

^HBAĞLANMA PARASI, CAYMA PARASI, BUNLARIN CEZA KOŞULUYLA BENZERLİKLERİ VE FARKLILIKLARI

Arş. Gör. Burcu YAĞCIOĞLU*

Öz

Bağlanma parası sözleşme görüşmelerinin bittiği ve sözleşmenin kurulduğuna kanıt olarak, bir tarafın diğer tarafa sözleşme kurulurken verdiği bir miktar paradır. Cayma parasında ise, sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan biri diğerine bir miktar para verir ve aralarındaki açık ya da örtülü anlaşmaya göre parayı verenin verdiği parayı, parayı alanda bırakması; parayı alanın da aldığı iki katı tutarı karşı tarafa ödemesi karşılığında sözleşmeden dönme yetkisine sahip olunur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmının "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulu (TBK m. 177-182) bir arada düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu üç farklı kurumu aynı çatı altında düzenlemiş olmasının sebebi, aralarındaki benzerliklerdir. Bu üçü, aralarında birçok yönden benzerlikler bulunmasına rağmen, aslında nitelik olarak birbirinden farklı kavramlardır. Özellikle ceza koşulu diğer kurumlardan epey farklı özellikler taşımaktadır. Kanunun bu sistematik tercihi karşısında, uygulamada bu üç kavramın birbiriyle karıştırılması konusunda karşılaşılan sorunlar; özellikle bağlanma parası ve cayma parasına ilişkin hükümlerin yorumlanmaya ihtiyaç duyması sebebiyle bağlanma parası ve cayma parası konu-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: burcu_kanatlarli@hotmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 07.02.2017-07.02.2017/ Makale Kabul Tarihleri: 27.02.2017-13.02.2017)

ları açığa kavuşturulmalı ve bu iki kurumun ceza koşulu ile gerek benzerlik gerek farklılık bakımından kesiştiği noktalar tespit edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Bağlanma Parası, Cayma Parası, Ceza Koşulu, Bağlanma Parası ile Ceza Koşulu Arasındaki Benzerlikler ve Farklar, Cayma Parası ile Ceza Koşulu Arasındaki Benzerlikler ve Farklar

BARGAIN MONEY, FORFEIT MONEY, THEIR SIMILARITIES AND DIFFERENCES FROM PENAL CLAUSE

Abstract

Bargain money is a some of money that is given at the time of contract; the purpose here is to prove that the contract negotiations are over and the contract is established. If one of the parties gives a sum of money to the other party at the time of conclusion of the contract, according to the explicit or implicit agreements between the parties of the contract the parties are entitled to renege on a contract on condition that party who gave the money will lose the money that gave by him and the party who received the money will pay double the amount of the money to the other party. In this case, forfeit money is in question. Bargain money, forfeit money and penal clause had been settled at the third division of the fourth chapter entitled "Special Cases in the Debtor-Creditor Relationship" of the first part of the Turkish Code of Obligations entitled "General Provisions" (The Turkish Code of Obligations article 177-182) all together. Legislator had been settled these institutions that three of these are different from each other. The reason for this is similarity between them. Although there are many similarities between these three institutions, they have actually different legal character. Especially, there is a considerable difference between the penal clause and both the bargain money and forfeit money. The provisions regarding bargain money and forfeit money are in need of interpretation because of the problems that we are encountered in practice originating from that these three concepts are confused with each other and because of this systematic

preference of the law. Therefore, the topics regarding bargain money and forfeit money must be made explicit; the matter concerning "on which points are crossed paths in terms of similarity and difference between these two institutions and penal clause?" must be determined.

Keywords

Bargain Money, Forfeit Money, Penal Clause, Similarities and Differences between Bargain Money and Penal Clause, Similarities and Differences between Forfeit Money and Penal Clause

GİRİŞ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci kısmının "*Borç İlişkilerinde Özel Durumlar*" başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulu (TBK m. 177-182) bir arada düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndan önce de bu üç kurum bir arada düzenlenmişti. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156'ncı maddesinde, hem pey akçesi (bağlanma parası) hem de zamanı rücu (cayma parası) düzenlenmişti. Daha önce tek bir maddede düzenlenen bu iki kurum, yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda farklı iki maddede düzenlenmiştir: Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinde bağlanma parası düzenlenmişken; Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesinde de cayma parası düzenlenmiştir. Ceza koşulu ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, "cezai şart" başlığı altında, diğer iki kuruma nazaran daha detaylı şekilde, m. 158, m. 159, m. 160 ve m. 161 olmak üzere, toplam 4 maddede düzenlenmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, kanun koyucu ceza koşulu konusunda da, diğer iki kurumda olduğu gibi terim değişikliği yaparak "cezai şart" yerine "ceza koşulu" terimini tercih etmiş ve yine aynı şekilde ilgili konuyu dört maddede (TBK m. 179-182) düzenlemiştir.

Bu üç kurumun aynı yerde düzenlenmiş olmasının sebebi, aralarındaki birtakım benzerliklerdir. Gerçekte üçü arasında önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda, kanun koyucunun bu üç farklı kurumu aynı çatı altında düzenlemiş olmasının amacı ortaya konulurken bunlar arasındaki benzerlikler ve farklılıkla da belirlenecektir.

Ceza koşulunun bağlanma parası ve cayma parası ile karşılaştırılması ihtiyacı, kanunun sistematik tercihindен doğmuştur. Çalışmamızda, bu üç kurumun bir arada düzenlenmesinin sebebinin ne olduğu; bunları aynı çatı altında toplayan ortak nokta veya noktaların neler olduğu konuları belirlerken bu üç kurum arasındaki farklar da ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu sayede hem anılan kurumların ve dolayısıyla uygulanacak hükümlerin karıştırılmaması açısından uygulamaya, hem de konuyla ilgili fikirler ve eleştiriler getirilerek doktrine katkıda bulunulmaya çalışılacaktır.

I. BAĞLANMA PARASI

A. Genel Olarak Bağlanma Parası

Bağlanma parası, Türk Borçlar Kanunu'nun 177'inci maddesinde düzenlenmiştir¹. Hüküm şöyledir: “Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktan düşülür.”

Bu hükümden yola çıkarak bağlanma parası şu şekilde tanımlanabilir: Sözleşme görüşmelerinin bittiği ve sözleşmenin kurulduğuna kanıt olarak bir tarafın diğer tarafa sözleşme kurulurken verdiği bir miktar paraya *bağlanma parası* denir. Doktrinde, her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinde para ibaresi geçse de, buradaki para deyiminin dar bir yoruma tabi tutulmaması gerektiği ve bu nedenle sözleşmenin kurulmasını teyit için

¹ İsviçre Borçlar Kanunu'nda bağlanma parası için “*Haftgeld (Angeld/Draufgeld)*”, cayma parası için “*Reugeld*” terimi tercih edilmiş ve konu tek bir maddede (OR 158) düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise, İsviçre'deki düzenlemeden farklılaşarak, konu iki maddede düzenlenmiş olup, *bağlanma parası* (TBK m. 177) ve *cayma parası* (TBK m. 178) terimleri tercih edilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda ise, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarından farklı olarak, hem bağlanma parası hem de cayma parası ile ilgili olarak “*Draufgabe*” şeklinde ortak bir terim tercih edilmiştir ve konu bağlanma parası açısından üç ayrı paragrafta (BGB § 336, § 337, § 338); cayma parası açısından da tek bir paragrafta (BGB § 353; ayrıca kısmen BGB § 336/II) düzenlenmiştir. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, “*Draufgabe*” sadece bunun cayma parası olduğu ispat edildiği hallerde, cayma parasını kapsamına almaktadır. Şöyle ki, BGB § 336/II'de, şüphe halinde bağlanma parasının (*Draufgabe*) cayma parası (*Reugeld*) olmayacağı düzenlenmiştir. Ancak cayma parasının (*Reugeld*) asıl düzenlendiği hüküm BGB § 353'tür. Bkz. **Gottwald**, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, C. H. Beck oHG Verlag, München 2003, s. 2160 kn. 3, s. 2174 kn. 38; **Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 70. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011, s. 555, kn. 2; **Kaduk**, Hubert: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 328-397, 12. Neubearbeitete Auflage, Dr. Arthur L. Sellier & Co.-Walter de Gruyter & Co., Berlin 1994, s. 162, § 336, kn. 11; **Fikentscher**, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2006, s. 86, kn. 140.

bir miktar para gibi, bir taşınır malın da verilebileceği ifade edilmektedir². Ancak biz, kanunda açık şekilde “*bağlanma parası*” denildiği için bunun para olması gerektiği görüşündeyiz³. Alman Medeni Kanunu’nun 336 paragrafının birinci fıkrasında (BGB § 336/I) ise, açıkça para ifadesi kullanılmayıp, “*bir şey*” verilmesinden söz edilmiştir. Alman Hukuk doktrininde de, bağlanma parasının ve hatta cayma parasının mutlaka para ödemesi şeklinde

² **Düzceer**, Ali Rıza: “Pey Akçesi ve Zımanı Rücu”, Adalet Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 3, 1956, s. 343; **İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 561; **Erdem**, Mehmet: “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 664, 665-666; **Becker**, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Artikel 1-183, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern 1941, s. 737, kn. 1; **Pellanda**, Katja Roth/**Dubs**, Dieter: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Auflage, (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2012, s. 881, kn. 4. Para dışında başka benzer şeylerin de bağlanma parası olarak verilebileceği yönünde bkz. **Oser**, Hugo/**Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Artikel 1-183, 2. Auflage, Schulthess & Co., Zürich 1929, s. 697, kn. 1; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich 1988, s. 515; **Bernhard**, Berger: Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, s. 635, kn. 1809; **Pietruszak**, Thomas: Kurzkommentar OR, Art. 1-529, (Herausgeber: Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008, s. 630, kn. 1; **Tandoğan**, Şinasi: “Pey Akçesi ve Zaman-ı Rücu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1949, Sayı: 58-59, s. 34-35; **Franko**, Nisim: “Pey Akçesinin Mahiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1996, Cilt: 55, Sayı: 1-2, s. 254, 256.

³ Aynı yönde görüş için bkz. **Gücün**, Cevat Abdürrahim: Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları, Cilt: 2, Üçler Basımevi, İstanbul 1946, s. 495; **von Tuhr**, Andreas/**Escher**, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1974, s. 287; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Schulthess, Zürich 2008, s. 321 kn. 3857, s. 322 kn. 3864; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2008, s. 189, kn. 1199; **Koller**, Alfred: “Reugelder bei Grundstückkaufverträgen”, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 145/2009, s. 78.

olmasının şart olmadığı, para dışında herhangi bir şeyin de, hatta bir hakkın da bağlanma parasının konusunu oluşturabileceği ifade edilmektedir⁴.

Henüz sözleşme kurulmamış olsa bile, ileride kurulması düşünülen bir sözleşme için de, teminat altına almak amacıyla bağlanma parası verilebilir. Bu durumda bağlanma parası, doktrinde “*arrha pacto imperfecta data*” olarak adlandırılmaktadır⁵. Gerçek anlamda bağlanma parası olarak kabul edilmeyen bu kuruma, bağlanma parasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Sözleşmenin kurulmadığı durumlarda ise, bağlanma parası olarak verilen bu miktar geri alınabilecektir⁶.

