla değerlendirilebileceğini, en iyi hukuk düzeninin, uygulamada en iyi işleyen hukuk düzeni olduğunu ifade etmektedirler. Sınırsız sözleşme serbestisini bugünkü sosyal ilişkiler içerisinde korumanın imkânsız bulunduğunu; iktisadî sınıflar arasındaki mücadelenin amansız olması nedeniyle ekonomik yönden zayıf durumda bulunanın hukuk düzeni içinde özel şekilde korunmasının gerekli olduğunu; yürürlükteki kanunların bu korumayı sağlayamadığını; bütün hallere uygulanabilecek korumanın ancak hâkime tanınacak genel nitelikteki bir indirme yetkisi ile sağlanabileceğini; hâkime böyle bir yetki verildiğini fakat hâkimin delilleri serbestçe takdiri nedeni ile zaten ondan da büyük bir yetkiye sahip bulunduğunu iddia etmişlerdir³⁵⁶. Aynı yazarlar, hâkimin görevinin hukuku uygulamak olduğunu, hukuk yaratmak olmadığını ve kendisine böyle bir yetki tanınsa bile, onun cezai şartın uygunluğunu tayin için gerekli bilgiye sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Çünkü hâkimin, bir zararın doğup doğmadığını ve doğmuşsa bunun aşırılığını kendi takdirine göre tayin yetkisi diğer görevlerinden daha önemli değildir. Öte yandan, hâkime cezai şart miktarını indirme yetkisinin

³⁵⁵ SEELIGER, s. 17-18, (TUNÇOMAĞ, s. 131'den naklen).

³⁵⁶ SEELIGER, s. 19-20, (TUNÇOMAĞ, s. 132'den naklen).

verilmesi halinde en doğru çözümün bulunamayacağı görüşü de indirmeyi ret için bir sebep olamaz. Çünkü hâkim bu yetkisini kullanırken hiçbir zaman maddi durumu daha fazla ağırlaştıramaz³⁵⁷.

Her iki görüş de mukayese edildiğinde, indirme hakkını reddedenlerin hukukun bireyciliği esnasından hareketle özel hukuk alanında fertlerin sınırsız serbestisini istemekte ve her türlü devlet müdahalesini gereksiz saymakta olduklarını; buna karşılık ikinci görüş sahiplerinin, fertlerin Borçlar Hukuku alanında bile sosyal devlet kuralları ile korunması gerektiğini öne sürdükleri görülmektedir. Bizim de katıldığımız son görüş, halkın bugünkü ekonomik ve ahlaki görüşlerine daha uygundur³⁵⁸.

II. İNDİRİMİN DÖNME CEZASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar, serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşmelere ahde vefa (sözleşmeye bağlılık, pacta sunt servanda) ilkesinin sonucu olarak aynen uymakla yükümlüdürler. Bu sözleşmelerin, taraflardan yalnız birinin isteğiyle değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bununla birlikte, gerek sözleşmenin yapıldığı sırada var olan gerek sonradan değişen şartların sözleşmeler üzerindeki etkisi nedeniyle, söz konusu ilkeye bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Özellikle modern hukuklarda, taraflar arasında başlangıçtaki menfaat dengesinin korunması amacıyla, hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi tanınmıştır. Kanunen hâkime tanınmış olan bu yetki, onun normal görevleri dışında olup istisnai niteliktedir³⁵⁹.

Gerçekten Türk Borçlar Kanunu, aşırı derecede yüksek olan cezai şartın uygun miktara indirilmesi esasını kabul etmiştir. Düşüncemize göre, bu hüküm, aşırı görülen dönme cezasının indirilmesi için de söz konusu olmalıdır. Nitekim, hâkime aşırı cezai şartı indirme hakkının tanınmasının amacı, ekonomik yönden güçlü olanın, zayıf olanı ezmesini önlemek; yani tedbirli olmayan borçlunun kendi ifa

³⁵⁷ SEELIGER, s. 20, (TUNÇOMAĞ, s. 132'den naklen).

³⁵⁸ SEELIGER, s. 21; SECRETAN, s. 120, (TUNÇOMAĞ, s. 132-133'ten naklen).

³⁵⁹ KOCAAĞA, s. 215.

imkânlarına fazla güvenmesi sonucu yüksek miktarda cezai şart üstlenmesinden doğan riskleri azaltmaktır³⁶⁰.

Doktrin ve uygulamadaki çoğunluk görüş³⁶¹, yeni TBK. m. 182/f. III uyarınca hâkimin, dönme cezasını aşırı görerek indirme yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte aksi görüşteki yazarlar³⁶², kanuni bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek bu cezayı ödeme yükü altına giren, bizzat borçlu olduğundan hâkimin indirme yetkisini kabul etmemektedirler.

Ancak yeni TBK. m. 179/f. III hükmünde cezai şartın bir türü olarak kabul edilen dönme cezası hakkında da hâkimin aynı yetkiye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Kanun, ekonomik açıdan güçlü durumda bulunan alacaklının cezai şart yoluyla borçluyu ekonomik açıdan ezmesinin önüne geçmek amacıyla hâkime fahiş nitelikteki cezayı indirme yetkisi getirmiştir. Bu durum göz önünde tutulduğunda, düşüncemize göre de aşırı görülen dönme cezasının indirilememesi için bir sebep kalmamaktadır.

III. İNDİRME HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 182/f. III'te öngörülmüş bulunan fahiş cezai şartların indirilmesi yükümlülüğü sözleşmelerin bağlayıcılığı (pacta sunt servanda) ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.

Kanunun açıkça veya zımnen hâkime sözleşmeden doğan bir edimi indirme yetkisi tanıdığı hallerde, borç ilişkisi esas itibarıyla değişikliğe uğramamakta, yalnız aşırı derecede yüksek olan edim makul bir düzeye indirilmektedir. Başka bir ifadeyle, hâkim, kendisine tanınan bu haktan yararlanmak suretiyle sözleşmeden doğan edimi miktarı yönünden indirmekte, azaltmaktadır. Yeni TBK. m. 182/f. III'e göre, "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir". O halde hâkim, şartların gerçekleşmesi durumunda cezai şartın miktarını indirmek zorundadır.

³⁶⁰ KOCAAĞA, s. 216.

³⁶¹ FEYZİOĞLU, s. 396; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 353; ARKAN, s. 88; UÇAR, s. 104.

³⁶² EREN, s. 1188; OĞUZMAN/ÖZ, "Cezai şarttan farklı olarak, yeni TBK. m. 182/f. III (eski BK. m. 161/f. III) uyarınca hâkimin dönme cezasını aşırı görerek indirme yetkisi bulunmadığı kabul edilmelidir. Doktrin ve uygulamadaki aksi görüş isabetli sayılamaz. Zira kanuni bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek bu cezayı ödeme yükü altına giren bizzat borçludur. Gerekçesiz dönme bildiriminde bulunmayıp bu ödeme yükümlülüğü altına girmeyebilirdi.", s. 908.

Burada hâkime tanınmış bir yetki söz konusudur ve hâkim bu yetkiyi bir kanun hükmüyle kazanmıştır³⁶³.

Hâkimin aşırı nitelikte olan cezai şartı indirme yetkisinin hukuki niteliği konusunda doktrinde mutlak butlan, iptal edilebilirlik, sebepsiz zenginleşme, ortalama yaptırım ve yargısal yenilik doğuran hak görüşleri ileri sürülmüştür³⁶⁴.

Bir görüş, cezai şartın indirilmesini mutlak butlan yaptırımıyla açıklamaktadır. Bu görüşe göre, aşırı cezai şart ahlaka aykırı sayılmasa bile, kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için batıldır. Buradaki butlan, kısmi butlan olup cezai şartın yalnız aşırı kısmı batıldır³⁶⁵. Ancak bu görüş şöyle eleştirilmektedir: Yeni TBK. m. 28 (eski BK. m. 21/gabin) ve 39 (eski BK. m. 31/hata, hile, tehdit)'dan anlaşılacağı gibi, her ahlaka aykırılığın ve bütün emredici hükümlerin yaptırımı butlan değildir. Açık bir hüküm bulunmayan hallerde hukuka veya ahlaka aykırılığa ilişkin kurallara butlan yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı ise, kanun koyucunun bu hükmü koymakla güttüğü amaç ve benzer durumları düzenleyen hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle çözümlenmelidir³⁶⁶. Aşırı cezai şartın indirilmesiyle güdülen amaç, cezai şartın makul düzeye indirilmesidir. Bu amacı butlan yaptırımı kadar daha hafif bir yaptırım da gerçekleştirebilir. Bu bakımdan iptal yaptırımı yerine, ondan daha ağır olan butlan yaptırımının seçilmesi için haklı bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca kanun koyucunun, gabin (yeni TBK. m. 28/eski BK. m. 21) için iptal yaptırımı öngörürken, ona oranla daha hafif olan aşırı cezai şart için butlan yaptırımı öngörmek istediğini savunmak çok güçtür. Nihayet, cezai şartın indirilebilmesi için, kanunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, borçlunun talepte bulunması gerekir³⁶⁷.

Bir başka görüş ise, cezai şartın indirilmesini iptal yaptırımıyla açıklamaktadır. Bu görüşe göre, taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarı aşırı olduğu ölçüde cezai şartın iptali mümkündür. Cezai şart işlemi başlangıçta geçerli

³⁶³ KOCAAĞA, s. 217.

³⁶⁴ TUNÇOMAĞ, s. 136-137; KOCAAĞA, s. 217 vd. , GÜNAY, s. 174 vd.

³⁶⁵ Bkz. BENTELE, sh. 124; KUNTER, sh. 982. Ayrıca bkz. HÜRLIMANN, Nr. 294, (KOCAAĞA, s. 218'den naklen).

³⁶⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 20 OR, N. 20; VON TUHR/Peter, sh. 252 vd. ; BGE 45 II 281; 47 II 464, (KOCAAĞA, s. 218'den naklen).

³⁶⁷ BUCHER, sh. 532; OR-EHRAT, Art. 163 OR, N. 15. Aksi görüşte BECKER, Art. 163 OR, N. 21; BENTELE, sh. 126-127; SCHOCH, sh. 69; RECK, sh. 120; VON TUHR/ESCHER, sh. 285; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, sh. 232 vd. ; FUNK, sh. 229; İNAN, sh. 433; BİRSEN, sh. 363, (KOCAAĞA, s. 218'den naklen).

olmasına rağmen, borçlunun iptal hakkını kullanmasıyla birlikte, geçmişe etkili olarak geçerliliğini kaybeder. Yani borçlunun talebi üzerine cezai şartın indirilmesi, sözleşmenin kısmen iptali sayılır³⁶⁸. Bu görüş taraftarlarından *HÖLDER*, cezai şartın mahkeme tarafından indirilen kısmının hükümden düşmesi vakıyasından, indirilen miktarın sözleşme gereğince borçlanılmamış kabul edilmesi gerektiği sonucunu çıkarmaktadır. Kararlaştırılan cezai şartın miktarı aşırı olduğu ölçüde cezai şartın feshi mümkündür. Bu aşırılığı öne süren borçlu, cezai şartın tamamını ödeme borcunu ve bunun sonucu olarak da cezai şart işleminin geçerliliğini, konusunun belirli bir kısmı yönünden reddetmektedir. O halde borçlu, aşırı derecede yüksek olması nedeniyle iptalini istediği miktarı talebinde göstermek zorundadır³⁶⁹. Bu görüşün eleştirisine baktığımızda, aşırı derecede yüksek de olsa cezai şartın tamamı geçerlidir. Cezai şartın mahkeme tarafından indirilen kısmını borçlanılmamış saymak doğru olmaz. Aşırılığı öne sürmeyen borçlu, cezai şartın tamamını ödemek zorunda olduğu gibi, ödedikten sonra cezanın aşırılığını iddia edemez³⁷⁰.