B. Bağlanma Parasının İşlevleri

Geçmişte daha çok hayvan alım satımında, tarımsal ürünlerin satın alınmasında, deniz yolcu taşımacılığında ve hizmetçilik sözleşmelerinde bir teminat aracı olarak kullanılan bu kurum, günümüzde farklı türdeki sözleşmelerde de uygulanabilirliğini sürdürmektedir⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeye baktığımızda, bağlanma parasının iki amaca

⁴ Bkz. **Gottwald**, MünchK, s. 2161, kn. 7; **Grüneberg**, Palandt BGB, s. 555, kn. 1; **Kaduk**, StauK, s. 160, § 336, kn. 3.

⁵ **Becker**, Kommentar, s. 737, kn. 2; **von Tuhr/Escher**, s. 288-289; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger**, s. 322, kn. 3863; **Gottwald**, MünchK, s. 2160 kn. 1, kn. 2, s. 2161 kn. 8; **Kaduk**, StauK, s. 156, kn. 1; **Ehrat**, Felix R.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, s. 875, kn. 10; **Fikentscher/Heinemann**, s. 86, kn. 140; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 8; **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, (Sözleşmeden Dönme), s. 226; **Erdem**, s. 666.

⁶ **Becker**, Kommentar, s. 737, kn. 2; **Oser/Schönenberger**, s. 698, kn. 2; **Erdem**, s. 666. Bazı yazarlar, ileride kurulması kararlaştırılan sözleşmeler için verilmiş olan bu paraların sözleşme cezası niteliğinde olduğunu, sözleşmenin kurulmasından kaçınılması halinde, bu paranın alacaklıya kalacağını ifade etmektedirler. Bkz. **Bucher**, s. 519; **Ehrat**, BSK, s. 875, kn. 10.

⁷ **Oser/Schönenberger**, s. 698, kn. 1; **Becker**, Kommentar, s. 737, kn. 1; **von Tuhr/Escher**, s. 287; **Bucher**, s. 515; **Gottwald**, MünchK, s. 2160, kn. 5; **Grüneberg**, Palandt BGB, s. 555, kn. 1; **Lindacher**, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln 1990, s. 1665, kn. 1; **Kaduk**, StauK, s. 156, kn. 1; **Fikentscher/Heinemann**, s. 86, kn. 140.

hizmet ettiği görülmektedir. Birincisi, *sözleşmenin yapıldığına kanıt oluşturmak*, diğeri de *kısmi ifa* amacıdır. Ancak ifade edelim ki, kanun, kısmi ifa ile bağlanma parasını aynı hukuki sonuca bağlamış olsa da, asıl olarak bağlanma parası, sözleşmenin yapıldığını ispata yarayan bir miktar paradır⁸. Ayrıca burada, bağlanma parasının sözleşmenin geçerli olması için gerekli bir şekil şartı veya herhangi bir şart olmadığı, sadece bir ispat aracı olduğu ifade edilmelidir⁹.

Bir sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan birinin diğerine bir miktar para ödemesi, yaygın bir uygulamadır. Yapılan bu ödemede farklı amaçlar bulunabilir. Bunlardan ilki, az önce de ifade ettiğimiz gibi, yapılan ödemenin asıl borca mahsup edilmek üzere yapılmış bir kısmi ifa niteliğinde olmasıdır. Örneğin, taraflar arasındaki satış sözleşmesi gereğince, alıcı, toplamdaki 1.000 TL'lik borcu için sözleşmenin yapılması esnasında 100 TL vermiş olsun. Taraf iradelerine göre yapılan bu ödemenin asıl borca mahsup edilmek üzere bir kısmi ifa olduğu anlaşılıyorsa, alıcının bakiye borcu 900 TL olacaktır. Uygulamada, bağlanma parası çoğu zaman, örnekte olduğu gibi, kısmi ifa niteliğini taşımaktadır¹⁰.

⁸ Alman Hukukunda, bağlanma parasının kısmi ifa niteliğinde olmadığı savunulmaktadır. Eğer bir sözleşmenin kurulması sırasında verilen şey, aynı zamanda kısmi ifa olarak verilmişse bu durumda bunun avans (ön ödeme), yani "*Anzahlung*" olacağı ifade edilmiştir. Bağlanma parasının düzenlendiği Alman Medeni Kanunu'nun 336 ile 338'inci paragrafları arasındaki düzenlemenin "*Anzahlung*"u (avansı) kapsamadığı belirtilmiştir. Bu noktada da, "*Anzahlung*" ile "*Draufgabe*" arasındaki benzer noktanın, her ikisinde de sözleşmenin kurulduğunu teyit amacı bulunduğu şeklinde açıklanmıştır. Bkz. **Lindacher**, BGB, s. 1665, kn. 2. Ayrıca, "*Anzahlung*" ile "*Draufgabe*" arasındaki farkı açıklarken, "*Anzahlung*"un sadece kısmi ifa niteliğinde olduğunu, bunun sözleşmenin kurulduğunu göstermeyi amaçlamadığını, bu yönüyle de "*Draufgabe*"den ayrıldığını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Grüneberg**, Palandt BGB, s. 555, kn. 3; **Gottwald**, MünchK, s. 2161, kn. 6.

⁹ **Gottwald**, MünchK, s. 2160, kn. 3; **Grüneberg**, Palandt BGB, s. 555, kn. 1.

¹⁰ **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Borçlar), s. 788; **Yıldırım**, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 378; **Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 454.

Sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan birinin diğerine bir miktar para ödemesinin diğer bir sebebinin de, sözleşmenin yapıldığına bir kanıt oluşturmak olduğunu az önce ifade etmiştik. Bilindiği üzere, borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesinin bir görünümü de şekil serbestisidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasında bu husus teyit edilmiştir. Hükme göre, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak şekil serbestisi, taraflar arasında bazı sorunların ortaya çıkmasına da yol açabilir. Herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılan bir sözleşmenin kurulduğunun ispatlanamaması bu sorunlardan biridir. Herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılan bir sözleşmenin bu sorunlara sebep olmaması için, tercih edilen yollardan biri, karşı tarafa sözleşmenin kurulduğuna delil oluşturmak üzere bir miktar para verilmesi olabilir. Kanunda geçen adıyla bağlanma parası (pey akçesi), uygulamada kullanılan adıyla *kaparo*, bu açıdan sözleşmenin kurulduğuna kanıt oluşturma görevini yerine getirmektedir. Bu amaçla yapılan ödeme de, Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesine göre, kısmi ifa niteliğini taşıyacaktır. Ancak bu durumda, yapılan ödeme bağlanma parası adını alacaktır. Çünkü yukarıdaki örneğimizi ve Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünü dikkate alacak olursak, sözleşmenin yapıldığını kanıtlamak amacıyla verilen 100 TL sonrası kalan toplam 900 TL borcu alıcının ödemesi gerekecektir.

Bağlanma parası aynı zamanda, *sözleşmenin ifasını veya tazminatın elde edilmesini de kolaylaştırmaktadır*. Hukukumuzda aynı amacı gerçekleştirmek üzere kullanılan farklı kurumlar da vardır. Bunlar, kefalet (şahsi teminat), taşınır ve taşınmaz rehni (ayni teminat) şeklinde karşımıza çıkmaktadır ve hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme alanı bulmuşlardır. Ancak sözünü ettiğimiz bu kurumlarda, teminat sağlamak için, ya taşınır veya taşınmaz bir mala ya da üçüncü bir kişiye ihtiyaç duyulmaktadır. Oysaki bağlanma parasında kural olarak ne üçüncü bir kişiye ne de başka bir mala ihtiyaç vardır¹¹. Bağlanma parasında taraflar aralarındaki sözleşmeye bir kayıt koyarak borcun veya tazminatın

¹¹ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, (Borçlar), s. 374 vd.; **Franko**, s. 257; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 880-881, kn. 3.

ifasını garanti altına alabilmektedirler. Bu yönüyle bağlanma parası teminat fonksiyonu da görmektedir¹².

Bağlanma parası aynı zamanda, sözleşmenin taraflara yüklemiş olduğu borçlara uyulması, sözleşmeyle bağlılık anlamına gelen hukukun temel ilkelerinden biri olan “*ahde vefa (pacta sunt servanda)*” ilkesinin işlemesine de hizmet eder¹³.

C. Sözleşme Yapılırken Verilen Paranın Karine Olarak Bağlanma Parası Sayılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinde düzenlenen bağlanma parası ile ilgili hükmün birinci fıkrasına göre, sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır. Bu hükümle sözleşmenin yapıldığına ilişkin ispat kolaylığı sağlanmak istenmiştir¹⁴. Hükme göre, *karine olarak*, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen paranın bağlanma parası

¹² **Bucher**, s. 516; **Franko**, s. 257; **Furrer**, Andreas/**Muller Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2008, s. 567, kn. 79; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 880-881, kn. 3.

¹³ **Bucher**, s. 515-516; **Franko**, s. 258; **Ehrt**, BSK, s. 874, kn. 2; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 880-881, kn. 3.

¹⁴ **Oser/Schönenberger**, s. 697, kn. 1; **von Tuhr/Escher**, s. 287; **Keller**, Max/**Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel/Frankfurt 1982, s. 96; **Bucher**, s. 515; **Ehrt**, BSK, s. 874 kn. 2, kn. 4; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, s. 494, kn. 72.01; **Lindacher**, BGB, s. 1665, § 336, kn. 1; **Kaduk**, StauK, s. 158, kn. 5. **Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1966, s. 829; **Düzceer**, s. 344; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, (Borçlar Hukuku) s. 895; **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 789; **Yıldırım**, A., s. 379; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Borçlar Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 159; **Demir**, Mehmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 39; **Erdem**, s. 666-667; **Staffelbach**, Daniel: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2009, (www.swisslex.ch), s. 372, kn. 3; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 880-881, kn. 3.

olduğu kabul edilmiştir¹⁵. Verdiği paranın cayma parası olduğunu iddia eden taraf, bunu ispatlamak zorunda olacaktır.

Türk-İsviçre Hukukundaki bağlanma parası yönündeki bu karinenin Alman Hukukunda da bulunduğu görülmektedir (BGB § 336/I)¹⁶. Ancak Alman Medeni Kanunu'nda, bağlanma parasının (Draufgabe), “*şüphe halinde*” cayma parası (Reugeld) olarak düşünülmeceği hükme bağlanmıştır (BGB § 336/II). Böylece, Alman Hukukunda da, Türk-İsviçre Hukukunda benimsenen karine dolaylı yolla ifade edilmiştir.

Verilen paranın taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, sözleşmenin kurulduğuna delil olacağı açıktır. Ancak taraflar bağlanma parasının aynı zamanda başka niteliklere de sahip olacağını kararlaştırabilirler. Örneğin, taraflar arasında, verilen paranın hem bağlanma parası hem de cayma parası niteliğinde olduğu kararlaştırılabilir. Hatta doktrinde, verilen bu paranın hem bağlanma parası hem cayma parası hem de peşin ödenmiş sözleşme cezası¹⁷ niteliğinde de olabileceği ileri sürülmüştür¹⁸.

D. Bağlanma Parasının Kural Olarak Asıl Alacaktan Düşülmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinin ikinci fıkrasında, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parasının asıl alacaktan

¹⁵ Yargıtay, verildiği gün tahsil edilen çeki ilişkin sözleşmede bir hüküm bulunmuyorsa ve davalılar tarafından aksi yasal delillerle kanıtlanamıyorsa, verilen bu paranın (çekin) karine olarak bağlanma parası sayılacağına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD., T. 23.11.2015, E. 2015/4039, 2015/5935, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). İnan ve Yücel, tarafların verilen paranın bağlanma parası olarak verildiğini kararlaştırmamaları durumunda, örf ve âdete bakılacağını, örf ve adetten de verilen paranın neyi ifade ettiği çıkarılamıyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun 177'nci maddesinin birinci fıkrasındaki “*bağlanma parası karinesi*”ne başvurulacağını ifade etmiştir. Bkz. **İnan/Yücel**, s. 561-562.