Bir başka görüş de indirme hakkını sebepsiz zenginleşme ile açıklamaktadır. Bu görüş taraftarlarından *REICHEL*, Alman Medeni Kanunu § 343 ve § 655 gereğince yapılacak indirimde bir sebepsiz zenginleşme alacağının (condictio indebiti promissi) söz konusu olduğunu iddia etmektedir. Yazara göre, taahhüt edilen edim makul dereceyi aştığı ölçüde alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu talep hakkıyla, onun zararına bir sebepsiz zenginleşmede bulunmuş olur. Zira aşırı olduğu ölçüde, talep haklı bir sebebe dayanmamaktadır. İndirimi talep eden borçlu, söz konusu zenginleşmenin tespitini ve geri verilmesini istemektedir. Yazar, geçerli bir hukuki sebep olmaksızın bir hakkın kazanıldığı hallerde sebepsiz zenginleşme şartlarının bulunduğunu ve bu hallere de soyut alacaklarda rastlandığını belirtmektedir³⁷¹. Bu görüş şöyle eleştirilmektedir: Burada gerçekte bir hukuki sebebin eksikliği veya sakatlığı değil, bir borcun konusunun aşırılığı söz konusudur³⁷².

³⁶⁸ **TUHR/SIEGWART**, I, § 29, III, 2; **ARSEBÜK**, s. 317, (**TUNÇOMAĞ**, s. 136'dan naklen).

³⁶⁹ **HÖLDER**, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, Das Recht, 1900, 161 vd. – **SCHERRER**, s. 105'ten, (**TUNÇOMAĞ**, s. 136-137'den naklen).

³⁷⁰ **SCHERRER**, s. 105, (**TUNÇOMAĞ**, s. 138'den naklen).

³⁷¹ **REICHEL**, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung'in Festchrift für Adolf Wach, Leipzig 1913, s. 35 - **SCHERRER**, s. 105'ten, (**TUNÇOMAĞ**, s. 137'den naklen).

³⁷² **SCHERRER**, s. 106'dan, (**TUNÇOMAĞ**, s. 139'dan naklen).

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise, ortalama yaptırım görüşüdür. Bu görüştekiler, burada ne butlan ne de fesih yaptırımlarının söz konusu olduğunu; bu iki yaptırımdan birini tercihin, kanunun bağdaştırmak zorunda kaldığı menfaatlerden birini diğerine feda etmek olacağını ve buradaki yaptırımın bu ikisi arasında ortalama bir yaptırım olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarları, iddialarını ispat amacıyla, indirim isteme hakkının yalnız borçluya tanındığını, ancak hâkimin de bunu kendiliğinden dikkate alabileceğini; cezai şartın tamamının indirimle ortadan kaldırılamayacağını; ödemediği sonra hâkimin re'sen indirim yoluna gidemeyeceğini ve indirim isteme hakkının zamanaşımına uğramayacağını ileri sürmektedirler³⁷³. Bu görüş de eleştirilmektedir. Zira cezai şartın indirilmesinde butlan yaptırımının ayrııcı nitelikleri bulunmamaktadır. Ayrıca indirim isteme hakkının zamanaşımına uğramaması da butlan yaptırımına tabi olmasından değil, yenilik doğuran bir hak olmasından ileri gelir³⁷⁴.

Bir başka görüş ise, hâkimin aşırı nitelikte olan cezai şartı indirme yetkisinin hukuki niteliğini yargısal yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, hâkim sözleşmeye yenilik doğuran bir tarzda müdahale etmekte ve onu belli bir noktada değiştirme hakkına sahip bulunmaktadır³⁷⁵.

Doktrinde bu konuda hâkim görüş cezai şartın indirilmesinin yenilik doğurucu bir karar olduğu yönündedir. Çünkü bu hakkın kullanılması sonucu cezai şartın miktarı indirilmekte, yani bir hukuki ilişki değişikliğe uğramaktadır. Bununla birlikte bu hak, diğer yenilik doğuran haklardan iki yönüyle ayrılmaktadır. Her şeyden önce diğer yenilik doğuran haklar tek taraflı, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli ve kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmayan bir irade beyanıyla kullanıldıkları halde, indirme hakkının usul hukukuna dayanan bir iddia şeklinde yapılması, yani bir dava veya def'i şeklinde kullanılması zorunludur. Diğer taraftan, yenilik doğuran hakların çoğu, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile hüküm doğurabildikleri halde, aşırı cezai şartın indirilmesi için yalnız borçlunun irade beyanı yeterli olmayıp, buna ayrıca hâkim kararının eklenmesi gerekir³⁷⁶.

³⁷³ GÜRAL, Jale, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi, Ankara, 1953, s. 211.

³⁷⁴ TUNÇOMAĞ, s. 139.

³⁷⁵ STAUDINGER/WERNER, II, § 343, II, 1, (TUNÇOMAĞ, s. 137'den naklen).

³⁷⁶ Bu görüşte: TUNÇOMAĞ, s. 139; KOCAAĞA, s. 220-221; Farklı görüşte: "GÜNAY'a göre, yeni TBK. m. 182/f. III (eski BK. m. 161/f. III), yasanın açık ifadesi gereği emredici bir hükümdür ve

Düşüncemize göre de cezai şartın indirilmesinin yenilik doğurucu bir karar olduğu daha isabetlidir. Ancak bu hakkın amacına ulaşması için borçlunun talepte bulunmasının gerekip gerekmediği ileride ayrıntılı olarak açıklanmıştır³⁷⁷.

IV. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yeni TBK. m. 182/f. I'e göre, "Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler". Yeni TBK. m. 182/f. III'e göre ise, "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir". Görüldüğü gibi, yeni TBK. m. 182/f. I, tarafların cezai şart miktarını belirlemede serbest olduklarını belirtirken; aynı maddenin üçüncü fıkrası, hâkimin aşırı gördüğü cezai şartları indirmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. İlk bakışta bir çelişki varmış gibi görünse de, bu iki fıkranın yakından incelenmesi halinde, aralarında herhangi bir çelişki bulunmadığı görülmektedir. Çünkü söz konusu maddenin birinci fıkrası, cezai şart miktarının tespiti konusunda tarafların serbest oldukları ilkesini koyarken; üçüncü fıkrası, bu serbestîye indirim hakkı dolayısıyla özel bir sınır çizmiştir. Nitekim aynı durum, yeni TBK. m. 26 (eski BK. m. 19) bakımından da söz konusudur. Gerçekten, kanun koyucu yeni TBK. m. 26'da genel sözleşme serbestîsini kabul ederken; yeni TBK. m. 27 ve diğer maddelerde buna bazı genel sınırlamalar getirmiştir. Bu bakımdan hâkimin indirme yetkisini kullanırken sözleşme serbestîsini ortadan kaldıran bir araç haline getirmemesi gerekmektedir.

Hâkim, aşağıdaki şartların birlikte bulunması halinde, taraflar arasında kararlaştırılmış bulunan cezai şartın miktarını re'sen indirir.

burada ne butlan ne de fesih yaptırımı söz konusudur. Buradaki yaptırım, bu ikisi arasında ortalama bir yaptırımdır. Gerçekten asıl borcu gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle cezai şartı yerine getirmek zorunda olan ve indirim isteme hakkına sahip olan borçlu, açılan davada bir def'ide bulunmasa örneğin, davaya cevap vermeyip takip etmese de hâkim, cezai şartta kendiliğinden indirim yapabilecektir. Ayrıca cezai şartın tamamı ortadan kaldırılamayacağı için yenilik doğuran bir işlem den söz edilemez. Bununla birlikte, ödemedi sonradan indirimin re'sen yapılmasının imkânsız olması ve indirim isteme hakkının zamanaşımına da uğramaması bakımından GÜNAY, ortalama yaptırım görüşünün daha isabetli olacağını savunmaktadır.", bkz. GÜNAY, s. 178.

³⁷⁷ Bkz. "E. Borçlunun İndirme Talebinde Bulunması" başlığı altındaki açıklamalar, s. 120 vd.

A. GEÇERLİ BİR DÖNME CEZASININ BULUNMASI

Aşırı olduğu gerekçesiyle cezai şartın indirilmesinin talep edilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir dönme cezası anlaşmasının varlığı gerekir. Bunun için de ilk önce asıl sözleşmenin, yani sözleşmedeki asıl borcun geçerli olması gerekir. Kural olarak bütün cezai şartlar indirim konusunu oluşturabilirler. Cezai şartın bizzat kendisinden kaynaklanan bir nedenle veya asıl borcun fer'i olmasından dolayı hükümsüzleştiği durumda indirim yapılması mümkün değildir³⁷⁸.

Cezai şartın indirilebilmesi için, konusunun bir miktar paradan ibaret bulunmasının ya da para dışında başka bir şey, örneğin parça borcu olmasının önemi yoktur. Bunun aksine bir görüşün kabulü, diğer bir deyişle, parça borçlarında hâkimin indirim hakkının bulunmadığının kabulü, cezai şartların indirilmesinden beklenen hukuki yararları çatışacağı ve taraflara bu yolla hâkimin müdahalesinden kaçma imkânı tanınmış olacağı için kabul edilmemektedir³⁷⁹.

Cezai şarta ilişkin hükümlere dayanarak indirim yapılması için geçerli bir cezai şartın varlığı gereklidir. Ancak Borçlar Kanununda ve doktrinde, cezai şartın söz konusu olmadığı durumlara ilişkin olarak bazı istisnalar getirilmiştir. Şöyle ki, yeni TBK. m. 181/f. I (eski BK. m. 160/f. I) uyarınca, "Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır". O halde kısmen yapılan ödemelerin borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya kalmasını emreden anlaşmalara da cezai şart hükümleri uygulanır. Fakat aynı maddenin ikinci fıkrası, taksitle satışları birinci fıkranın dışında tuttuğundan, yeni TBK. m. 181/f. I'ın uygulama alanı daralmış bulunmaktadır³⁸⁰.

Bu konuda Borçlar Kanununda belirtilmiş bulunan bir diğer istisna ise, yeni TBK. m. 121'de (eski BK. m. 104'te) yer almaktadır. Yeni TBK. m. 121/f. I'e göre, "Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür; yani bu tarihten önce temerrüt faizi ödemek zorunda değildir. Bu hükmün aksine anlaşma yapılması, yani temerrüt faizinin temerrüt tarihinden itibaren işleyeceğinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Ancak

³⁷⁸ EREN, s. 1188; TUNÇOMAĞ, s. 142; GÖKÇEOĞLU, s. 67.

³⁷⁹ TUNÇOMAĞ, s. 142; EKİNCİ, s. 322.

³⁸⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 143.

böyle bir anlaşma, yeni TBK. m. 121/f. II uyarınca, cezai şarta ilişkin hükümlere, yani hâkimin indirme yetkisine tabidir. Bunun nedeni, borcunu geç ifa eden borçlunun, oldukça yüksek bir faiz ödemek zorunda kalacağı ihtimalinin bulunmasıdır³⁸¹.

Öte yandan cezai şarttan farklı müesseseler olan pişmanlık akçesi, hak düşüren kayıt³⁸² veya hususi ceza³⁸³ gibi borçlu aleyhine olan yükümlülüklerin aşırı olduklarından bahisle, cezai şarta ilişkin hükümlere dayanılarak indirilmesi yoluna gidilememelidir³⁸⁴.

B. DÖNME CEZASININ MUACCEL OLMASI

Dönme cezasının indirilmesinin istenebilmesi için dönme cezasının muaccel olması gerekmektedir. Muaccel olmayan bir cezai şartın indirimine hâkim de karar veremez. Çünkü muaccel olmayan cezai şart bağımsız bir nitelik kazanmamıştır; dolayısıyla bunun indirilmesi de söz konusu olamaz³⁸⁵.

C. DÖNME CEZASININ HENÜZ İFA EDİLMEMİŞ OLMASI

Doktrinde çoğunluğun görüşüne göre³⁸⁶, cezai şart alacaklıya ödenmişse artık indirim talebinde bulunulamaz. Diğer bir görüşe göre ise³⁸⁷, ödendikten sonra da aşırı cezai şartın indirilmesi talep edilebilir.

Baskın görüşe göre, ifa sağlıklı bir iradeyle ve gönül rızasıyla yapılmış olmalıdır. Bu takdirde, borçlu cezai şartın aşırı olmadığını ve bunu ödemenin

³⁸¹ TUNÇOMAĞ, s. 143; EKİNCİ, s. 323; KOCAAĞA, s. 225; GÜNAY, s. 180.

³⁸² “Hiç ifa etmeme veya eksik ifa etme halinde borçlunun önceden sahip bulunduğu bir şahsî veya aynî hakkın tamamen veya kısmen düşmesini veya sözleşmenin feshini gerektiren kayda *hak düşüren kayıt* adı verilir. Örn: Edimin zamanında ifa olunmaması halinde, satıcının satış bedeli üzerindeki hakkının azalması; düzenli bir şekilde edimini ifa etmeyen işçinin ücretinin kısılacağına ilişkin anlaşma.”; ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, s. 35.

³⁸³ “Hususi ceza, tazminat ile cezanın birleşmesinden meydana gelen bir müessesedir.”; ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, s. 43.

³⁸⁴ EKİNCİ, s. 322; TUNÇOMAĞ, s. 142.

³⁸⁵ TUNÇOMAĞ, s. 144; EREN, s. 1188.

³⁸⁶ TUNÇOMAĞ, s. 156; EREN, s. 1189; OĞUZMAN/ÖZ, s. 912; BİLGE, s. 119.

³⁸⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, “Borçlunun cezai şartın ifasından sonra bile bir indirim istemesine engel yoktur; fakat hâkim böyle bir talebi, hiç değilse borçlunun ekonomik gücü açısından daha büyük bir çekingenlikle incelemelidir.”, s. 356; ARKAN, s. 96.

durumunu aşırı derecede sarsmadığını kabul etmiş sayılır³⁸⁸. Fahiş olan cezai şartı ifa eden borçlunun artık bu borcu sona ermiş olacağından, hâkimden indirilmesini isteyebileceği bir cezai şart da söz konusu olamayacaktır. Bunun yanında borçlu, herhangi bir ihtirazi kayıt koymaksızın aşırı olan cezai şartı ifa ettiği takdirde ise, bu davranışı onun cezai şartın indirilmesi hakkından vazgeçtiği anlamına gelir³⁸⁹.

Diğer görüşe göre ise, alacaklı cezai şartı ödedikten sonra bunun aşırı olduğunu ileri sürerek indirim talebinde bulunabilir. Bu durumda talep, borçlunun ekonomik gücü açısından daha sıkı incelenmelidir. Nitekim kimse, aşırı bulduğu cezai şartı gönül rızasıyla kolay kolay ödeyemez³⁹⁰.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, aşırı olan dönme cezasının indirilmesi için henüz ifa edilmemiş olması gerekir.

D. DÖNME CEZASININ AŞIRI OLMASI

Dönme cezasının miktarında indirim yapılmasının en önemli nedeni borçlunun ödeme yükü altına girdiği cezai şart miktarının aşırı derecede yüksek olmasıdır. Yeni TBK. m. 182/f. III'e göre, cezai şartın aşırı olup olmadığının tespiti hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır³⁹¹. Bununla birlikte, hem cezai şartın aşırılığında ne anlaşılması gerektiği hususunda bir hükme, hem de hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken kullanması gereken ölçütlere Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Hâkim bu konuda belirli bazı esaslardan hareket etme imkânına sahip olmadığından, onun işi oldukça zordur. Çünkü aşırılığın tespitinde birbirinden farklı ve değişken şartların değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca menfaatlerin göz önünde tutulma ölçüsü de her zaman aynı olmayıp bu menfaatlerin münferit bir halde hâkim tarafından çok değişik şekilde değerlendirilebilmesi mümkündür. Bu nedenle Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi bütün bu hususların hâkimin takdirine bırakılması yerindedir³⁹².

Cezai şart miktarının fahiş olması durumuyla ahlâka aykırı olması arasındaki fark da önemlidir. Her şeyden önce, aşırı cezai şartla borçlunun ekonomik

³⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 912.

³⁸⁹ BİLGE, s. 119.

³⁹⁰ ARKAN, s. 96.

³⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 144.

³⁹² Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 144.

özgürlüğünün ahlâka aykırı bir şekilde sınırlandığı her zaman söylenemez³⁹³. Ancak aşırı cezai şart, borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok ediyorsa veya ağır şekilde kısıtlıyorsa, bu durumda cezai şart zaten batıl olup, butlanın nedeni, yeni TBK. m. 182/f. III değil, yeni TBK. m. 27'dir. Kaldı ki, bir an için aşırı cezai şartın her zaman ahlâka aykırı olduğu kabul edilse bile, bu durum, aşırı cezai şartın mutlaka batıl olduğu anlamına gelmemelidir. Çünkü ahlâka aykırılığın yaptırımını her zaman butlan değildir. Bunun en güzel örneği ahlâka aykırılık teşkil eden gabindir (yeni TBK. m. 28 ve eski BK. m. 21). Gabanlı bir işlem ise, batıl olmayıp, ancak iptal davasına konu olabilir³⁹⁴. Kanun koyucu, aşırı cezai şartı batıl saymak isteseydi, ya yeni TBK. m. 27'ye yollama yapar ya da hiç değilse, yaptırım konusunda indirimden bahsetmek yerine susmayı tercih ederdi; çünkü ahlâka ve kanuna aykırılığın yaptırımını ancak kanunda başkaca bir hüküm bulunmaması halinde butlandır³⁹⁵.

Aşırılığın tespitinde hâkimin esas olarak ele alacağı hususları aşağıda inceleyeceğiz.

1. Alacaklının Menfaatleri

Aşırılığın tespitinde hâkim, ilk önce alacaklının menfaatlerini göz önünde tutmalıdır. Gerçekten, cezai şartın yüksekliğinin, adalet ve hakkaniyet hislerini incitecek miktarda olmaması gerektiği gibi, indirim sonunda kalacak miktarın da, alacaklı bakımından aynı şekilde adaletsiz olmamasına dikkat edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, cezai şarttan indirilecek miktarın tespitinde, iki tarafın da (hem alacaklının hem de borçlunun) menfaat durumu gözetilmelidir. Ancak bu hususta, cezai şartın teminat altına aldığı borcun alacaklıya sağlayacağı menfaatin ön planda tutulması uygun olur³⁹⁶.

Alacaklının asıl edimi yerine getirmesindeki menfaati ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın dikkate alınması gerekmektedir³⁹⁷. Alacaklının

³⁹³ EREN, s. 1189.

³⁹⁴ KOCAAĞA, s. 227.

³⁹⁵ TUNÇOMAĞ, s. 155.

³⁹⁶ KOCAAĞA, s. 231; OĞUZMAN/ÖZ, s. 911; EREN, s. 1189.

³⁹⁷ Y. 13. HD. , 15.02.2005 T. , E. 2004/14784, K. 2005/2161, "Özü: Taraflar sözleşme ile ceza koşulu tutarını serbestçe tespit ve tayin edebilirler. Ne var ki hâkim, aşırı gördüğü cezaları indirmekle görevlidir (yeni TBK. m. 182/f. I, III ve eski BK. m. 161/f. I, III). Burada kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekten de,

sözleşmenin ifasından elde edeceği tüm maddi ve manevi menfaatler alacaklı lehine değerlendirilmelidir³⁹⁸. Bir yandan alacaklının sözleşmenin ifası nedeniyle elde edeceği menfaatleri değerlendirilirken, diğer yandan sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğramış bulunduğu tüm zararlar da (örneğin borçlunun borcunu ifa etmemesi yüzünden alacaklının elde edebileceği kazançtan yoksun kalması) göz önünde tutulmalıdır³⁹⁹.

Alacaklının menfaatlerinin takdirinde sadece maddi, malvarlığına ilişkin unsurların değil; manevi, ahlâki unsurların da dikkate alınması gerekir. Çünkü cezai şart, yalnız ekonomik değer taşıyan borçların ifasını değil, aynı zamanda, manevi değeri haiz borçların ifasını da temine yarar⁴⁰⁰. Manevi menfaatin hangi ölçüde korunacağı sorunu, durumun incelenmesine bağlıdır. Hâkim, hak sahibinin iç dünyası yönünden hareketle kararını verecektir⁴⁰¹. Bunun dışında, bir manevi menfaatin korunup korunmamasında bir şüphe varsa, o menfaat korunmalıdır. Manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde elde objektif bir ölçü bulunmadığı için, bu tür menfaatlerin değeri tahmini bir şekilde hesaplanır⁴⁰².

Aşırılığın belirlenmesinde, alacaklının cezai şartla elde etmek istediği menfaatin tespiti bakımından, zarar ile cezai şart arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekir. Fiilen gerçekleşmiş olan zararın cezai şarttan az olması, indirim için henüz yeterli bir sebep sayılamaz. Çünkü bu durumda sadece fiili zararların değil, muhtemel zararların da hesaba katılması gerekir⁴⁰³. Özellikle rekabet yasağı borcunun ihlal edilmesi halinde, muhtemel zararın büyüklüğü, küçümsenmeyecek bir düzeyde olabilir. Bu itibarla dönme cezası ile zarar arasındaki oransızlığın indirime etkisi bakımından sağlıklı bir sonuca varmak için, dönme cezasının sözleşme gereğince tek bir defa ödeneceği durumla, borcun her ihlalinde yeniden ödeneceği

ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek şekilde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca kavuşabilmek için alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir.”; aynı şekilde Y. 13. HD. , 20.05.2002 T. , E. 2002/3941, K. 2002/5813; Y. 13. HD. , 12.10.2004 T. , E. 2004/6408, K. 2004/14220; Y. 15. HD. , 21.11.2005 T. , E. 2004/6973, K. 2005/6177; Y. 13. HD. , 20.05.2008 T. , E. 2008/1540, K. 2008/6896, www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

³⁹⁸ KANIK, s. 1077; TUNÇOMAĞ, s. 146.

³⁹⁹ EKİNCİ, s. 324.

⁴⁰⁰ KOCAAĞA, s. 232; BİLGE, s. 121.

⁴⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 147; GÜNAY, s. 190.

⁴⁰² TUNÇOMAĞ, s. 147; KOCAAĞA, s. 232.