¹⁶ **Gottwald**, MünchK, s. 2160 kn. 3, s. 2161 kn. 10; **Lindacher**, BGB, s. 1665, § 336, kn. 2; **Esser, Josef/Schmidt**, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1995, s. 267.

¹⁷ Peşin ödenmiş sözleşme cezası kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Serozan**, (Sözleşmeden Dönme), s. 226.

¹⁸ **Bucher**, s. 518-519; **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 9; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger**, s. 321, kn. 3859; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 5; **Ehrt**, BSK, s. 874, kn. 5; **Serozan**, (Sözleşmeden Dönme), s. 226; **Erdem**, s. 667-668.

düşüleceği düzenlenmiştir. Bu durumda, bağlanma parasının kural olarak, asıl alacak miktarından mahsup edileceği söylenebilir. Kanun koyucu burada da, *aksi ispat edilebilen adi bir karine* getirmiştir. Aksine yerel adet veya hüküm bulunması durumunda ise, bağlanma parası, asıl alacağa mahsup edilmeyecek ve alan kimsede kalacaktır.

Bu husus 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda farklı olup ilgili hüküm şöyleydi: “*Hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça, pey akçesini alan, matlubuna mahsup etmeyerek onu muhafaza eder.*” (818 sayılı BK m. 156/II). Görüldüğü üzere eski düzenleme şimdikininkin tam aksi yönündeydi. Yani, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parası asıl alacaktan mahsup edilmeyecek, alan kimsede kalacaktı. Bu düzenlemeye göre, doktrinde, sözleşmenin kurulmasından sonra alınan bağlanma parasının iade edilip edilmeyeceği yönünde görüş ayrılığı mevcuttu. Bir görüşe göre, sözleşme kurulduktan sonra alınan bağlanma parasının iade edilmesi gerekmektedir¹⁹. Diğer bir görüşe göre ise sözleşme kurulduktan sonra alınan bağlanma parası alan kişide kalacak, alan kişi, alacağına mahsup da etmeyecekti. Bu görüşe göre, taraflar aralarındaki sözleşmede bunun aksini de kararlaştırabilirlerdi. Yani taraflar, verilen bağlanma parasının aslında bir ön ödeme olduğunu kararlaştırabilirlerdi²⁰. İsviçre Borçlar Kanunu'nda bu konuya ilişkin düzenleme (OR 158/II), 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki (m. 156/II) gibi olduğu için, İsviçre Hukuk doktrininde bu husustaki görüş ayrılığı ve tartışma hala varlığını sürdürmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, bağlanma parasının asıl borçtan mahsup edilmemesi karinesini içeren hüküm (818 sayılı BK m. 156/II) doktrinde günümüz ihtiyaçlarını karşılamaması sebebiyle eleştirilmektedir²¹.

¹⁹ Bkz. **Oser/Schönenberger**, s. 698, kn. 4; **Erdem**, s. 669.

²⁰ Bkz. **von Tuhr/Escher**, s. 287; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmeneger**, s. 321, kn. 3860; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 4; **Saymen/Elbir**, s. 829; **Ehrat**, BSK, s. 874 kn. 5, s. 875 kn. 8.

²¹ Eleştiriler için bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s 340; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1215; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:2, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş

818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki bu eleştiriler neticesinde kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, ilgili hükmünde değişikliğe gitmiştir. Çünkü bağlanma parası olarak verilen bir miktar paranın asıl alacaktan mahsup edilmesi, somut adalet duygusuna daha uygun düşmektedir. Özellikle bağlanma parası olarak verilen miktarın çok yüksek olması halinde, bu husus kendisini daha belirgin kılmaktadır²². Ayrıca bu yöndeki bir hüküm, iş hayatındaki görüş ve anlayışa daha uygun düşmektedir.

Ayrıca bağlanma parasının en çok uygulandığı satış ve kira sözleşmelerinde de, eski kanun döneminde bile yerel adet, bağlanma parasının asıl alacağı mahsup edileceği, kısmi ifa niteliğinde olduğu yönündeydi²³. Yeni düzenlemeyle bu kural yerel adet olmaktan çıkıp, aksi ispat edilebilen bir *adi karineye* dönüşmüş oldu.

Alman Medeni Kanunu'nun 337'nci paragrafının birinci fıkrasında da, eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki ve İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (OR 158/II) düzenlemenin tam aksi yönünde, buna karşılık yeni 6098 sayılı kanunumuzla da benzer nitelikte bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, borçlunun alacaklıya sözleşmenin kurulması sırasında verdiği bir miktar paranın, *şüphe halinde* asıl borca mahsup edilmek üzere verildiği kabul edilecektir²⁴. Ayrıca bu düzenlemeye göre, mahsubun yapılmadığı durumlarda, ifa sırasında verilenin iadesi gerekecektir (BGB § 337/II)²⁵.

11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 540. Değişikliğin yerinde olduğu yönünde bkz. **Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 26-27; **Demir**, s. 39; **Erdem**, s. 668-669. İsviçre Hukuk doktrinde de, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki hükümle benzer olan hüküm (OR 158/II), benzer gerekçeyle eleştirilmektedir. Bkz. **Bernhard**, s. 636, kn. 1814.

²² **Becker**, Kommentar, s. 737, kn. 3; **Bucher**, s. 516-517; **Eren**, s. 1215.

²³ **Bucher**, s. 516-517; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 340; **Nomer**, Halûk N: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 433; **Eren**, s. 1215-1216; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 160; **Franko**, s. 256.

²⁴ Alman Medeni Kanunu'nda bağlanma parası için tek ve üst kavram olarak "*Draufgabe*" terimi tercih edilmiş olup, Alman Hukuku Doktrinde ise, bağlanma parası "*Draufgeld*" veya "*Draufgabe*" olarak ifade edilmiştir. Üst kavram olarak bu terimler kullanılsa da, "*Draufgeld*", asıl alacaktan mahsup edilecekse, "*Angeld*" olarak ifade edilmiştir. Bkz.

Sözleşme kurulurken ödenmesi gereken bağlanma parasının ödenmemiş olması halinde, cebri icra yoluna başvurmak mümkün değildir²⁶. Çünkü bağlanma parası, akdedilen sözleşmenin bağımsız bir fer'ini oluşturmaktadır. Ancak bağlanma parasını vermeyenden, bunun ifa edilmemiş olması sebebiyle meydana gelen zararların tazmin edilmesini talep hakkı saklıdır²⁷.

E. Sözleşmenin Geçersiz Hale Gelmesi Durumunda Bağlanma Parasının Akıbeti

Sözleşmenin butlan veya iptal gibi nedenlerle geçersiz hale gelmesi durumlarında, verilmiş olan bağlanma parasının akıbetini ortaya koymak gerekir. Bu durumda, bağlanma parası olarak parayı alan kişinin, aldığı parayı *sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre* (TBK m. 77-82) iade etmesi gerekecektir. Çünkü bağlanma parası tahakkuk etmeyen bir sebep dolayı-

Lindacher, BGB, s. 1666, § 337, kn. 1; **Gottwald**, MünchK, s. 2162 kn. 2, s. 2160-2163; **Kaduk**, StauK, s. 163, kn. 2. Oysaki İsviçre Hukukunda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda, bağlanma parası için üst kavram olarak "*Haftgeld*" terimi kullanılmış, "*Draufgeld*" mahsup edilemeyen bağlanma parası olarak, "*Angeld*" ise, mahsup edile-bilen bağlanma parası olarak adlandırılmıştır. Bkz. **Oser/Schönenberger**, s. 699 kn. 7, kn. 8; **Becker**, Kommentar, s. 737, kn. 3; **von Tuhr/Escher**, s. 287; **Keller/Schöbi**, s. 96; **Schwenzer**, s. 494, kn. 72.01; **Ehrt**, BSK, s. 874, kn. 1. İsviçre Hukuk doktrininde, "*Draufgeld*" olarak adlandırılan bağlanma parasının (asıl borçtan mahsup edilmeyecek olan bağlanma parasının) aynı zamanda peşin ödenmiş sözleşme cezası niteliğinde olması halinde, aşırı nitelikte ise, OR 163'te (TBK m. 182/III) yer verilen (aşırı ceza koşulunun indirilmesi ile ilgili) hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceği; "*draufgeld*"in önceden ödenmiş olması halinde ise, benzer indirimin, fazla kısmın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin istenerek gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Ehrt**, BSK, s. 874-875, kn. 5.

²⁵ Bu iadenin dayanağı Alman Hukuk doktrininde tartışmalı olup bir görüş, iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (BGB § 812 vd.), diğer görüş de iadenin sözleşmenin ifa edilmemesi ile ilgili hükümlere göre (BGB § 275 vd.) olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Gottwald**, MünchK, s. 2162, kn. 4; **Grüneberg**, Palandt BGB, s. 555, kn. 4.

²⁶ **Becker**, Hermann.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V, İsviçre BK. 151-183, Türk BK. 149-181, (Çev. Tolun, Osman), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1973, s. 211; **Franko**, s. 257; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku), s. 895-896.

²⁷ **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku), s. 896; **Franko**, s. 257.

sıyla verilmiş olacaktır²⁸. Ayrıca bağlanma parası da, ceza koşulu gibi *fer'i (yan) bir hak*tır ve bağlı olduğu asıl sözleşme geçerli değilse, yan hak olan bağlanma parası da geçerli olmayacaktır²⁹.

²⁸ **von Tuhr/Escher**, s. 287; **Bucher**, s. 517; **Gottwald**, MünchK, s. 2161, kn. 9; **Lindacher**, BGB, s. 1666, § 337, kn. 2; **Ehrat**, BSK, s. 875, kn. 7; **Bernhard**, s. 637, kn. 1819; **Berki**, Osman Fazıl: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı: 5, Yıl: XVII, Mayıs 1943, s. 279; **Feyzioğlu**, (Borçlar), s. 376; **von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Çev. Cevat Edege), Cilt. 1-2, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 774; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku), s. 896; **Düzceer**, s. 349; **Tandoğan**, s. 35; **Reisoğlu**, s. 454; **Özmen**, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1995, S: 4, s. 547; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 6; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 7; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 160; **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 78; **Franko**, s. 253, 259-260; **Erdem**, s. 669; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Kadir Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 361. Oğuzman ve Öz, sebepsiz zenginleşmenin yanında, “*özel bir iade borcunun ifası talebiyle*” de bağlanma parasının iadesinin istenebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 540. Aynı görüşte bkz. **Öktem Çevik**, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 112. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da, sözleşmeden dönme halinde taraflar arasındaki sözleşmeden doğan bir iade borcu bulunacağı, hükümsüzlük durumlarında duruma göre, istihkak veya sebepsiz zenginleşme taleplerine dayanan bir iade borcunun bulunacağını söylemiştir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 340.

²⁹ **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 7; **Özmen**, E.S., s. 547. Aynı yönde Yargıtay Kararı için bkz. YHGK, T. 20.5.1964, E. 1963/751, K. 1964/388, “*Pey akçesi de, ceza şartı gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i bir şart olup, esas akit geçerli olmazsa, fer'i şart dahi geçerli olmaz. Geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin geri verilmesi, sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebilir. Geçerli olmayan taşınmaz mal vaadi senedinde paranın ödenmiş şekli için konulan ve satıcının, alıcıyı, malı almaya zorlayıcı nitelik taşıyan şart, ister cezai şart, ister pey akçesi olsun fer'i taahhüt niteliğindedir ve hükümsüz bir akte dayanması sebebiyle hükümsüzdür...*”, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016); “*...taşınmaz satışına ilişkin taraflar arasında yapılan sözleşmenin resmi şekilde yapılmamış olması nedeniyle hükümsüz olup, akdi yapanlardan biri tarafından diğerine ödenen pey akçesi veya cayma akçesinin ceza şartı gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i şart*

Sözleşmenin tarafların anlaşması ile ortadan kaldırıldığı durumlarda da, bağlanma parasını veren taraf, vermiş olduğu paranın iadesini isteyebilir³⁰.