⁴⁰³ BİLGE, s. 121-122.

durumu birbirinden ayırmak gerekir. Sürekli borçlarda cezai şartın tek bir defa ödenmesi halinde, kapsamlı bir teminata, yani yüksek bir cezai şarta ihtiyaç duyulur. Çünkü bu durumda, cezai şartın borçluyu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına alma amacı, tazminatın tespiti amacından üstün tutulmuştur. Bununla birlikte, cezai şart miktarının tazminat olarak yalnız fiili zararları değil, muhtemel zararları da karşılaması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Burada, asıl borcun birden fazla ihlaline karşılık, yalnız bir defa cezai şart ödeneceğine, yani her ihlalde cezai şart istenemeyeceğine göre, zararın varlık ve kapsamını ispat etmek alacaklıya düşer⁴⁰⁴. Alacaklının bu hususu ispat etmesi ise, her zaman kolay olmadığı gibi, bazen de mümkün olmaz⁴⁰⁵. Bu itibarla, alacaklının bu yüzden uğradığı güçlükleri de dikkate almak gerekir. Bütün bu sebepler göz önünde tutularak, cezai şartın tek bir defa ödenmesi gereken hallerde, onun miktarının uğranılan zarara oranla yüksek olması, aşırı anlamına gelmemelidir ve dolayısıyla hâkim de cezai şartın indirimi yoluna gitmemelidir⁴⁰⁶. Buna karşılık, borcun her ihlali için ayrı ayrı cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, kural olarak cezai şartın tazminat fonksiyonu üstün gelir ve alacaklı, borcun her ihlalinde cezai şartı istemek suretiyle, zararın varlığını ispat yükünden kurtulmuş olur. Bu durumda, alacaklının uğradığı zarar ile cezai şart arasındaki oranın, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık oluşturmaması gerekir. Aksi takdirde, borcun her ihlali neticesinde ödenmesi gereken cezai şartların toplamı, tarafların arzu ve iradelerine uymayan ve borçlu için tahammül edilemeyen miktara ulaşabilir. İşte bu gibi hallerde, zarara oranla aşırı derecede yüksek olan cezai şart miktarı, hâkimin indirim yetkisiyle makul düzeye indirilmelidir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Y. 11. HD. , 08.07.1997 T. , E. 1997/5188, K. 1997/5532, “Özü: Davacı taraf, cezai şart yanında sözleşmenin haksız olarak feshi nedeniyle uğranılan zararın tahsilini de istemiş bulunmaktadır. Bu durumda alacaklı, yeni TBK. m. 180/f. II (eski BK. m. 159/f. II) gereğince, hem borçlunun kusurunu hem de zararın cezai şarttan fazla olduğunu ispat zorundadır.”, **GÖKÇEOĞLU**, s. 144.

⁴⁰⁵ Y. 11. HD. , 06.04.2004 T. , E. 2003/8790, K. 2004/3622, “Özü: Yeni TBK. m. 180’e (eski BK. m. 159) göre, alacaklının zarara uğramaması halinde bile cezai şart öngörülebilir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, cezai şartı aşan bir zarar söz konusu olduğu takdirde alacaklı, borçlunun kusuru olduğunu ispat ettiği takdirde cezai şartı aşan zararını da isteyebilecektir.”, www.kararara.com, e.t. : 12.12.2013; Y. 11. HD. , 22.05.1990 T. , E. 1989/1207, K. 1990/4122, “Özü: Borçlu kusurlu davranmışsa alacaklı, cezai şart miktarını aşan zararı da isteyebilir.”, **GÖKÇEOĞLU**, s. 146.

⁴⁰⁶ **BİLGE**, s. 122.

⁴⁰⁷ **BİLGE**, s. 122; **KOCAAĞA**, s. 233-234.

2. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Borçlunun taahhüdüne ne ölçüde uygun davrandığı ve özellikle borcun ihlalinin ağırlık derecesi, cezai şartın aşırılığının tespitinde göz önünde tutulması gereken diğer önemli bir husustur. Borca aykırılık ağır ise, cezai şart aşırı sayılmayabilir ve dolayısıyla indirilmesi de istenmeyebilir. Örneğin, bir kişi belirli bir yerde rekabet yapmama taahhüdünde bulunmuş ve bu taahhüdü cezai şartla bağlanmışsa, o kişinin, oraya en yakın bir yerde merkez yahut şube açarak rekabette bulunması veya aynı bina içinde bir rakip müessese kurması halinde borca aykırılık ağır sayılmalı ve bu gibi hallerde indirim talebi reddedilmelidir⁴⁰⁸. Buna karşılık korunmak istenen menfaate oranla borcun ihlali önemsiz veya hafif olarak nitelendirilebiliyorsa, cezai şartın indirilmesi yoluna gitmek uygun olur⁴⁰⁹. Örneğin rekabet yasağına sırf tesadüfen yahut bir kimseye iyilik olsun diye yardımda bulunurken aykırı davranılması halinde, rekabet fiili ağır sayılmamalı ve bunun sonucu olarak, indirim talebi kabul edilmelidir⁴¹⁰. Aynı şekilde, belli bir olayda korunan çıkarların tamamına kıyasla pek küçük bir aykırılık bulunması, cezai şartın indirilmesi için bir sebep oluşturabilir. Örneğin, müteaddit (birden fazla, çeşitli) borçlara aykırılık hali için bir tek cezai şart kararlaştırılır ve borçlu onlardan yalnız birine aykırılıkta bulunursa, borçların tamamı göz önünde tutulunca cezai şart aşırı görünmese bile, cezai şart ile bir tek borca aykırılık arasında hiçbir haklı oran kalmadığı takdirde cezai şart indirilebilir⁴¹¹.

Diğer taraftan, asıl borcun müspet bir edim olması ve bunun kısmen ifa edilmesi halinde de borca aykırılığın ağır sayılmaması ve dolayısıyla indirilmesi gerekebilir⁴¹². Nitekim Yargıtay⁴¹³ da kısmen ifayı, cezai şartın indirilmesini haklı gösteren nedenler arasında saymaktadır.

⁴⁰⁸ TUNÇOMAĞ, s. 147.

⁴⁰⁹ BİLGE, s. 122; KOCAAĞA, s. 234.

⁴¹⁰ BECKER, md. 163, N. 15; TUHR/SIEGWART, II, § 87, N. 69, (TUNÇOMAĞ, s. 147'den naklen).

⁴¹¹ BECKER, md. 163, N. 12/13; TUHR/SIEGWART, II, § 87, IV, (TUNÇOMAĞ, s. 148'den naklen).

⁴¹² GÜNAY, s. 191.

⁴¹³ YHGK. 08.03.1961 T. , E. 1961/4-2, K. 1961/10, "Cezai şartın indirilmesinde hâkimin gözetmek zorunda olduğu bazı prensipler vardır: c- Borçlunun kusurunun derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlık derecesi (ki borcun bir kısmının yerine getirilmiş olması hafifletici sebeplerden sayılır) de kullanılacak ölçülerdendir.", www.kararevi.com, e.t. : 12.12.2013.

3. Kusurun Ağırılığı

Dönme cezasının aşırılığının tespitinde borçlunun asıl borcu ifa etmemedeki kusurunun derecesi de dikkate alınmalıdır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 51. maddesinin birinci fıkrası (eski Borçlar Kanunumuzun 43. maddesinin birinci fıkrası) uyarınca, hâkim tazminat miktarını tespit ederken, borçlunun kusur oranını hesaba katmak zorundadır⁴¹⁴. Çünkü borca aykırı davranışın hafif kusura veya yardımcı şahsın fiiline dayanması hali (yeni TBK. m. 116 ve eski BK. m. 100) ile borçlunun zarar verme kasdına dayanması halinin farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması adalet duygusuna daha uygun düşer⁴¹⁵. Bu itibarla, cezai şartın aşırılığının tespitinde ve dolayısıyla indirilmesinde kusurun rol oynaması doğaldır⁴¹⁶.

Borçlu, kusursuzluğunu ispat ederek cezai şartı ödemekten kurtulabilmektedir. Bu nedenle, aşırılığın belirlenmesinde kusur miktarının rol oynayabilmesi, borçlunun ancak kusursuz olması halinde bile cezai şart ödeyeceğini taahhüt etmesi veya kusursuzluğuna rağmen bunu ispat edememesi ya da kusurlu olarak ifadan kaçınması hallerinde mümkündür⁴¹⁷.

Buna karşılık ağır kusur halinde, örneğin borçlunun hilekârlık, düzenbazlık yapması veya kin yahut intikam hırsıyla hareket etmesi halinde, ya indirim talebi tamamen reddedilir ya da pek düşük bir ölçüde kabul edilir⁴¹⁸. Şayet zararın doğmasında borçlunun kusuru yanında alacaklının da müterafik kusurunun bulunması, cezai şartın indirim sebepleri arasında sayılabilir. Örneğin, bir bira fabrikasının, gazinocuya taahhüt ettiği biraları eksik olarak teslim etmesi üzerine, gazinocunun, sözleşmeye aykırı olarak yalnız eksik miktarı değil, biraların tamamını

⁴¹⁴ Aslında sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin olan bu hüküm, yeni TBK. m. 114/f. II (eski BK. m. 98/f. II) uyarınca sözleşme sorumluluğuna da uygulanır. Yeni TBK. m. 114/f. II, "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır." şeklindedir.

⁴¹⁵ **BECKER**, md. 163, N. 16; **SEELIGER**, sh. 33, (**TUNÇOMAĞ**, s. 148'den naklen).

⁴¹⁶ YHGK. 09.10.1991 T. , E. 1991/15-340, K. 1991/467, "... Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. (...) Bu nedenlerle yüklenici olan davalının, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 471/f. I (eski BK. m. 356/f. I) maddesindeki özen borcuna, doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer.", www.turkhukuk sitesi.com, e.t. : 12.12.2013.

⁴¹⁷ **TUNÇOMAĞ**, s. 148-149.

⁴¹⁸ **BECKER**, md. 163, N. 16; **TUHR/SIEGWART**, II, § 87, N. 70; BGE 82 II, 147, (**TUNÇOMAĞ**, s. 149'dan naklen); **GÜNAY**, s. 192.

başka bir fabrikadan alması halinde, onun kusuru ortak kusur sayılır ve cezai şart indirilebilir⁴¹⁹.

Bununla birlikte kusurun hafif olması da mutlaka cezai şartta indirim yapılmasını gerektirmez. Örneğin, kusur hafif olsa da miktar itibarıyla aşırı görünmeyen cezai şart indirilememelidir⁴²⁰.

4. Tarafların Ekonomik Durumu

Aşırılığın tespitinde, tarafların ekonomik durumlarının ve özellikle borçlunun ödeme gücünün de dikkate alınması gerekir. Cezai şartın yerine getirilmesi borçlunun ekonomik yönden yıkımına sebep olmamalıdır⁴²¹.

Cezai şartın indiriminde tarafların ekonomik durumlarının dikkate alınması da borçlunun açık bir şekilde istismarına engel olacaktır. Gerçekten borçlu, içinde bulunduğu ekonomik durum gereği aşırı cezai şartları kabul etmek zorunda olabilir. Bu durumda olan borçlu, adil olmayan benzer yüklerden kurtarılmalıdır⁴²².

Herkesin ekonomik durumu aynı olmayacağına göre, ekonomik yönden eşit olan taraflar ile eşit olmayan taraflar arasında farklı bir işlem yapılması doğaldır⁴²³. Birbirine yakın veya ekonomik yönden eşit durumda bulunanlar arasında kararlaştırıldığı zaman aşırı görünmeyen bir cezai şart, ekonomik yönden zayıf bir kimse (örneğin, işçi) tarafından taahhüt edildiğinde aşırı görünebilir⁴²⁴.

Tarafların ekonomik durumlarının belirlenmesinde, borçlunun borca aykırı hareketten elde edeceği menfaatin de göz önünde bulundurulması gerekir⁴²⁵. Borcun ihlalden dolayı önemli bir menfaat sağlayan veya sağlayabilecek olan borçlunun ağır bir cezai şart ödemesi adalet ve hakkaniyete aykırılık oluşturmamalıdır. Buna

⁴¹⁹ **BECKER**, md. 163, N. 16; **SCHOCH**, sh. 42, (**TUNÇOMAĞ**, s. 149'dan naklen); ayrıca bkz. **KOCAAĞA**, s. 236.

⁴²⁰ **BECKER**, md. 163, N. 16, (**TUNÇOMAĞ**, s. 149'dan naklen).

⁴²¹ **KOCAAĞA**, s. 236.

⁴²² **GÜNAY**, s. 193; **TUNÇOMAĞ**, s. 149.

⁴²³ **BİLGE**, s. 123.

⁴²⁴ **TUNÇOMAĞ**, s. 149; **KOCAAĞA**, s. 237; **GÜNAY**, s. 193.

⁴²⁵ **BECKER**, Art. 163 OR, N. 17; **SCHOCH**, sh. 67, (**KOCAAĞA**, s. 237'den naklen); ayrıca bkz. **BİLGE**, s. 123.

karşılık, borçlunun borcun ihlalden elde ettiği veya edeceği menfaatin az olması, diğer sebeplerle birlikte, cezai şartın indirilmesinde etkili olabilir⁴²⁶.

Ancak hâkim, aşırılığın tespitinde, cezai şartın borcun yerine getirilmesinde borçlu üzerinde yaptığı manevi baskıyı da gözetmelidir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak bir indirimden kaçınması gerektiğine değinilmiştir⁴²⁷.

5. Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak An

Aşırılığın belirlenmesinde esas alınacak zaman konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. İleri sürülen zamanlar şunlardır: Cezai şart anlaşmasının yapıldığı gün, cezai şartın muacceliyet kazandığı an (muacceliyet tarihi) ve mahkemenin karar verdiği andır (dava tarihi veya karar günü).

Doktrinde bu zamanlardan birisinin seçimi konusunda bir fikir birliği yoktur. Düşüncemize göre aşırılığın tespitinde, mahkemenin karar verdiği anın esas alınması daha uygundur. Çünkü bu an esas alındığında, cezai şart anlaşmasının yapılmış bulunduğu andan, cezai şartın ödenmesi anına kadar geçen süre içinde her iki taraf açısından meydana gelen tüm değişikliklerin göz önünde tutulması imkânı vardır⁴²⁸. Bu itibarla en son duruşma günündeki hukuki ilişkiler dahi incelenerek hâkim duruma, tarafların elde ettiği menfaatlere göre cezai şart miktarında aşırılığın bulunup bulunmadığını en doğru şekilde deđerlendirebilecektir⁴²⁹.

⁴²⁶ **BİLGE**, s. 123; YHGK. 08.03.1961 T. , E. 1961/4-2, K. 1961/10, "Cezai şartın indirilmesinde hâkimin gözetmek zorunda olduğu bazı prensipler vardır: b- İndirmede tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, göz önünde tutulmalıdır.", www.kararevi.com, e.t. : 12.12.2013.

⁴²⁷ Y. 13. HD. , 28.03.2002 T. , E. 2002/984, K. 2002/3296, "Özü: Tarafların kararlaştırdığı cezai şartın, taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyete aykırı bulunması durumunda, aşırı olan cezai şart miktarı hâkim tarafından indirilmelidir. Bunun için, alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile cezai şart olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesi ile borçlunun ekonomik durumunun göz önünde tutulması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde, cezai şart miktarının borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınılmalıdır.", www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

⁴²⁸ **EKİNCİ**, s. 325.

⁴²⁹ **TUNÇOMAĞ**, s. 151.

E. BORÇLUNUN İNDİRME TALEBİNDE BULUNMASI

Aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilebilmesi için borçlunun bir talepte bulunmasının gerekip gerekmediği, eğer böyle bir talep gerekli ise, bunun ne şekilde yapılacağı konusunda yeni TBK. m. 182/f. III'te bir düzenleme mevcut değildir⁴³⁰. Bu nedenle doktrin ve uygulama birbirinden farklıdır.

Doktrinde bazı yazarlar, yeni TBK. m. 182/f. III'ün ifadesinden yola çıkarak, bu hükmün kamu düzeni ile ilgili olduğu sonucuna varmaktadırlar⁴³¹. Bu görüşe göre, aşırı cezai şartın indirilmesi için borçlunun talepte bulunmasına gerek yoktur. Hâkim, borçlunun gıyabında dosya içeriğinden cezai şartın fahiş olduğunu tespit edecek olsa dahi cezai şartı re'sen indirmekle yükümlüdür⁴³². Uygulamada benimsenen görüş de bu yöndedir⁴³³.

Diğer bir görüşe göre ise, hâkim aşırı cezai şart miktarını sadece borçlunun talebi üzerine indirebilir⁴³⁴. Başka bir deyişle, borçlunun talebinin bulunmadığı durumda hâkimin kendiliğinden indirim yapmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

TUNÇOMAĞ ve *KOCAAĞA*'ya göre, borçlunun indirme talebi bulunmadan hâkim aşırı cezai şartı re'sen indirememelidir. Çünkü indirme hakkının yenilik doğurucu bir hak olduğunun kabulü durumunda bunun bir irade beyanı ile kullanılması yani bu hakka sahip olanın, aşırı cezai şartın indirilmesini istemesi mümkündür. Bu itibarla bu görüş taraftarları, indirme hakkını yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirdikten sonra, hâkimin, borçlunun talebi olmaksızın, re'sen

⁴³⁰ Buna karşılık, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinde (6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesini karşılamaktadır.), "Tacir sıfatını haiz bir borçlu fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez." denilmek suretiyle, indirim için talepte bulunulmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

⁴³¹ Bu görüşte: **ÇINAR, Ömer**, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'na Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009, s. 102, www.iticu.edu.tr, e.t. :11.12.2013; YHGK. 02.10.2002 T. , E. 2002/9-596, K. 2002/662, "Özü: Cezai şart kamu düzeni ile ilgili olup ticari olmayan işlemlerde taraflar ileri sürmese bile hâkim yeni TBK. m. 182/son (eski BK. m. 161/son) maddesi gereğince fahiş gördüğü cezai şarttan indirim yapılıp yapılamayacağını re'sen (kendiliğinden) gözetmek zorundadır.", **GÖKÇEOĞLU**, s. 184.

⁴³² **FEYZİOĞLU**, s. 403; **AYAN**, s. 68; **REİSOĞLU**, s. 413; **KARAHASAN**, s. 1403; **UÇAR**, s. 114; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 911-912; **EREN**, s. 1190; **GÜNAY**, s. 202.

⁴³³ Y. 15. HD. , 21.11.2005 T. , E. 2004/6973, K. 2005/6177; Y. 13. HD. , 20.05.2008 T. , E. 2008/1958, K. 2008/6943; Y. 15. HD. , 26.06.2009 T. , E. 2008/7818, K. 2009/3871, www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

⁴³⁴ **TUNÇOMAĞ**, s. 151 vd. ; **KOCAAĞA**, s. 239 vd. ; **EKİNCİ**, s. 326-327; **TUNÇOMAĞ**, Borçlar Hukuku, s. 532; **ARKAN**, s. 96.

indirim yoluna gidebileceğini kabul etmenin mümkün olmadığını ve aksi durumda çelişkiye düşüleceğini ileri sürmektedirler⁴³⁵.

Oysa, Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrasında, "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." şeklinde bir düzenleme öngörülerek, hâkimin aşırı cezai şartı indirebilmesi için, borçlunun talebine ihtiyaç duymayacağı, bu hususta re'sen hareket etmek zorunda olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır.

O halde, hâkim cezaî şartın aşırı olup olmadığını re'sen takdir etmekle yetkili olduğu için, davanın her aşamasında mahkemece bu konuda bir karar verilebilir. Cezai şartın indirilmesini istemeyen borçlu, davanın her aşamasında, bunu ileri sürebilir ve bu savunma karşısında alacaklı, davanın genişletilmesi yasağını ileri süremez⁴³⁶. Bunun yanında, borçlu aynen irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi, cezai şartın indirilmesini talep hakkından önceden vazgeçemez. Buna karşılık, adı geçen hükmün emredici mahiyeti, bu hakkın doğmasından sonra vazgeçilmesine engel değildir⁴³⁷.

F. BORÇLUNUN TACİR OLMAMASI

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu m. 22'ye göre, "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin ikinci fıkrasıyla (eski Borçlar Kanununun 104. maddesinin ikinci fıkrasıyla) 182. maddesinin üçüncü fıkrasında (eski Borçlar Kanununun 161. maddesinin üçüncü fıkrasında) ve 525. maddesinde (eski Borçlar Kanununun 409. maddesinde) yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Bu madde, hâkime cezai şartı indirme yetkisi veren yeni TBK. m. 182/f. III hükmüne bir istisna oluşturmaktadır. Dolayısıyla tacir sıfatını haiz bir borçlu, tacir olmanın bir sonucu olarak Borçlar Kanununda öngörülen bu koruyucu hükümden yararlanamamaktadır.

⁴³⁵ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 152; KOCAAĞA, s. 240.

⁴³⁶ ÇINAR, s. 102, www.iticu.edu.tr, e.t. :11.12.2013.

⁴³⁷ BİLGE, s. 119; GÜNAY, s. 202; TUNÇOMAĞ, s. 159; REİSOĞLU, s. 414; UÇAR, s. 114-115; AYAN, s. 68.

Yeni TTK. m. 22 hükmünün uygulanması için, cezai şartın ticari bir borç hakkında kararlaştırılmış olması yetmez; aynı zamanda borçlu tacir sıfatını taşımalıdır. Çünkü tacir olmayan kişilerin ticari nitelikteki işlemlerinden doğan borçları için kararlaştırılan cezai şartlar yeni TBK. m. 182/f. III uyarınca indirilebilir⁴³⁸. O halde yeni Türk Ticaret Kanunu'nun taciri tanımlayan 12. maddesine göre, indirim isteyen kişinin tacirlik sıfatına sahip olup olmadığının araştırılması gerekmektedir⁴³⁹. Yeni TTK. m. 12/f. I'e (eski TTK. m. 14'e) göre, "Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimseye tacir denir". Buna göre, gerçek kişilerde tacir sıfatının kazanılabilmesi için, bir ticari işletme mevcut olmalı ve bu işletme kısmen dahi olsa belli bir kişi adına işletilmelidir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ise, bir ticari işletme açtığını ilan eden kişiyi, henüz fiilen çalışmaya başlamamış olsa bile, tacir saydığı gibi (yeni TTK. m. 12/f. II ve eski TTK. m. 14/f. II); bir ticari işletme açmış gibi hareket edeni de, yalnız iyiniyetli üçüncü kişiler yönünden tacir gibi sorumlu tutmuştur (yeni TTK. m. 12/f. III ve eski TTK. m. 14/f. III)⁴⁴⁰.