Bağlanma parasının kanundaki karineye göre asıl alacaktan düşülecek olması ya da tarafların aralarındaki sözleşme veya yerel adet gereğince asıl alacaktan düşülemeyecek olması, ifade ettiklerimiz bakımından bir fark yaratmayacaktır. Yani bağlanma parası ister asıl alacaktan mahsup edilsin ister edilmesin, sözleşmenin geçersiz olması halinde veya sözleşmenin taraf iradeleri ile ortadan kaldırılması halinde, bağlanma parası olarak parayı alan kişinin, aldığı parayı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m. 77-82) iade etmesi gerekecektir³¹.

F. Sözleşmenin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmediği Durumlarda Bağlanma Parasının Akıbeti

Bilindiği üzere, sözleşme hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, alacaklı borçludan uğradığı zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 112 vd.). Bu durumda bağlanma parası veren veya alan tarafın tazminatla yükümlü olması hallerini de ele almak gerekecektir. Buna ilişkin olarak, yani bağlanma parası ile güvence altına alınan sözleşmede, tarafların üstlendikleri edimleri ifa etmemelerinin ne gibi hüküm ve sonuçları olacağına ilişkin kanunda (TBK m. 177'de) özel bir hüküm bulunmamaktadır.

olup, esas akit geçerli olmazsa fer'i şartın da geçerli olmayacağı, geçerli olmayan akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin veya cayma akçesinin geri verilmesinin sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebileceği gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmesi isabetli bulunmuştur...”, Yargıtay 19. HD., T. 17.12.2015, E. 2015/1769, K. 2015/17176, (www.kazanci.com), Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016); Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. HD., T. 6.6.2016, E. 2016/6855, K. 2016/8991, (www.kazanci.com), Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

³⁰ Oser/Schönenberger, s. 698, kn. 4; von Tuhr/Escher, s. 287-288; Ehrat, BSK, s. 875, kn. 7; von Tuhr, (Çev. Cevat Edege), s. 774; Staffelbach, OR Kommentar, s. 372, kn. 6; Tandoğan, s. 35; Eren, s. 1216; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 160; Öktem Çevik, s. 112.

³¹ Bucher, s. 517; Ehrat, BSK, s. 875, kn. 7.

1. Sözleşmenin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesine Bağlanma Parasını Veren Taraf Sebep Olmuşsa

Bağlanma parası veren tarafın, borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinde kusurlu olup olmamasına göre konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bağlanma parası veren kişinin kusuru olmaksızın gerçekleştiyse (imkânsızlık gibi), bağlanma parasını alan kişinin bu parayı iade etmesi gerekecektir³². Bu durumda bağlanma parasının iadesinin hukuki dayanağının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki bir sözleşmeyi ele alalım. Arsa sahibinin arsasına yaptıracığı yazlık ev için sözleşme kurulurken yükleniciye 10.000 TL vermesi ve daha sonra arsanın sit alanına dâhil edilerek, yüklenicinin binayı inşa etmesinin imkânsız hale gelmesinde, gerçekleşen imkânsızlık sebebi arsa sahibinin yani bağlanma parası verenin kusuru dışında gerçekleşmiştir. Bu durumda hem yüklenicinin inşa borcu hem de arsa sahibinin bedel ödeme borcu sona ereceği için (TBK m. 136), edimin bir kısmını ifa eden arsa sahibinin, kaldı ki yukarıda bağlanma parasının aynı zamanda kısmi ifa niteliğini taşıdığını ifade etmiştik, yükleniciden Türk Borçlar Kanunu'nun 136'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereği, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre verdiği iadesini isteyebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bağlanma parasının, sonraki kusursuz ifa imkânsızlığında, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekecektir³³.

Sözleşmenin ifasının bağlanma parasını veren tarafa yüklenebilecek bir kusur neticesinde ifa edilmemesi durumu ise çeşitli ihtimallere göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sözleşmenin bağlanma parasını veren tarafın kusuruyla hiç ifa edilmemesi hali, temerrüt şeklinde gerçekleştiyse ve bağlanma parasını alan taraf, aynen ifa ve gecikme tazminatını istiyorsa ya da ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istiyorsa, diğer bir ihtimalde; hiç ifa

³² Oser/Schönenberger, s. 698, kn. 4; von Tuhr/Escher, s. 287-288; Bucher, s. 517; von Tuhr, (Çev. Cevat Edege), s. 774; Düzceer, s. 349; Eren, s. 1216; İnan/Yücel, s. 562.

³³ Aynı yöndeki görüş için bkz. Düzceer, s. 352; Berki, s. 279. Bu durumda, bağlanma parasının iadesinin sözleşme hükümleri çerçevesinde olacağına ilişkin görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 340; Erdem, s. 669.

etmeme hali kusurlu ifa imkânsızlığı şeklinde gerçekleştiyse ve bağlanma parasını veren taraf buna dayanarak müspet zararının tazminini istiyorsa; burada talep edilen zararlar, müspet zarar niteliğinde oldukları için ve müspet zararın tazmini talebi içinde ifa edilmeyen edimin değeri de bulunduğu için, kanaatimizce, aynı zamanda edimin bir kısmı niteliğinde olan bağlanma parasının fark teorisine göre hesaplanacak olan tazminat alacağından düşülmesi gerekecektir³⁴. Bu görüşümüzü “*Aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parası esas alacaktır düşülür.*” şeklindeki Türk Borçlar Kanunu’nun 177’nci maddesinin ikinci fıkrası da teyit etmektedir. Çünkü asıl borcun ifa edilmemesi sebebiyle gündeme gelen tazminat alacağının içinde asıl edimin değeri de bulunacağı için, tazminat alacağından bağlanma parasının düşülmesi Türk Borçlar Kanunu’nun 177’nci maddesinin ikinci fıkrası gereği olacaktır. Bu husus, bağlanma parasını veren tarafın kusuru ile sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesi karşısında parayı alan tarafın müspet zararın tazminini istemesi ihtimalinde de geçerli olacaktır. Görüldüğü üzere, tüm bu durumlarda sözleşme ortadan kalkmamış, ama birtakım sebeplerle tazminat yükümlüğü söz konusu olmuştur. Sözleşmenin ortadan kalkması hali ise farklı bir değerlendirmeye tabi olmalıdır. Bağlanma parasını veren kişinin kusuruyla asıl edimi ifa etmemesi temerrüt sebebiyle gerçekleştiyse ve bağlanma parasını alan kişi de, sözleşmeden dönüp menfi zararlarının tazminini istiyorsa, bu durumda artık sözleşme ortadan kalkacağı için, daha önce ifa edilen edimler (kısmi ifa niteliği taşıyan bağlanma parası da) geri istenecektir³⁵.

³⁴ Alman Medeni Kanunu’nun 338’inci paragrafında da benzer bir düzenleme mevcuttur. Hükme göre, bağlanma parasını veren taraf kusuru ile ifanın imkânsızlaşmasına veya sözleşmenin ortadan kalkmasına sebep olmuş ise, bağlanma parasını alan taraf, ifa ihlali sebebiyle talep edeceği tazminattan bağlanma parasını mahsup etme hakkına sahiptir. Mahsubun mümkün olmadığı durumlarda ise, bağlanma parasını alan taraf, tazminat kendisine ödeninceye kadar, parayı iade etmekten kaçınabilecektir.

³⁵ Aynı yönde görüş için bkz. **Gottwald**, MünchK, s. 2162, kn. 6. Farklı gerekçeyle aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. “...BK.’nun 156.maddesi uyarınca, pey akçesinin verilmesi halinde, asıl olan onun akdın vukuuna delil olarak verilmiş olmasıdır. Açıkça cayma tazminatı olduğu şart edilmedikçe kapora, pey akçesi gibi verilen paralar cayma tazminatı olamayacağından akdi bozmakta haklı olsun olmasın onu veren taraf istirdada yetkilidir...”, Yargıtay 3. HD., T. 28.4.2014, E. 2013/21340, K. 2014/6498, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

Doktrinde, sözleşmenin ifasının bağlanma parasını veren tarafa yüklenilecek bir kusur neticesinde ifa edilmemesi durumu yukarıda açıkladığımız şekilde çeşitli ihtimallere göre ayrı ayrı değerlendirilmemiştir. Doktrinde bir görüş, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlanma parasını veren tarafın sebep olması durumunda; bağlanma parasını alan tarafın, bağlanma parasını asıl alacağı mahsup etmekle yükümlü olması halinde, aldığı bağlanma parasını tazminat alacağına mahsup etmesi gerekliliğinden bahsetmiştir³⁶. Doktrinde bazı yazarlar ise, bu durumda, bağlanma parasını alan tarafın parayı alıkoyabileceği gibi sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini de isteyebileceğini ileri sürüp mahsuptan bahsetmemiştir³⁷. Bu ifadeden, sanki bağlanma parasını alan kişinin burada bir seçimlik hakkı olacağı; ya daha önce almış olduğu bağlanma parasını alıkoyabileceği ya da sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararının tazminini isteyebileceği anlamı çıkmaktadır. Oysaki böyle bir seçimlik haktan burada bahsedilemez. Yani bağlanma parasını elinde tutan kişinin artık sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararlarının tazminini isteyemeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Ancak doktrinde, mahsuptan bahsetmeyip, bağlanma parasını veren tarafın edimini ifa etmediği durumlarda, alan tarafın bunu muhafaza edebileceğini, bunun dışında tazminat da talep edebileceğini açıkça ifade edenler de mevcuttur³⁸.

Doktrinde, sözleşmenin ifasının bağlanma parasını veren tarafa yüklenilecek bir kusur neticesinde ifa edilmemesi durumunda, bağlanma parasının sözleşme cezası niteliğinde olacağı da ifade edilmiştir³⁹. Doktrinde bir

³⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 288; **Keller/Schöbi**, s. 96-97; **Bucher**, s. 517; **Eren**, s. 1216.

³⁷ **İnan/Yücel**, s. 562-563; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 160.

³⁸ **Nart**, Serdar: Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 143.

³⁹ **Bentele**, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Shaker Verlag, Freiburg 1994. s. 17; **von Tuhr/Escher**, s. 288; **Berki**, s. 279; **Bucher**, s. 517; **Gottwald**, MünchK, § 338, s. 2162, kn. 1; **Ehrt**, BSK, s. 874, kn. 5; **Krauskopf**, Frédéric: Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Herausgeber: Peter Gauch, Victor Aepli, Hubert Stöckli), 7. nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich 2009, s. 443, kn. 1; **Düzceer**, s. 345, 352. Hatta von Tuhr, bu durumda, verilen bağlanma parasını peşinen ödenen bir ceza koşulu saymaktadır. Bkz. **von Tuhr**, (Çev. Cevat Edege), s. 774. Aynı yönde bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Emmeneger**, s. 321, kn. 3859; **Bernhard**, s. 637, kn. 1817.

görüş ise, taraflarca bağlanma parasının aynı zamanda sözleşme cezası niteliğinde olduğunu da kararlaştırmadıkları sürece, kanuni ve haklı bir gerekçeye dayanmayan bir yorum ile bağlanma parasının tazminat alacağına mahsup edilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁰.

Yargıtay ise, bağlanma parasını verenin kusuru sebebiyle ifanın mümkün olmaması halinde, bağlanma parasının iadesinin gerekeceğini; bağlanma parasını alan tarafın sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle tazminat hakkı olacağı için, tazminat hakkı kadarki bağlanma parasını alıkoyabileceğini ifade etmiştir⁴¹.

Alacaklının bağlanma parasını mahsup yükümlülüğünün olmaması durumunda, yani asıl alacağa mahsup edilmeyeceği yönünde bir yerel adet veya sözleşme bulunması halinde; alacaklı, bağlanma parasını elinde tutarken, ayrıca tazminatın tamamını talep etme yetkisi olacaktır⁴². Bu hususta, aksine yerel adet veya sözleşme olduğunu ispat yükü, bunun varlığını iddia edecek olan tarafta, yani menfaati mahsup yapılmamasından yana olan tarafta olacaktır.

⁴⁰ **Erdem**, s. 669, dn. 22. Kanaatimizce bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu açıkça bağlanma parasının asıl alacaktan düşüleceğini karine olarak kabul etmiştir. Burada da asıl alacak artık tazminat alacağına dönüştüğü için, aynı kuralı burada da uygulamak mümkündür.

⁴¹ Yargıtay 11. HD., T. 14.2.2014, E. 2014/423, K. 2014/2613, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Kısmen aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD., T. 23.3.2004, E. 2003/6039, K. 2004/3240, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Yargıtay'ın yukarıda ifade ettiğimiz gibi, sözleşmenin ortadan kalkması halinde, sözleşmenin ortadan kaldırılması haklı bir nedene dayansın ya da dayanmasın, bağlanma parasını veren tarafın verdiği geri alabileceğini ifade eden kararları da vardır. Bkz. Yargıtay 3. HD., T. 28.4.2014, E. 2013/21340, K. 2014/6498, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

⁴² Doktrindeki bir görüş, bağlanma parasının iade edilmesinin gerektiği durumlarda, borçlunun rızası ile bağlanma parasının zilyetliğine sahip olan, yani bağlanma parasını alan taraf, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, bağlanma parası üzerinde hapis hakkını (TMK m. 950/I) kullanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Feyzioğlu**, (Borçlar), s. 377; **Erdem**, s. 670.

2. Sözleşmenin Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesine Bağlanma Parasını Alan Taraf Sebep Olmuşsa

Burada yine, kusura bağlı bir ayırım yapmak gerekir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bağlanma parasını alan kişinin kusuru olmaksızın gerçekleştiyse (imkânsızlık gibi), bağlanma parasını alan kişinin bu parayı iade etmesi gerekecektir. Örneğin özel bir gün için özel bir kostümün kiralanması amacıyla kurulan bir sözleşmeye dayalı olarak bağlanma parasını alan kişinin, olayda muhtemelen kostümü kiraya veren kişinin (kostüm dükkânı sahibinin) kusuru dışında bir sebeple kostümün yanması halinde, bağlanma parasının iadesi gerekecektir⁴³. Bu durumda bağlanma parasının iadesinin hukuki dayanağının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Olaya göre, kostüm kiralayanın borcu kusuru dışında gerçekleşen bir sebeple sona erdiği için (TBK m. 136/I) ve karşı tarafın, yani kiracının da kira bedelini ödeme borcu da (karşı edim de) sona ereceği için (TBK m. 136/II); bağlanma parasının aynı zamanda kısmi ifa niteliğinde olması sebebiyle, edimin bir kısmını ifa eden kiracının, vermiş olduğu bağlanma parasının, Türk Borçlar Kanunu'nun 136'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereği, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini isteyebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, bu durumda da, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade söz konusu olacaktır.

Bağlanma parasını alan tarafın kusuru neticesinde sözleşmenin ifasının mümkün olmaması halinde, bağlanma parasını veren kişi, bu paranın iadesini isteyebilir⁴⁴. Bu durumda, bağlanma parasını veren kişinin kusuru neticesinde sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde parayı alan kişi gibi parayı veren kişinin de iade davası, sebepsiz zenginleşme kurallarına değil, doğrudan doğruya sözleşme hükümlerine dayanacaktır⁴⁵. Hatta

⁴³ Oser/Schönenberger, s. 698, kn. 4; von Tuhr/Escher, s. 287-288; von Tuhr, (Çev. Cevat Edege), s. 774; Ehrat, BSK, s. 875, kn. 7; Eren, s. 1216; İnan/Yücel, s. 562.

⁴⁴ İnan/Yücel, s. 563; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 160.

⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 340. İadenin sebepsiz zenginleşme veya özel bir borcun ifası talebiyle yapılacağı yönünde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 915. Sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadenin yapılacağı görüşü için bkz. Düzceer, s. 352; Ehrat, BSK, s. 875, kn. 7; Oser/Schönenberger, s. 698, kn. 4; von Tuhr/Escher, s. 287-288; Staffebach, OR Kommentar, s. 372, kn. 6.

bağlanma parasını veren kişi, bu paranın iadesinin yanında karşı taraftan sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararının tazminini de isteyebilir⁴⁶.

G. Bağlanma Parası ve Güvence Parası Arasındaki Farklar

Güvence parası, borçlunun borcuna aykırı davranışı halinde, alacaklının uğradığı zararı karşılık, alıkoymak üzere verdiği paradır. Elektrik, su, doğalgaz gibi hizmet sunan kurumların tüketici ile yaptıkları abonelik sözleşmelerinde aldıkları *güvence parası* ile bir kira sözleşmesinde, kirala-yanın kira bedelini ödememesi ya da kiracının kiralanana zarar vermesi sebebiyle doğabilecek alacağına karşılık kiracıdan aldığı *depozito* buna örnek gösterilebilir⁴⁷.

⁴⁶ İnan/Yücel, s. 563; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 160.

⁴⁷ Güvence parasının hukuksal niteliği tartışmalıdır. Öğretide güvence parasını “*düzensiz rehin*” olarak nitelendirenler vardır. Bkz. Cansel, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 64-69; Serozan, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, (Taşınır Eşya Hukuku), s. 341-342; Makaracı Başak, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 250-256; Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Cilt II, Rehin Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 84-85; Yavuz, Nihat: “Kira Depozitosunun Hukuksal Mahiyeti, Düzensiz (Usulsüz) Rehin mi, Yoksa Doğması Muhtemel Bir Borcun İfası Uğruna Verilen Teminat mıdır?” Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2003, Cilt: 29, Sayı: 1-2, s. 17-23. Güvence parasının rehinin bir türü olduğu kabul edilemez. Çünkü rehinde borç ifa edilmediği takdirde, alacaklı rehin olunana sahip olmaz. Güvence parasında ise, borçlunun borcuna aykırı davranması halinde, alacaklı uğradığı zararı karşılık olarak güvence parasına sahip olabilmektedir. Aynı yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, (Borçlar), s. 790, dn. 963. Yargıtay ise, güvence parasını “*doğması muhtemel bir borcun ifası uğruna verilen bir teminat*” olarak kabul etmektedir. Bkz. “...Kiracı muhtemel hasarlara karşı önceden bir güvence parası vermişse kiralayan teminat alacağını bu paradan mahsup edebilir (Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.1/2, Ank.1985, sh. 187, 188). O halde kiracının (davalının) muhtemel hasarlara karşı önceden bir güvence parası vermesi halinde bunu (doğması muhtemel bir borcun ifası uğruna verilen teminat) olarak nitelendirip kirala-yanın (davacının) tazminat alacağını bu paradan muaccel olduğu tarih itibarıyla mah-sup edilebileceğini kabul etmek gerekir...”, Yargıtay 3. HD., T. 3.6.1999, E. 1999/4930, K. 1999/5843, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 21.11.2016); Yargıtay 6. HD., T.

Güvence parası (depozito) ile bağlanma parası birbirinden farklıdır⁴⁸. Bağlanma parası, sözleşmenin kurulduğuna kanıt oluşturmak amacıyla verildiği halde; güvence parası, borçlunun borcuna aykırı davranışı sebebiyle alacaklının doğacak zarar ve alacaklarına karşılık olması amacıyla verilir. Bu kapsamda, güvence parasının bir tür borca aykırı davranışın teminatı olduğu söylenebilir⁴⁹.

Bağlanma parası, aksine sözleşme veya yerel adet varsa, asıl alacağa mahsup edilmemekte, parayı verene iade edilmektedir. Güvence parası ise, hiçbir zaman asıl alacağa mahsup edilmek üzere verilmez, borçlunun borca aykırı davranması ihtimali üzerine, muhtemel zararına karşı güvence oluşturmak üzere verilir⁵⁰.

II. CAYMA PARASI

A. Genel Olarak Cayma Parası

Sözleşmenin yapılması sırasında taraflardan biri diğerine bir miktar para verir ve aralarındaki açık ya da örtülü anlaşmaya göre parayı veren

19.3.2012, E. 2012/665, K. 2012/4239, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

⁴⁸ Yargıtay, bazı kararlarında depozitonun *bağlanma parası* veya *güvence parası* olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. "...Depozito bir taahhüt sırasında yatırılan güvence veya bağlanma parası olup, taahhütten kaynaklanan edimlerin yerine getirilmemesi veya akde aykırılık nedeni ile doğacak zararların karşılanması için taraflarca kararlaştırılarak sözleşmenin karşı tarafına verilen para yahut para yerine geçebilecek teminatıdır...", Yargıtay 6. HD., T. 19.3.2012, E. 2012/665, K. 2012/4239, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Yargıtay'ın *güvence parası (depozito)* ile *kaparoyu (bağlanma parasını)* karıştırdığına ilişkin başka bir kararı için bkz. "...KARŞI OY YAZISI... Kaparo adı altında verilen güvence parasının hapis hakkı doğurmayacağı kuşkusuzdur. Sözleşmeden cayma söz konusu olduğuna göre güvence parasının (kaparodan) her zaman geri istenmesi mümkündür...", Yargıtay 1. HD., T. 1.6.2005, E. 2005/2214, K. 2005/6653, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Yargıtay'ın bağlanma parası ile güvence parası arasındaki ayrımı net olarak yaptığı kararı da vardır. Bkz. Yargıtay 11. HD., T. 17.6.1982, E. 1982/2232, K. 1982/2904, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

⁴⁹ **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 790.

⁵⁰ **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 790

verdiği parayı karşı tarafta bırakması karşılığında sözleşmeden cayma yetkisine sahip olursa, burada *cayma parası*⁵¹ söz konusu olur (TBK m. 178). Türk Borçlar Kanunu'ndaki cayma parası ile ilgili hükme göre, parayı alan taraf da, aldığı için iki katını vererek sözleşmeden cayabilecektir. Görüldüğü üzere, cayma parası taraflardan her ikisine de sözleşmeden cayma hakkı vermektedir⁵².

Doktrinde cayma parasının da para dışında başka bir şey olarak kararlaştırılmasında bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir⁵³. Ancak biz, bağlanma parasında olduğu gibi, cayma parasının konusunun da, kanunda açıkça “*para*” dediği için, para olması gerektiği görüşündeyiz⁵⁴.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu cayma parasını tanımlamamış, sadece hukuki sonucunu hükme bağlamıştır. Kanundaki ilgili hükümden tarafların, aralarındaki sözleşme ile kararlaştırdıkları bu para sayesinde, bir neden belirtmeksizin, sözleşmeden cayabilecekleri anlaşılmaktadır. Bu noktada cayma parasının taraflara *seçimlik bir yetki* vermesi özelliği karşımıza çıkmaktadır. Bu seçimlik yetki şu şekildedir: Taraflar isterlerse sözleşmeyi ifa ederler, isterlerse cayma parasını ödeyerek sözleşmeden cayabilirler⁵⁵.