Tüzel kişiler bakımından ise, yeni TTK. m. 16/f. I (eski TTK. m. 18/f. I), ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilâyet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tacir sayılacağını hükme bağlamıştır.

Tacir sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas alınacak an, cezai şartın muaccel olduğu an değil, taahhüt edildiği andır. Bu nedenle, borçlu cezai şartı taahhüt ettikten sonra tacir sıfatını kazanmışsa, cezai şartın indirilmesini isteyebilir. Buna karşılık, cezai şart taahhüdünde bulunan borçlu o sırada tacirse, o zaman cezai şartın indirilmesini isteyemeyecektir⁴⁴¹.

Tacirin aşırı cezai şartı indirme talebinde bulunamayacağını hükme bağlayan yeni TTK. m. 22'de (eski TTK. m. 24'te), cezai şartla temin edilen borcun tacirin ticari işletmesiyle ilgili olması gerekip gerekmediği yolunda bir hüküm

⁴³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 913.

⁴³⁹ Y. 13. HD. , 28.01.2002 T. , E. 2001/12705, K. 2002/696, "Özü: Yeni TBK. m. 182/f. III (eski BK. m. 161/f. III), hâkime fahiş gördüğü cezai şartı indirme yükümlülüğünü vermiştir. Davalının tacir olup olmadığı araştırılarak borçlu davalının tacir olmadığı tespit edilince cezai şartın aşırı olup olmadığı tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.", www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

⁴⁴⁰ Bkz. KOCAAĞA, s. 257.

⁴⁴¹ KOCAAĞA, s. 258; TUNÇOMAĞ, s. 176-177.

bulunmamaktadır. Düşüncemize göre de, cezai şartın indirilemeyeceğine ilişkin kuralın, yeni TTK. m. 18/f. II'de (eski TTK. m. 20/f. II'de) öngörülen basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün doğal bir uzantısı olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin yalnız ticari işletmesine ait faaliyetleri nedeniyle taahhüt ettiği cezai şartlar bakımından uygulanmasını kabul etmek uygun olur⁴⁴². Zaten tüzel kişi tacirlerin adi sahaları bulunmadığından, yani bunların her türlü işlemi ticari olduğundan, bu tür tacirler bakımından yeni TTK. m. 22 (eski TTK. m. 24) mutlak olarak uygulanır ve dolayısıyla cezai şartın indirilmesi söz konusu olamamaktadır.

Bir tacirden ancak kendi ticaret alanına özgü incelikleri bilmesi beklenebilir. O halde, bir tacir, cezai şarta bağlanmış borcunun ticari bir borç olmadığını ispat ederse, bu takdirde yeni TTK. m. 22 hükmü uygulanmaz ve yeni TBK. m. 182/f. III'e göre hâkimden aşırı cezai şartın indirilmesini isteyebilir. Çünkü aşırı cezai şartın indirilemeyeceği hükmü, sadece tacir olmaya değil aynı zamanda bir tacirin ticari borçlarına bağlanan bir sonuçtur⁴⁴³. Ancak yeni TTK. m. 19/f. I'de (eski TTK. m. 21/f. I'de) öngörülen ticaret karinesi burada da uygulanır. Bu maddeye göre, "Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır". Başka bir deyişle, tacirin yapmış olduğu işlem ve anlaşmaların onun ticari işletmesiyle ilgili olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adi sayılmasına halin icabı müsait olmazsa, işlem yine ticari sayılır ve bu işlem nedeniyle taahhüt edilen cezai şart, aşırı dahi olsa indirilemez⁴⁴⁴.

Tacir sıfatını haiz borçlular için cezai şart miktarı sadece yeni TBK. m. 27'deki ahlâka aykırılık kavramı ile sınırlandırılmıştır. Doktrinde, tacir sıfatını haiz borçlunun, cezai şart miktarının ekonomik yönden yıkımına neden olacak derecede yüksek olduğu, bu nedenle ticari kişilik hakkına, adalet ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle tamamen geçersiz sayılması yanında, makul düzeye indirilmesini isteyebileceği de kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Yargıtay da, cezai şart miktarının tacir sıfatını haiz borçlunun ekonomik yönden yıkımına neden olacak

⁴⁴² **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. B. , Ankara, 2004, s. 138-139, (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku); **KOCAAĞA**, s. 259; **TUNÇOMAĞ**, s. 177.

⁴⁴³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 913-914.

⁴⁴⁴ **ARKAN**, Ticari İşletme Hukuku, s. 139; **KOCAAĞA**, s. 259.

⁴⁴⁵ **KOCAAĞA**, s. 264; **EREN**, s. 1189; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 357-358; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 913.

derecede yüksek olması halinde, hâkim tarafından tamamen ortadan kaldırılacağı veya kısmen iptal edileceği içtihadında bulunmuştur⁴⁴⁶.

Hâkim görüşe göre, cezai şart anlaşmasının içeriğinin sakat olması halinde, bunun tamamı batıl olur. Bu görüş uyarınca, miktarı yönünden ahlâk ve adaba aykırı bir cezai şartın yalnızca ahlâk ve adaba aykırılık oluşturan kısmı batıl sayılarak, diğer kısmı geçerli kabul edilememektedir. O halde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, cezai şart miktarı, tacir sıfatını haiz borçlunun ekonomik özgürlüğünü yok edecek veya ağır şekilde kısıtlayacak ya da ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek derecede yüksek ise, tamamen batıl olur⁴⁴⁷.

Yeni TTK. m. 22'nin uygulamasının istisnası ise hizmet akitleridir. İşveren ile işçi arasındaki sözleşme, İş Kanunundan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine tabi olan bir hizmet akdidir. YHGK.'nun bir kararında, tacir olan işveren ile işçi arasındaki ilişki ticari iş niteliğinde olmayıp, İş Kanununa göre hizmet akdi olduğundan olayda yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanmayacağı ve dolayısıyla yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrasına göre cezai şarttan uygun bir miktar indirim yapılacağı kabul edilmiştir⁴⁴⁸.

V. DÖNME CEZASININ İNDİRİLMESİNE İLİŞKİN USUL İŞLEMLERİ

A. İNDİRİM İÇİN BAŞVURU

Borçlu, aşırı cezai şartın indirim talebini ya mahkeme ya da hakem önünde ileri sürebilecektir. Aşırı dönme cezasını indirme yetkisi ve görevi, kural olarak mahkemelere aittir. Kanun indirim davası için ayrı bir mahkeme tayin etmediğinden, yetkili ve görevli mahkeme genel hükümlere göre belirlenmelidir. Buna göre, borçlu bağımsız olarak indirim davası açacaksa, bu davasını, 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasına göre, genel yetkili

⁴⁴⁶ YHGK. , 20.03.1974 T. , E. 1970/1053, K. 1974/222, “Özü: Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlâka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmelidir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir şart iptal edilir.”, www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

⁴⁴⁷ KOCAAĞA, s. 264.

⁴⁴⁸ YHGK. , 02.10.2002 T. , E. 2002/9-596, K. 2002/662; aynı şekilde, YHGK. , 02.02.2005 T. , E. 2004/9-759, K. 2005/9, GÖKÇEOĞLU, s. 184, 193.

mahkeme olan davalı (alacaklı) gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde açmak zorundadır⁴⁴⁹ (eski HUMK. m. 9/f. I, c. 1). Fakat yeni HMK. m. 9'a göre, "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir (eski HUMK. m. 9/f. I, c. 2). Ancak, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir" (eski HUMK. m. 16). Eğer borçlu, indirim davasını, alacaklının açmış olduğu ifa davasına karşı bir karşılık dava şeklinde açacaksa, bunu cevap süresi içinde asıl davanın açıldığı mahkemede açmak zorundadır⁴⁵⁰. Zira, yeni HMK. m. 13'e göre, "Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir" (eski HUMK. m. 14).

Gerçek veya tüzel kişinin çeşitli yerlerde şubesi varsa, o şubeye karşı taahhüt edilmiş olan cezai şarttan dolayı, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde dahi indirim davası açılabilir (yeni HMK. m. 14/f. I; eski HUMK. m. 17, c. 1). Bununla birlikte tüzel kişilerin kendi işleriyle ilgili olmak üzere üyelerine karşı açacakları cezai şartın ifası davası da, bu tüzel kişilerin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir (yeni HMK. m. 14/f. II; eski HUMK. m. 17, c. 2).

Dönme cezasının indirilmesi davasında görevli mahkeme de genel hükümlere göre belirlenir. Eski HUMK. m. 8/f. I'e göre, malvarlığından doğan değer veya miktarı 7780 TL.'yi geçmeyen (7780 TL. dâhil) davaların sulh hukuk mahkemesinde; 7780 TL.'yi geçen davaların ise asliye hukuk mahkemesinde açılması gerekiyordu. Ancak 6100 sayılı yeni HMK. m. 2/f. I'de bu durum şu şekilde düzenlenmiştir: "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir".

Borçlu, aşırı cezai şartın indirim talebini hakem önünde de ileri sürebilir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, cezai şartın indirilmesi konusunda hakeme gidilebileceğini de kabul etmek gerekir⁴⁵¹. Bir hak üzerinde uyuşmazlığa

⁴⁴⁹ Cezai şartı dava eden alacaklı da aynı şekilde hareket etmek zorundadır. Bununla birlikte yeni HMK. m. 10'a göre, "Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir".

⁴⁵⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 160; KOCAAĞA, s. 243.

⁴⁵¹ TUNÇOMAĞ, s. 161; KOCAAĞA, s. 245.

düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasına *tahkim*; uyuşmazlığın çözümlenmesi kendilerine bırakılmış olan bu özel kişilere de *hakem* adı verilmektedir⁴⁵². Yeni HMK. m. 408'e göre, "Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir" (eski HUMK. m. 518). Bu hükümden anlaşıldığı gibi iki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yoluyla serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkime gidilemez. Buna karşılık, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için tahkim mümkündür. O halde, taraflar aralarındaki uyuşmazlık üzerinde serbestçe anlaşabiliyorlarsa ve bu anlaşma bir mahkeme kararı olmaksızın geçerliyse, tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Cezai şart yönünden baktığımızda da durum farklı değildir. Gerçekten taraflar, cezai şartın aşırı olup olmadığı konusunda anlaşmakta tamamen serbesttirler. Onların serbestçe kararlaştıramayacakları husus, borçlunun cezai şartın aşırılığını ileri sürme hakkını sınırlandırmak veya ortadan kaldırmaktır⁴⁵³. O halde taraflar, cezai şartın miktarı üzerinde çıkacak anlaşmazlıkların çözümlenmesi konusunda tahkim yoluna başvurabilirler⁴⁵⁴.

B. İNDİRİM TALEBİNDE BULUNMA ŞEKLİ

İndirim hakkı, diğer yenilik doğuran haklardan farklı olarak, bir dava veya def'i şeklinde kullanılmalıdır. Buna göre borçlu, ya alacaklının açtığı eda davasından bağımsız olarak açacağı bir davayla cezai şartın indirilmesini ister ya da alacaklının açtığı eda davası karşısında, cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürer. Birinci halde, indirim hakkı bir dava ile kullanılmış olur ve bu dava yenilik doğuran bir davadır. İkinci halde ise, yazarların görüşleri birbirinden farklıdır. Gerçekten borçlunun aşırılığı, bir def'i şeklinde ileri sürebileceğini kabul edenler olduğu gibi⁴⁵⁵; indirim

⁴⁵² Bkz. **KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 14. B. , Ankara, 2003, s. 933.