⁵¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156'ncı maddesi “*cayma parası*” için “*zamanı rücu*” terimini tercih etmişti. Doktrinde de cayma parası için “*Cayma Akçesi*”, “*Zaman-ı Rücu*”, “*Zımanı Rücu*”, “*Pişmanlık Akçesi*”, “*Akitten Cayma Tazminatı*” gibi farklı terimler tercih edilmiştir. Bkz. **von Tuhr**, (Çev. Cevat Edege), s. 775; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, Baha Matbaası, İstanbul, 1963, (Cezai Şart), s. 31; **Saymen/Elbir**, s. 827; **Düzceer**, s. 342-354; **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 788; **Ayan**, s. 78.

⁵² Akıntürk/Ateş Karaman, cayma parasının, bir bakıma sözleşmeden dönmenin yaptırımını niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 161. Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumaloğlu, da cayma parasını, taraflardan birisinin sözleşmeden dönmesi halinde ödeyeceği para miktarı olarak tanımlamıştır. Bkz. **Zevkliler**, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutcu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumaloğlu, Emre: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, s. 386.

⁵³ Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 338-339; **Erdem**, s. 671.

⁵⁴ Benzer görüş için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Emmeneger**, s. 322, kn. 3864; **Koller**, s. 78.

⁵⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususu ifade eden kararı için bkz. BGE, 84 II 155, (Karar için bkz. **Altherr**, Hans/**Brem**, Ernst/**Bühlmann**, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, 2.

Ancak cayma parasının *sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin ifa edilmesi arasındaki zaman aralığında* rol oynadığını ve amaçlarını sadece bu zaman aralığında gerçekleştirebileceği unutulmamalıdır.

İfade edelim ki, cayma parasının illa ki, sözleşmenin karşı tarafına verilmiş olması şart değildir. Cayma parası, üçüncü kişiye verilmiş olabileceği gibi, onun nezdinde bloke edilmiş de olabilir⁵⁶.

B. Cayma Parasının İşlevleri

Türk Borçlar Kanunu, aynı zamanda bu hükmüyle, tarafların sözleşmeyle bağlı kalmalarını amaçlamıştır. Sözleşmenin taraflarından biri, bir miktar parayı sözleşmeden caymasının yaptırımını olarak vermişse, daha sonra sözleşmeden döndüğü takdirde bu miktarı geri isteyemeyeceğini bilir. Bunu alan taraf da, aynı şekilde sözleşmeden cayacak olursa, kendisine verilen miktarın iki katı tutarında ödeme yapmak zorunda kalacağını düşünmek zorundadır. Neticede verdiği parayı kaybetmek istemeyen taraflar için, sözleşmeyi ifa etmek en iyi seçenek olarak görünmektedir. Ancak, cayma parasının taraflara her zaman sözleşmeden dönme yetkisi tanınması açısından sözleşmenin bağlayıcı niteliğini zayıflatmasında da rol oynadığı söylenebilir⁵⁷. Oysaki bağlanma parası sözleşme ile bağlılığın kuvvetlendirilmesinde etkili olmaktadır⁵⁸.

Überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern 1994, s. 173, kn. 1). Aynı yönde görüş için bkz. **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 884, kn. 17; **Wolfer**, Marc: Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, (Dissertation), Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2012, s. 9, kn. 27.

⁵⁶ **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 881, kn. 4; **Erdem**, s. 671. Bağlanma parasının ödemesinin de üçüncü bir kişiye yapılabileceği yönünde bkz. **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 881, kn. 4.

⁵⁷ **Franko**, s. 258; **Düzceer**, s. 345; **Saymen/Elbir**, s. 828; **Ehrat**, BSK, s. 874, kn. 2; **Huguenin**, s. 189, kn. 1199. Justinianus döneminde Roma Hukukunda vücut bulan cayma parasının (pişmanlık akçesinin) kaynağı aslında Yunan Hukuku'dur. Bu kayıt o hukuk sisteminde, alım-satıma ilişkin sözleşmelerin daha kuvvetli sonuçlar doğurmasını sağlıyordu. Çünkü Yunan Hukukunda, Roma Hukukunda ve bugünkü hukuk sistemlerinde olduğu gibi borç doğuran rızai bir satış sözleşmesi bilinmiyordu. Bu nedenle cayma parası Yunan Hukukunda sözleşmenin kuvvetlenmesini sağlarken; diğer hukuk sistemlerinde sözleşmenin zayıflaması sonucunu doğuruyordu. Bkz. **Schwarz**, Andreas

Doktrinde bir görüş, cayma parasını, sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden cayması sebebiyle diğer tarafa, sözleşmeden cayılması sebebiyle oluşan ekonomik kayıplarının giderilmesi için verilen bir tür tazminat olarak tanımlamıştır⁵⁹. Bu tanımdan yola çıkılarak, cayma parasının bir bakıma sözleşmeden cayılması sebebiyle oluşacak muhtemel zararların giderilmesi bakımından bir güvence sağlama amacını da gerçekleştirdiği söylenebilir.

C. Cayma Parasının Her İki Tarafa da Sözleşmeden Cayma Hakkı Vermesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesine göre, cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir. İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, parayı alan tarafa da, aldığı iki katını vererek sözleşmeden dönebilme hakkı tanınmıştır. Görüldüğü üzere, cayma parası taraflardan her ikisine de sözleşmeden dönme hakkı vermektedir⁶⁰.

B.: Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (Çev. Davran, Bülent), Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s. 262; **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 31.

⁵⁸ **Ehrat**, BSK, s. 874, kn. 2; **Huguenin**, s. 189, kn. 1199.

⁵⁹ Bkz. **Ehrat**, BSK, s. 876, kn. 11.

⁶⁰ Erdem'e göre, cayma parası vererek sözleşmeden serbestçe dönme hakkı, taraflardan sadece birine de tanınmış olabilir. Bu durumda, sadece cayma parası verenin dönme hakkına sahip olduğu tarafların iradelerinden açıkça anlaşılmalıdır. Bkz. **Erdem**, s. 672. Yargıtay 14. HD., T. 31.10.1978, E. 1978/3941, K. 1978/4667, "... Satış vaadi sözleşmesiyle tarafların güttüğü amaç, koşullar elverdiğinde taşınmazın alıcıya temlikidir. Bunu sağlamak üzere sözleşmeye konan ceza koşulu da bir müeyyide, bir teminattır. Tarafların akitten dönme haklarının olduğu sözleşmede açıkça yazılı olmadıkça (Cayma halinde tazminat ödeneceğine dair) sözler BK.nun 156. maddesinin 3. fıkrasındaki zamana rücu olarak nitelendirilemez..." (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 27.11.2016). Yargıtay, kararında da görüldüğü üzere, sözleşmede öngörülen miktarın cayma parası olarak kabul edilmesi için tarafların açıkça dönme haklarını saklı tutmuş olmalarını aramıştır. Ancak cayma parasının en temel özelliği, sözleşmenin yapıldığı anda paranın verilmiş olmasıdır. Aksi halde, cayma parasının varlığı değil, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ifayı engelleyen ceza koşulunun (dönme cezasının) varlığı tartışılabilirdi ki, olayda her ikisinin de bulunmadığı söylenebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesine göre cayma parasına ilişkin anlaşmanın geçerliliği için bir şekil kuralı benimsenmiş değildir. Ancak asıl sözleşme herhangi bir şekilde (kanuni ya da iradi olarak) yapılmışsa, bu durumda cayma parasına ilişkin anlaşmanın da, asıl sözleşme hangi şekilde yapıldıysa o şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Yani cayma parasına ilişkin anlaşma, asıl anlaşmanın tabi olduğu şekle bağlı olacaktır⁶¹.

Cayma hakkı, hakların bir türü olan *bozucu yenilik doğuran hak*tir. Bu hak da diğer yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur⁶².

İsviçre Federal Mahkemesi, 1958 tarihli bir kararında, cayma beyanında bulunulmamış olsa bile, kusuru ile sözleşmenin ifasına engel olan tarafın cayma parasını ödemek zorunda kalacağını ifade etmiş, aksi durumda kusuru ile sözleşmenin ifasına engel olan tarafın cayma parasını ödemekten kurtulabiliyor olmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kanaatine

⁶¹ **Gauch/Schluép/Schmid/Emmeneger**, s. 323, kn. 3866; **Koller**, s. 77; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 8; **Ehrtat**, BSK, s. 876, kn. 11; **Wolfer**, s. 48, kn. 152. Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı için bkz. Bundesgerichtsurteil, 4C.271/2003 E. 2.2, (Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2003/Entscheide_4C_2003/4C.271__2003.html E.T.: 30.01.2017). Pietruszak, bağlanma parası için de aynı görüştedir. Bkz. **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 8.

⁶² **Bucher**, s. 517; **Eren**, s. 1216. Oysaki Alman Medeni Kanunu'nun 353'üncü paragrafında düzenlenmiş olan cayma parası (Reugeld) kapsamında cayma hakkının kullanılması halinde, cayma hakkının etki doğurabilmesi, cayma parasının ödenmemesine rağmen karşı tarafın buna derhal itirazda bulunmaması koşuluna tabi kılınmıştır. Şöyle ki; cayma beyanında bulunan taraf, öncesinde veya cayma hakkını ileri sürdüğü esnada cayma parasını ödemişse, diğer taraf, cayma beyanına karşı bu sebeple derhal itirazda bulunabilir ve bu durumda cayma beyanı hüküm ve sonuçlarını doğurmaz; bundan sonra cayma beyanını ileri süren taraf, ancak, cayma parasını ödeyerek caymanın hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayabilir. Buna karşın diğer taraf, cayma parasının ödenmesine derhal itirazda bulunmadiysa bu kez yine cayma beyanı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Görüldüğü üzere, Alman Hukukunda cayma hakkı yenilik doğuran bir hakkın özelliklerini taşımamaktadır. Bkz. **Gottwald**, Münck, s. 2255, kn. 3.

varmıştır⁶³. Bu kanaat, doktrinde birçok yazar tarafından da benimsenmiştir⁶⁴. Kanaatimizce, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararına, somut olayın özelliklerinin gerektirdiği hallerde katılmak mümkün olabilir, yoksa Federal Mahkemenin varmış olduğu sonucu genelleştirmek doğru olmaz. Somut olayın özelliklerine göre, borca aykırı davranan kişinin, kendisince yaptığı hesaba göre, cayma beyanında bulunmadığı zaman daha avantajlı konumda olacağını düşünerek hareket ettiği ihtimalde, illaki karşı tarafa varması gerekli bir cayma beyanında bulunmasını aramak, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecektir. Gerçekten; teslim etmekle yükümlü olduğu malı, ifa zamanı gelmeden önce daha yüksek bir fiyata satarak borca aykırı davranan satıcı, aynı zamanda karşı tarafa sözleşmeden caydığını bildirmemiş olabilir. Özellikle bu durum, yüksek tutarda cayma parasının kararlaştırıldığı hallerde, daha sıklıkla ortaya çıkabilir. Bu durumda satıcı hakkında borçlu temerrüdü hükümleri uygulandığında, kendisi hakkında uygulanacak tazminat yaptırımını, cayma parasından daha düşük olabilir. İşte bu noktada satıcının bilinçli olarak cayma beyanında bulunmamasına borçlu temerrüdünün sonuçlarını uygulamak, aynı zamanda onun dürüstlük kuralına aykırı