⁴⁵³ **TUNÇOMAĞ**, s. 162; **KOCAAĞA**, s. 245.

⁴⁵⁴ Aksi görüşte, **GÜNAY**, s. 203-204.

⁴⁵⁵ **SCHERRER**, sh. 32; **BETZ**, sh. 19 vd. ; **STAUDINGER/KADUK**, § 343 BGB, N. 33; **ENNECCERUS/LEHMANN**, sh. 164, (**KOCAAĞA**, s. 245'ten naklen).

talebinin bir karşılık dava şeklinde yapılmasını zorunlu görenler de vardır⁴⁵⁶. Bizce de, indirim talebi alacaklının ifa davasına karşı ileri sürülecekse, bunun mutlaka karşılık dava şeklinde yapılması zorunlu olmayıp, def'i şeklinde de ileri sürülebilmesi mümkündür. Aksi takdirde borçlunun indirme isteğinin karşılık dava şeklinde yapılmasının zorunlu görülmesi, onun yükünü arttırmaktan başka bir işe yaramamaktadır. Çünkü karşılık dava açan borçlu, mahkemeye dava dilekçesi vermek zorunda olduğu gibi dava harçlarını da yatırmak zorundadır. Oysa def'i yolunun kabul edilmesi halinde bu zorluklar ortadan kalkabilecektir⁴⁵⁷.

C. İNDİRİM KARARI VE HÜKMÜ

Davalar, mahkemeden talep edilen hukuki korunmanın türüne göre eda (ifa) davaları, tespit davaları ve yenilik doğuran (inşâî) davalar olmak üzere üçe ayrılır.

Eda davasında davacı, davalının bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm edilmesini ister⁴⁵⁸. Buna karşılık tespit davasında ise davacı, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine karar verilmesini ister⁴⁵⁹. Nihayet bir inşâî davayla ise davacı, ya mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını ya da yeni bir hukuki durumun yaratılmasını ister. Bu tür davalara inşâî, yenilik doğuran dava; dava sonunda verilen hükme de inşâî (yenilik doğuran) hüküm denir. İnşâî davalar, kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir⁴⁶⁰.

Aşırı cezai şartın indirilmesi davasında hâkim, hukuken geçerli şekilde yapılmış olan bir sözleşmeye, kendi kanaatine ve takdirine göre müdahale etmektedir. Hâkimin buradaki takdir yetkisi, inşâî yönde karar almaya yönelik bir yetkidir. Çünkü taraflar arasındaki kurulmuş olan hukuki ilişki hâkim kararıyla değiştirilmektedir⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ SEELIGER, sh. 39 vd. , (KOCAAĞA, s. 245'ten naklen).

⁴⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s. 162-163; KOCAAĞA, s. 245-246.

⁴⁵⁸ Ayrıca bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 324-326; EREN, s. 1029.

⁴⁵⁹ Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 326-331.

⁴⁶⁰ Bkz. EREN, s. 67; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 331-335.

⁴⁶¹ KOCAAĞA, s. 253.

Doktrinde hâkim görüş, cezai şartın indirimi davasının inşâî dava ve indirim kararının da inşâî karar olduğu yönündedir⁴⁶². Bizce de, aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin dava, mevcut hukuki durumda bir değişiklik yapılması istendiği ve dava sonunda verilecek olumlu kararlar yeni bir hukuki durum yani tarafların hukuki ilişkilerinde bir değişiklik meydana getireceği için inşâî bir davadır. Hâkim indirme kararıyla yeni bir durum yaratmakta, böylece aşırı cezai şartın miktarını kendi takdirine uygun bir miktara indirmektedir⁴⁶³.

Borçlu aşırı cezai şartın indirilmesi talebini bir dava ile yapmış ise, bu durumda mahkemenin vereceği karar, bir “nihaî karar”⁴⁶⁴ şeklinde kabul edilmelidir. Buna karşılık borçlu, cezai şartın indirilmesini bir karşılık davayla değil de, def’i yoluyla ileri sürerse, mahkeme kararının bir “ara kararı”⁴⁶⁵ olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir inşâî karar olan indirim kararının kesinleşmesiyle birlikte, istenilen hukuki değişiklik kendiliğinden meydana gelmiş olur. Bu değişiklik ile taraflarca kararlaştırılan cezai şart, mahkeme kararıyla uygun bir miktara indirilir. Buna karşılık, indirim davasının reddine ilişkin karar, aksine bir hüküm yoksa, yalnız taraflar arasında ve sadece son duruşmada mevcut olan maddi durum için kesin hüküm etkisi doğurur. Ayrıca bu red kararı, inşâî bir hüküm olmayıp, eda ve tespit davalarında verilen hükümler gibi, bir tespit hükmüdür. Zira bu red hükmüyle, davacının varlığını iddia ettiği inşâî hakkın mevcut olmadığı tespit edilmiş olur; yoksa yeni bir hukuki durum yaratılamaz⁴⁶⁶.

⁴⁶² Bkz. **KOCAAĞA**, s. 253.

⁴⁶³ **TUNÇOMAĞ**, s. 167.

⁴⁶⁴ Yargılamaya son veren ve hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlara “*nihaî karar*” denir. Davayı esastan çözümlleyen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren nihaî kararlara ise “*hüküm*” adı verilir. Bununla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 540 vd.

⁴⁶⁵ Yargılamaya (davaya) son vermeyen, aksine onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlara, “*ara kararları*” denir. Hâkim bir ara kararıyla davadan elini çekmeyip, aksine davaya devam eder. Ara kararları, davayı sona erdirmediklerinden (nihaî karar olmadığından), yalnız başlarına temyiz edilemezler; ancak asıl hüküm ile birlikte temyiz edilebilirler. Bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 539-540.

⁴⁶⁶ **KOCAAĞA**, s. 254-255.

VI. DÖNME CEZASININ TAMAMEN KALDIRILMASI

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 182. maddesinin son fıkrasında, sadece hâkimin aşırı olan cezai şartı indirebileceği belirtilmiş, hâkime cezai şartı tamamen kaldırma yetkisi tanınmamıştır. Türk Hukuku'nda çoğunlukla yazarlar, hâkimin indirme yetkisini, hiçbir zaman cezai şartın tamamıyla kaldırılması yönünde, kullanamayacağını kabul etmektedirler⁴⁶⁷. Çünkü indirim hakkı, cezai şart miktarının zarara uygun olmasını sağlamak için değil de, borçlunun adalet ve hakkaniyet esaslarıyla bağdaşmayacak şekilde güç durumda bırakılmasına engel olmak amacıyla getirilmiştir. Nasıl ki, zararın olmaması borçluyu, cezai şartı ödemekten kurtarmıyorsa, aynı durumun aynı sebeple, cezai şartın tamamının kaldırılmasına engel olması doğaldır⁴⁶⁸.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 182. maddesinin son fıkrasında, aynı Kanunun 52. maddesinin⁴⁶⁹ (eski Borçlar Kanununun 44. maddesinin) aksine, sadece indirimden söz edilmiş olması da kanun koyucunun amacının, cezai şartın tamamen kaldırılması yönünde olmadığını göstermektedir⁴⁷⁰. Uygulamada Yargıtay bir kararında cezai şartın tamamen kaldırılmasının mümkün olmadığını açıkça ifade etmiştir. Nitekim Yargıtay 15. HD. , 27.03.2002 T.'li bir kararında⁴⁷¹, “Davalı yararına indirim, davacı yararına ise indirim sonucu kalacak cezai şarta hükmedilmesi bakımından kazanılmış hak doğmuş ve Borçlar Kanununun ilgili maddesinde “indirim” öngörölmüş olmasına göre cezai şartın tamamen kaldırılmış olması hukuka aykırıdır.” denilmektedir.

Düşüncemize göre de, sözleşme serbestisi ve pacta sund servanda (ahde vefa) ilkelerini sınırlayan ve hâkime sözleşmeyi denetleme yetkisi veren hükmün dar yorumlanması ve hâkimin aşırı cezai şartı tamamen kaldıramayacağı kabul edilmelidir⁴⁷².

⁴⁶⁷ BİLGE, s. 124; OĞUZMAN/ÖZ, s. 912; TUNÇOMAĞ, s. 158; KANIK, s. 1079.

⁴⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 158; EKİNCİ, s. 331.

⁴⁶⁹ Yeni TBK. m. 52/f. I'e göre, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir”.

⁴⁷⁰ BİLGE, s. 124; TUNÇOMAĞ, s. 158.

⁴⁷¹ Y. 15. HD. , 27.03.2002 T. , E. 2002/1191, K. 2002/1413, www.hukukturk.com, e.t. : 16.12.2010.

⁴⁷² BİLGE, s. 124; EKİNCİ, s. 331.

§ 2. DÖNME CEZASININ SONA ERMESİ

Dönme cezası ile taraflar arasında borç doğurucu bir işlem yapıldığından borçların sona ermesine ilişkin hükümler cezai şartın bir türü olan dönme cezası için de uygulanacaktır. Dönme cezası, muaccel oluncaya kadar fer'i borç niteliğindedir; ancak muacceliyetten sonra bağımsız bir borç halini alır. Her iki durum açısından da cezai şartın sona ermesi bir takım özellikler arz etmektedir. Bu nedenle, asıl borca bağımlı ve asıl borçtan bağımsız sona erme açısından ayırım yapmak gerekmektedir.

I. DÖNME CEZASININ ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ

Dönme cezasının bağılı bulunduğu asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, onun fer'i olan dönme cezası da sona erer. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 131. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere, "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağılı hak ve borçlar da sona ermiş olur".

Asıl borcun; ifasının yanı sıra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, takas, yenileme, borcun ifasında imkânsızlık, feragat, ibra veya ileri sürülmüş olmak kaydıyla zamanaşımı gibi bir nedenle sona ermesi durumunda hukuki niteliği cezai şart olan dönme cezası da asıl borca bağılı olarak sona erecektir⁴⁷³. Ancak asıl borç, sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezai şartın ifası istenemeyecektir (eski BK. m. 161/f. II ve yeni TBK. m. 182/f. II).

Yeni TBK. m. 152 (eski BK. m. 131), "Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağılı faiz ve diğer fer'i alacaklar da zamanaşımına uğramış olur." hükmünü haizdir. Bu hükme göre, asıl alacak zamanaşımına uğrarsa, ona bağılı olan fer'i hakkın kendisine ilişkin zamanaşımı süresi dolmamış olsa dahi geçmiş günler faizi, sermaye faizi ve cezai şart gibi fer'i alacaklar da asıl alacağa bağılı olarak zamanaşımına uğramış olurlar⁴⁷⁴.

⁴⁷³ GÜNAY, s. 233; TUNÇOMAĞ, s. 183.

⁴⁷⁴ Bkz. EKİNCİ, s. 364.

II. DÖNME CEZASININ ASIL BORCA BAĞLI OLMAKSIZIN SONA ERMESİ

Cezai şartın bir türü olan dönme cezasının muaccel olduğu andan itibaren asıl borca bağlılığı ortadan kalkmakta ve dönme cezası bağımsız bir borç halini almaktadır. Asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi ya da dönme cezasına dayanarak borçlunun dönme hakkını kullanmasıyla cezai şart muaccel hale gelmekte ve hükümlerini doğurmaya başlamaktadır. Diğer bir ifadeyle muaccel olmayan cezai şart, asıl borca bağlı olarak sona erdiği halde; muaccel olan cezai şart, asıl borca bağlı olmaksızın sona ermektedir⁴⁷⁵.