⁶³ “...Cayma hakkı sahibinin kendisine tanınan cayma hakkını ileri sürmesi halinde, cayma hakkı sahibinin iradesi hilafına somut olayda üçüncü kişinin veya bir başkasının müdahalesiyle sözleşmenin ifasının engellenmesi durumunda, kural olarak cayma parası muaccel hale gelmez, zira bu gibi durumlarda borçlunun caymaya yönelik serbest iradesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda sıklıkla karşılaşıldığı üzere, sözleşmenin ifa edilmemesinde borçlunun tazminatla yükümlü tutulmasını öngören İsviçre Borçlar Kanunu'nun 97'nci maddesi uygulama alanı bulur, meğerki borçlu kusursuzluğunu ispat etmiş olsun. Caymaya yönelik bir iradeden bahsedilemese de, cayma hakkı sahibinin sözleşmeyi kusurlu bir şekilde ifa etmemesi halinde cayma parası muaccel hale gelir. Bu durum, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinin üçüncü fıkrasında (Avusturya Medeni Kanunu'nun 911'inci paragrafının aksine) açıkça düzenlenmiş olmayıp, borçlar hukukunun genel ilkelerinden varılan bir sonuçtur. Aksi bir düşünceyle, sözleşmeyi kusurlu bir şekilde ifa etmeyen borçlunun bu yolla cayma parasını ödemekten kurtulabildiğini kabul etmek, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır...”, BGE, 84 II 151, 156 Sonuç 2, Karar Tarihi: 01.04.1958, (www.swisslex.ch, E.T.: 19.01.2017). Kararın başka bir tercümesi için ayrıca bkz. **Kaneti**, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I (1955-1964), Borçların Genel Hükümleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968, s. 258.

⁶⁴ **Ehrat**, BSK, s. 876, kn. 12; **Düzceer**, s. 353; **Feyzioğlu**, (Borçlar), s. 382; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 8; Kararın eleştirisi için bkz. **Erdem**, s. 676-677.

olan bu davranışını ödüllendirmek anlamına gelebilir. Bu sebeple, dürüstlük kuralının dikkate alınabildiği hallerde, cayma bildirimının karşı tarafa varması gerekli bir beyan özelliği aranmaksızın, cayma parasına ilişkin hükümler uygulanabilmelidir. Ancak bu kabul istisnai hallere ilişkin olabilir; sözgelimi yukarıdaki örnekte, satıcı amacına ulaşabilmek için karşı tarafın kendisiyle iletişim kurması girişimini yanıtsız bırakmışsa, örneğin telefonlarına cevap vermiyorsa, onun bu tutumu diğer davranışlarıyla birlikte dürüstlük kuralına aykırı bir görünüm arz etmektedir.

Cayma hakkının ne zamana kadar kullanılacağına ilişkin taraflar bir süre belirleyebilir. Böyle bir belirleme yoksa cayma parası verilerek elde edilen sözleşmeden *cayma hakkı, en geç bu sözleşmeden doğan asli edim ifa edilene kadar kullanılabilir*⁶⁵. Asli borç ifa edildikten sonra bu hak ortadan kalkacaktır. Örneğin, cayma parası verilen bir satış sözleşmesinde satılan mal, alıcıya teslim edildikten veya bedel satıcıya ödendikten sonra; konut kirası sözleşmesinde kiracı eve yerleştikten veya ilk kira bedeli ödendikten sonra cayma parası verildiği gerekçesiyle sözleşmeden dönülemeyecek ve Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesinin sonuçları doğmayacaktır. Ayrıca somut olayın özellikleri de cayma hakkının ileri sürülmesine engel teşkil edebilir. Örneğin karşı taraf ifa hazırlıklarına başladıysa veya başlamış olabileceği biliniyorsa, artık bu durumda, henüz ifa gerçekleşmemiş olsa da, sözleşmeden caymanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu söylenebilir⁶⁶.

Parayı veren taraf, sadece verdiği miktarı karşı tarafta bırakarak sözleşmeden dönebilme hakkına sahip olurken; parayı alan taraf, aldığı iki katı tutarındaki bir miktarı karşı tarafa vererek sözleşmeden cayabilme imkânına sahiptir. Bu yönüyle, cayma halinde parayı veren ile parayı alan tarafın mal varlığından eksilen miktar farklı gibi görünmektedir. Bu farklılık şu sebeplerdir: Sözleşme kurulurken cayma parasının verilmesi, hem tasarruf işlemi hem de kazandırıcı bir işlemdir. Bu aşamada cayma parasını alanın malvarlığı doğrudan etkilenir ve malvarlığının aktifinde bir artış gerçekleşir. Karşı tarafın cayması halinde cayma parası miktarının iki katı tutarındaki miktarı ödeme yükümlülüğünün üstlenilmesi ise, malvarlığını doğrudan etkilemediği

⁶⁵ **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 10; **Nomer**, s. 433; **Erdem**, s. 673-674.

⁶⁶ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Erdem**, s. 674.

için borçlandırıcı bir işlem niteliğindedir ve cayma parasını alan kişinin malvarlığının pasifinde bir artışa sebep olur. Ancak her ne kadar görünüşte her iki tarafın malvarlığından eksilen tutar farklı görünse de, aslında cayma parası veren de alan da aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Çünkü kanun koyucu iki katı tutarında dememiş olsaydı, cayma parasını alan tarafın sözleşmeden cayması halinde, kendi cebinden çıkacak para, cayma parası kadar olacaktı, yani aldığı geri verecekti. Dolayısıyla, bu onun için bir kayıp sayılmayacak ve caydırıcı bir niteliği bulunmayacaktı. Neticede, buradaki “... almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir.” ifadesindeki iki katı tutarın içinde, başlangıçta almış olduğu cayma parasının yanında, aynı miktarda ödenmesi gereken para da bulunmaktadır

D. Sözleşme Kurulurken Verilen Paranın Cayma Parası mı, Bağlanma Parası mı Olduğunun Belirlenmesi

Sözleşme kurulurken verilen bir miktar paranın bağlanma parası olarak mı, cayma parası olarak mı verildiği taraflar arasında uyumsuzluk konusu olabilir. Bu hususta, Türk Borçlar Kanunu, 177’nci maddesinde, sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar paranın cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılacağını karine olarak kabul etmiştir. Bu karinenin aksi her zaman ispat edilebilir. Verilen paranın bağlanma parası olarak değil de, sözleşmeden dönmeyi sağlamak amacıyla verildiğini iddia eden taraf, bunu ispat etmek zorunda olacaktır⁶⁷.

⁶⁷ von Tuhr/Escher, s. 288; Oser/Schönenberger, s. 698, kn. 6; Keller/Schöbi, s. 97; Bucher, s. 515; Gottwald, MünchK, s. 2161, kn. 10; Ehrat, BSK, s. 874, kn. 4; Esser/Schmidt, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 339; Düzceer, s. 346. Eren, s. 1217. “...taraflar arasında akdedilen anlaşmada sözleşmeden dönülmesi halinde cayma parası kararlaştırılmadığı, alıcının kaparo ödeyeceğinin belirtildiği, davacı yanca ödeme yapılan banka havale dekontunda belirtilen 30.000,00 TL'nin cayma parası olmadığı, davalının tahsil ettiği paranın cayma parası olduğunu yazılı delille kanıtlamadığı, ...”, Yargıtay 19. HD., T. 26.2.2016, E. 2015/12526, K. 2016/3207, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD., T.17.12.2015, E.2015/1769, K. 2015/17176, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). Bu konu ile ilgili olarak, çalışmamızın “I. C. Sözleşme Yapılırken Verilen Paranın Karine Olarak Bağlanma Parası Sayılması” başlığı altındaki açıklamalarımız burada da geçerlidir.

E. Sözleşmenin Geçersiz Olması Halinde Cayma Parasının Akıbeti

Cayma parasının istenebilmesi için sözleşmenin geçerli olması gerekmektedir. Çünkü cayma parası da, bağlanma parası gibi bir *fer'i (yan)* bir borçtur. Bu sebeple, sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz ise, artık cayma parasından da söz edilemeyecektir. Sözleşme geçersiz olmasına rağmen, cayma parasının verilmesi durumunda, alınmış cayma parasının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekecektir⁶⁸.

Borçlunun sorumlu olmadığı haller sebebiyle borcun imkânsızlaşması halinde de, cayma parası, imkânsızlaşan edimin yerini almaz. Edimin imkânsızlaşması durumunda da, cayma parası talep edilmeyecek, verilmiş olan cayma parasının iadesi gerekecektir (TBK m. 136/I)⁶⁹. Çünkü sonraki kusursuz imkânsızlık halinde asıl borcun sona ermesi sebebiyle, buna bağlı *fer'i (yan)* hak olan cayma parasını isteme hakkı da sona erecektir⁷⁰.

⁶⁸ **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 11; **Gottwald**, MünchK, s. 2161, kn. 9; **Ehrt**, BSK, s. 876, kn. 12; **Bernhard**, s. 638, kn. 1825; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 7; **Reisoğlu**, s. 455; **Berki**, s. 281; **Ayan**, s. 79. Yargıtay 13. HD., T. 8.10.1990, E. 1990/1575, K. 1990/6049, "...daire satışına ilişkin taraflar arasında yapılan sözleşme resmi şekilde yapılmış olmadığından hükümsüzdür. Akdi yapanlardan birisi tarafından önceden diğerine ödenen pey akçesi veya cayma akçesi de ceza şartı gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan *fer'i* bir şarttır; bu bakımdan esas akit geçerli olmazsa *fer'i* şart dahi geçerli olmaz. Geçerli olmayan bir akit dolayısıyla ödenmiş bulunan pey akçesinin veya cayma akçesinin geri verilmesi sebepsiz mal edinmeye ilişkin hükümler gereğince istenebilir..." (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 30.11.2016). Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 19. HD., T. 17.12.2015, E. 2015/1769, K. 2015/17176, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016); Yargıtay 3. HD., T. 6.6.2016, E. 2016/6855, K. 2016/8991, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

⁶⁹ BGE, 84 II 156, (**Altherr/Brem/Bühlmann**, s. 173, kn. 2); **Bucher**, s. 517; **Berki**, s. 280; **Düzceer**, s. 353. Ehrt, hem kusursuz sonraki imkânsızlık halinde hem de kusursuz temerrüt halinde cayma parasının muaccel olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. **Ehrt**, BSK, s. 876, kn. 12. Feyzioğlu ise, kusurlu ifa imkânsızlığı halinde, kusurlu tarafın, dönme iradesini açıklamamış olsa bile, cayma parası ödeme borcundan kurtulması dürüstlük kuralı ile bağdaştırılamayacağı için, cayma parasının muaccel olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Feyzioğlu**, (Borçlar), s. 382.