Cezai şart olan dönme cezası da herhangi bir alacak gibi ifa ile sona erer. Ancak ifa yanında takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, yenileme, sonraki imkânsızlık ve zamanaşımı da cezai şartı sona erdirir. Borçlunun dönme cezasından vazgeçmesi (feragati) ve ibra sözleşmesi de bu sebeplere eklenmelidir⁴⁷⁶.

Kanun cezai şart hakkında ayrı bir süre ortaya koymadığına göre, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (eski Borçlar Kanununun 125. maddesi) uyarınca muaccel olduğu tarihten itibaren dönme cezasının da on senede zamanaşımına uğradığını kabul etmek gerekir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ EKİNCİ, s. 364.

⁴⁷⁶ Bkz. ve karşı. TUNÇOMAĞ, s. 182.

⁴⁷⁷ Karşı. TUNÇOMAĞ, s. 182.

SONUÇ

Hukuki işlem ve anlaşmalar sonunda, borcun temin edilmesi, karşılıklı güven duygusunun güçlenmesi, hukuki alanda dengenin sağlanması ve alacaklının alacağı yanında onu kuvvetlendiren başka vasitalardan da yararlanmak durumunda kalması cezai şartın ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ödemeyi önceden taahhüt ettiği bir edimdir.

Cezai şart ile asıl borç arasındaki ilişki değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Borçlar Kanunumuz, borca aykırılığın niteliğinden yola çıkarak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklıya asıl edim ya da cezadan birini seçme hakkı tanırken (yeni TBK. m. 179/f. I), borcun belirlenen yer veya zamanda ifa edilmediğinde ceza ve asıl edimin birlikte istenebileceğini (yeni TBK. m. 179/f. II) düzenlemiştir. Yeni TBK. m. 179/f. III'te yer alan dönme cezası ise, adeta m. 179/f. I'deki seçimlik cezai şartın hükümlerini borçlu lehine çevirerek, borçluya kararlaştırılan cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır.

Cezai şartın bir türü olan dönme cezasının en önemli işlevi, borçluya önceden belirlenmiş bir tutarı ödemek suretiyle, tek taraflı olarak sözleşmeden dönme imkânı vermektir. Dönme cezasında borçlu, cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönebileceği gibi bunu yapmayıp ifa borcunu da yerine getirebilir. Yani dönme cezasında borçlunun iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, asıl edimin yerine getirilmesi yani ifa borcu; ikincisi de, borçlunun kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönebilmesidir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtildiği gibi borçlu, cezayı ödemeyi teklif edip sözleşmeden dönerse artık asıl edimin yerine getirilmesi kendisinden beklenemez; çünkü cezai şartı (yani dönme cezasını) ödeyerek, sözleşmeyi ifa yükümlülüğünden kurtulmuştur. Yalnız maddenin üçüncü fıkrası, borçlu için cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkını ispat salâhiyetini saklı tutmuştur. Yani borçlu kararlaştırılan miktarın dönme cezası olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Borçlunun, dönme cezasının varlığını ispat

edememesi durumunda alacaklı lehine olarak seçimlik cezai şarttan söz etmek gerekmektedir.

Şunu da belirtmek isteriz ki doktrinde haklı olarak, borçlu, cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını ispat edemediği takdirde, alacaklı lehine karar vermek yani alacaklının ceza veya ifadan birini seçmek veya hatta bunları birleştirmek hakkının mevcudiyeti neticesini çıkarmak gerektiği de savunulmaktadır.

Bu hususların yanı sıra, yeni TBK. m. 179/f. III'te düzenlenmiş bulunan dönme cezasının hukuki niteliğinin ne olduğu, muaccel olmadan ya da olduktan sonraki hükümleri, fahiş olması durumunda indirilip indirilemeyeceği konuları birbirinden farklı birçok görüşün ileri sürülmesine neden olmaktadır. Çalışmamızda bu gibi sorunlar üzerinde durarak, uygulama ve doktrindeki görüşlerin yanında kendi görüşlerimizi de ortaya koymaya çalıştık.

Bunu yaparken de yürürlüğe girdiği 1926 tarihinden bu yana, seksen beş yıldır uygulanan ve zamanla günün şartları ve ihtiyaçlarına gereği gibi cevap veremeyen 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu ile yerine 01.07.2012'de yürürlüğe girmiş olan 11.01.2011 kabul tarihli 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu maddelerine ve eski Türk Borçlar Kanunu'muzun herhangi bir maddesi, incelediğimiz dönme cezası konusuyla ilgili olarak tezimizde yer aldığı zaman yeni Türk Borçlar Kanunu'muzun o maddeyi karşılayan maddesine ve varsa değişikliğine elimizden geldiğince yer verdik.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'muzda, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun genel yapısının ve sistematığının bozulmaması için dikkat edilmiş; madde metinleri ve ifadeler, günümüzde geçerli Türkçeye uygun şekilde arılaştırılmak suretiyle maddelerin daha kolay anlaşılır hale gelmesi sağlanmıştır.

Hazırlamış olduğumuz bu tezimizde, ilk bölümde, “dönme cezası kavramı, işlevleri, hukuki niteliği ve uygulama alanı”; ikinci bölümde, “dönme cezasının varlık kazanmasının şartları ve benzer kurumlardan farkı”; üçüncü bölümde, “dönme cezasının talep edilmesinde özellik arz eden hususlar ve rekabet yasağı sözleşmesinde cezai şart”; dördüncü bölümde ise, “dönme cezasının indirilmesi ve sona ermesi” konularını Yargıtay kararlarının ve doktrindeki görüşlerin ışığı altında kendi görüşlerimize de yer vererek incelemeye çalıştık.

Çalışmamızda da ortaya konulduğu üzere cezai şartın ve onun bir türü olan dönme cezasının, özel hukukta, sözleşmenin taraflarına sağladığı yararlar ve yargının yükünü de azaltan özelliği nedeniyle çok önemli bir yere sahip olduğunu; ancak uygulamada yeterince tanınmamakta ve kullanılmamakta olduğunu da ifade etmek isteriz.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2006.
- AKINTÜRK, Turgut:** Aile Hukuku, 2. C. , 8. B. , İstanbul, 2003.
- ALTOP, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B. , İstanbul, 1993.
- ARAT, Ayşe:** Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- ARDIÇ, Oğuzhan/
ERSOL, Emel:** Borçlar Hukuku, 7. B. , Ankara, 2009.
- ARKAN, Azra:** Cezai Şart, İBD. , C. 71, S. 1-2-3, T. 1997.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. B. , Ankara, 2004, (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku).
- ARKUN, Kudat:** Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti, Ank. BD. , C. 5, S. 58-59, Şubat, 1949.
- ASLAN, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, 2. B. , İstanbul, 2004.

- AYBAY, Aydın:** Borçlar Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. B. , İstanbul, 1995.
- AYİTER, Nuşin:** Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, **Ahmet Esat ARSEBÜK'e** Armağan, Ankara, 1958.
- BİLGE, Necip:** Cezai Şart, Ankara, 1957.
- BUZ, Vedat:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- DEMİR, Mehmet:** Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2001, (**DEMİR**, Kapıdan İşlemler).
- DEMİR, Mehmet:** Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, 2004, (**DEMİR**, Mesafeli Sözleşmeler).
- EKİNCİ, Hüseyin:** Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara, 2004.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. B. , Ankara, 2012.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I- II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. B. , İstanbul, 1977.

- GELENBEĞ, Mekki Hikmet:** Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart Etrafında Tetkikler, İBM. , C. XVII, Yıl 1943, İstanbul.
- GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk:** Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul, 2007.
- GÜNAY, Cevdet İlhan:** Cezai Şart, Ankara, 2002.
- GÜRAL, Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi, Ankara, 1953.
- HATEMİ/GÖKYAYLA:** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul, 2011.
- HAVUTCU, Ayşe:** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.
- İNAN, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979.
- İNAN, Ali Naim/
ERTAŞ, Şeref/
ALBAŞ, Hakan:** Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. B. , İzmir, 2012.
- KARA, Mustafa:** Ticaret Hukuku, Son Değişikliklerle Genişletilmiş 4. B. , Ankara, 2006.

- KARAGÖZ, Veli:** İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, 2006.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- KAYIHAN, Şaban:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B. , Ankara, 2012.
- KOCAAĞA, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 1. C. , Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış, 4. B. , İstanbul, 2008.
- KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 14. B. , Ankara, 2003.
- NOMER, Haluk N. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. B. , İstanbul, 2008.
- OĞUZ, Cemal:** “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993, (OĞUZ, Genel İşlem Şartları).

OĞUZMAN, Kemal M. /

ÖZ, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul, 2009.

OLGAÇ, Senai:

Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar
Kanunu, Genel Hükümler, 2. B. ,
İstanbul, 1969.

ÖNEN, Turgut:

Borçlar Hukuku, 4. B. , Ankara, 1996.

ÖZ, M. Turgut:

İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden
Dönmesi, İstanbul, 1989, (**ÖZ**, Eser
Sözleşmesinden Dönme).

ÖZTAN, Bilge:

Aile Hukuku, 5. B. , Ankara, 2004.

REİSOĞLU, Safa:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 19. B.
, İstanbul, 2006, s. 399, (**REİSOĞLU**,
19. B.).

REİSOĞLU, Safa:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Güncellenmiş ve Genişletilmiş 20. B. ,
İstanbul, 2008.

SEROZAN, Rona:

Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

SOYER, M. Polat:

Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara,
1994.

ŞENYÜZ, Doğan:

Borçlar Hukuku, 2. B. , Bursa, 2005.

- TAHİR, Kamık:** Cezai Şart, AD. , Yıl 41, S. 8, Ağustos, 1950.
- TEKİNAY, S. Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/**
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Borçlar Hukuku Dersleri II, İstanbul, 1962, (TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku).
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk İş Hukuku, C. I, 2. B. , İstanbul, 1975, (TUNÇOMAĞ, İş Hukuku).
- UÇAR, Salter:** Hukukumuzda Ceza Koşulu, İBD. , C. 72, S. 1-2-3, T. 1998.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/
ÖZDEMİR, Refet:** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1987.
- VON TUHR, Andreas,
(Çeviren, Cevat Edege):** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Ankara, 1983.
- ZEVKLİLER, Aydın:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. B. , Ankara, 2004.

YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR

ÇINAR, Ömer: Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'na Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009, www.iticu.edu.tr, e.t. : 11.12.2013.

Hukuk Türk Mevzuat-İçtihat

Bilgi Bankası: www.hukukturk.com

“Karar evi” Karar Arama Motoru: www.kararevi.com

Kazancı Mevzuat-İçtihat

Arama Motoru: www.kazanci.com

OĞUZ, Cemal:

Kapıdan Satışlarda Tüketickiye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları, www.hukuk.gazi.edu.tr, e.t. : 30.04.2011.

ÖZMEN, Etem Saba:

Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart,
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr> , e.t: 19.11.2013.

**Sinerji Mevzuat, İçtihat
ve İcra Programları:**

www.sinerjias.com

Türk Hukuk Sitesi:

www.turkhukuksitesi.com

Yargı Kararı Arama Motoru:

www.kararara.com