⁷⁰ Bu noktada cayma parasının seçimlik bir borçtan farkı da ortaya çıkmaktadır; zira seçimlik borçlarda imkânsızlaşan edim yerine, diğer edim borcun konusu olur ve borç ortadan kalmaz. Cayma parasının seçimlik borçlardan ayrılan bir diğer yönü de, borçlunun seçimlik hakkını kullanmaması halinde, alacaklının dava yolu ile edimin

F. Cayma Hakkının Kullanılmaması Durumunda Cayma Parasının Akıbeti

Borçlunun cayma hakkını kullanmaması halinde, alacaklıya cayma parası olarak verdiği paranın asıl borçtan mahsup edilip edilmeyeceğine ilişkin kanunda bir hüküm yoktur. Bağlanma parasına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen, cayma parası açısından bir hüküm getirilmemiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de, bu hususa ilişkin kanunda bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İsviçre Hukuku doktrinindeki bazı yazarlar da, cayma hakkının kullanılmaması durumunda OR 158/II'deki hükmün (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 156/II ile aynı yönde) kıyas yoluyla uygulanacağını, yani cayma parasının, alan kişide kalacağını ifade etmişlerdir⁷¹. Bu görüş, Türk Hukuku doktrininde de savunulmuştur⁷². Bunun aksi yönündeki görüş ise, bağlanma parasına ilişkin; bağlanma parasının asıl alacaktan düşülmeyeceğine dair 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 156'ncı maddesinin ikinci fıkrasının istisnai nitelikte olduğunu; hukukun genel yorum ilkelerinden biri olan, istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereği, bunun, cayma parasına kıyasen uygulamanın mümkün olmayacağını ifade etmiştir⁷³. Ancak 6098 sayılı kanunla, ilgili hüküm, tam tersi hale getirilerek, bağlanma parasının asıl alacaktan düşüleceği kabul edilmiş; hüküm (TBK m. 177/II), istisnai nitelikte olmaktan çıkmıştır. Cayma parasına ilişkin de, yine herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu hususta kanunda bir *açık boşluk*⁷⁴ bulunduğu söylenebilir, zira

belirlenmesini isteme hakkı bulunurken, cayma parasında sadece taraflara tanınmış bir seçimlik yetki bulunmaktadır: ya borcu ifa edecekler ya da hiçbir haklı nedene dayanmak zorunda olmadan sözleşmeden dönebilecekler. Bunun dışında, cayma parasında alacaklı, dava yolu ile borçluyu tercihte bulunmaya zorlayamaz. Aynı yönde bkz. **Düzceer**, s. 347; **Erdem**, s. 673.

⁷¹ Bkz. **Ehret**, BSK, s. 875, kn. 11; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmeneger**, s. 322, kn. 3864; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 9; **Bucher**, s. 517-518.

⁷² **Oğuzman/Öz**, s. 541; **Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/Cumaloğlu**, s. 387.

⁷³ **Eren**, s. 1217; **Erdem**, s. 674.

⁷⁴ **Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 134; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre:

önceki hükümde düzenlenen bağlanma parası için bu sonuç hükme bağlanırken, cayma parası bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Açık boşluk halinde; genel hükümlerde başka maddelerde düzenlenmiş olan hükümlere bakmak, kıyasen uygulanabilir bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir⁷⁵. Bu bağlamda, bir önceki maddede yer alan; bağlanma parasına ilişkin düzenleme, kıyasen uygulanabilir bir hükümdür. Neticede, sözleşmeden cayılmaması halinde, verilmiş olan cayma parası, asıl alacağa mahsup edilmelidir⁷⁶. Kaldı ki bu sonucun tarafların sözleşmeden cayılmaması durumunda, verilen cayma parasının asıl alacağa mahsup edilmeyeceğini kararlaştırmamış olmaları halinde geçerli olacağını da belirtmek gerekir, zira taraflar, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, sözleşmenin içeriğini Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı ve 27'nci maddeleri çerçevesinde serbestçe belirleme yetkisine sahip olup, bu doğrultuda sözleşmeden cayılmaması durumunda, verilen cayma parasının asıl alacağa mahsup edilmeyeceğini kararlaştırmış olabilirler.

G. Sözleşmeden Cayma Yaptırımının Cayma Parası İle Sınırlanıp Sınırlanmadığı Hususu

Cayma parası sözleşmeden caymanın bir yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeyi ifa etmekten kaçınmanın; aynı zamanda sözleşmeden tek

Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, s. 99-100; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt: I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 111-112; **Kırca**, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı:1, Yıl: 2001, s. 94.

⁷⁵ **Edis**, s. 143-146.

⁷⁶ **Düzceer**, s. 353; **Nomer**, s. 433. Doktrindeki bazı yazarlar, bu hususta boşluk bulunduğuna ilişkin bir açıklama yapmaksızın, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedirler. Bkz. **Eren**, s. 1217. Oser/Schönenberger de, cayma hakkının kullanılmaması durumunda, cayma parasını verenin verdiği geri isteyebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Oser/Schönenberger**, s. 698, kn. 5. Aynı yönde bkz. **Koller**, s. 73. Bazı yazarlar da, cayma parası olarak verilen şeyin, asıl edim cinsinden olması halinde asıl edime mahsup edileceği; asıl edim cinsinden olmaması halinde de cayma parasını alanın aldığı geri vermekle yükümlü olduğu görüşündedir. Bkz. **Pietruszak**, Kurzk. OR, s. 634, kn. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 341; **Yıldırım**, A., s. 380.

tarafı olarak caymanın yaptırımı, cayma parasını alan için, aldığı için iki katı tutarını karşı tarafa vermek, cayma parasını veren için de, verdiği için karşı tarafta bırakmaktır.

Kanundaki bu düzenleme gereğince, sözleşmeden dönmenin yaptırımı cayma parası ile sınırlanmıştır. Bu durumda alacaklının, borçludan (cayma parası verenden) cayma parası dışında, sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle, aynen ifa veya diğer zararlarının tazmini gibi bir talepte bulunması mümkün değildir⁷⁷. Ancak, borçlunun sözleşmeden dönmesinin yaptırımının sadece cayma parası ile sınırlı tutulmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda, alacaklının cayma parası dışında kalan zararlarını da tazmin edebileceği kabul edilmektedir⁷⁸. Örneğin, alıcının sözleşmenin ifa edilmesi için önemli masraflarda bulunduğunu bilen ve buna sesini çıkarmayan satıcının malı teslim etme zamanı geldiğinde sözleşmeden dönmesi halinde, bu durumun dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı söylenebilir. Bu durumda alıcı aynen ifayı ya da cayma parasını aşan zararının tazmin edilmesini isteyebilmelidir.

Dürüstlük kuralının gerekli kıldığı bu durum yanında, tarafların, cayma parası miktarını aşan zararlarını ayrıca tazmin edebilme haklarını saklı tuttıkları hallerde de diğer zararların istenebilmesi mümkün olmalıdır⁷⁹.

⁷⁷ Feyzioğlu, (Borçlar), s. 381; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 340; Düzceer, s. 354; Saymen/Elbir, s. 829; Kılıçoğlu, (Borçlar), s. 791; Reisoğlu, s. 455; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 161; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumaloğlu, s. 387; Ayan, s. 78; Erdem, s. 677-678. Nitekim Ehrat da, cayma parasını, sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden cayması sebebiyle diğer tarafa, sözleşmeden cayılması sebebiyle oluşan ekonomik kayıplarının giderilmesi için verilen bir tür tazminat olarak ifade etmekle başkaca tazminata yer olmadığını dolaylı olarak vurgulamıştır. Bkz. Ehrat, BSK, s. 876, kn. 11. İnan ve Yücel de, sözleşmeden rücu halinde, cayma parasının azami tazminat miktarı olarak nitelendirileceğini ifade etmiştir. Bkz. İnan/Yücel, s. 563. Erdem de cayma parasının “dönme halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış kesin nitelikte bir menfi tazminat hükmünde” olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Erdem, s. 678.

⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 340-341; Kılıçoğlu, (Borçlar), s. 791.

⁷⁹ Saymen/Elbir, s. 829; İnan/Yücel, s. 563; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 161; Ayan, s. 78; Erdem, s. 678.

H. Cayma Parasına Bağlı Cayma Hakkı Dışında Taraflardan Biri İçin Kanunda Düzenlenmiş Bir Sözleşmeden Dönme Hakkının Doğmuş Olması

Cayma parası verildikten sonra, taraflardan biri için kanunda düzenlenmiş bir sözleşmeden dönme hakkı doğarsa ve bu hakka dayanılarak sözleşmeden dönülürse, artık Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesi uygulanmayacaktır⁸⁰. Bu durumda cayma parasını veren kişi cayma parasının iadesini isteyebilir. Cayma parasını alan kişi de, aldığı iki katı tutarını değil, aldığı iade edecektir. Örneğin, cayma parası verildikten sonra borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönülmesi hali böyledir⁸¹.

Yargıtay da, taraflardan biri için kanunda düzenlenmiş bir sözleşmeden dönme hakkının doğması ve bu hakka dayanılarak sözleşmeden dönülmesi durumunda, artık Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesinin uygulanmayacağı sonucunu, “sözleşmeyi fesheden tarafın fesihde haklı olması halinde cayma parasının ödenmeyeceği” yönündeki kararıyla teyit etmiştir⁸².

⁸⁰ **Bucher**, s. 517; **Ehrat**, BSK, s. 874 kn. 2, kn. 12; **Krauskopf**, Präjudizienbuch OR, s. 443, kn. 2.

⁸¹ **Bucher**, s. 517; **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 9; **Ehrat**, BSK, s. 874, kn. 2; **Tandoğan**, s. 36; **Oğuzman/Öz**, s. 542; **Erdem**, s. 673.

⁸² “...yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 47. maddesinde kararlaştırılan ve davaya konu edilen 10.000,00 TL bir cayma cezasıdır. Sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden iş sahibi kooperatifin bu cezadan sorumlu tutulamaması için fesihde haklı olması gerekir. Ne var ki yerel mahkemece bu yönde bir araştırmaya girilmemiştir. Bu sebeple mahkemece, davaya konu paranın bir cayma cezası olarak kabul edilerek, sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden iş sahibi kooperatifin fesihde haklı olup olmadığı araştırılıp davacı yüklenicinin cayma cezasını isteyip isteyemeyeceği belirlenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken anılan gerekçelerle davanın reddi doğru olmamış kararın bu sebeplerle bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 15. HD., T. 22.1.2015, E. 2014/6685/, K. 2015/335, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016). İsviçre Federal Mahkemesi de, ancak kanundan kaynaklı dönme (cayma) hakkının olmadığı durumlarda, cayma parası anlaşması sayesinde sözleşmeden dönülebileceğini; sözleşmeden serbestçe cayılabilesinin cayma parası anlaşmasının bir özelliği olduğunu ifade etmiştir. Bkz. BGE, 84 II 155, (**Altherr/Brem/Bühlmann**, s. 173, kn. 2).

I. Cayma Parasının Aşırı Olması Halinde Hâkim Tarafından İndirilip İndirilemeyeceği Hususu

Cayma parası miktarının aşırı olması halinde indirilip indirilemeyeceğine ilişkin ne 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bir hüküm bulunmaktadır. Oysaki Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında hâkime aşırı ceza koşulu miktarını re'sen indirebilme yetkisi tanınmıştır.

Seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulunun aşırılığı nedeni ile hâkimden indirilmesi istenebilir. Hatta hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirebilme yetkisi de bulunmaktadır. Cayma parasının ise, kanımızca aşırı yüksek olması sebebiyle indirilmesi istenemez ve hâkime bu hususta bir yetki de tanınmamıştır⁸³. Ancak doktrinde bazı yazarlar, hâkimin aşırı ceza koşulunu indireceğine ilişkin hükmün (TBK m. 182/III; 818 sayılı BK m. 161/III; OR 163/III) kıyas yoluyla cayma parasına da uygulanabileceğini ifade etmişlerdir⁸⁴.

Yargıtay da, indirim yapılamayacağı şeklindeki görüşümüzü destekler şekilde, bağlanma parasının, cayma parasının ve ceza koşulunun birbirinden nitelik olarak farklı olduğunu, ilgili hükümlerin de birbirinden tamamıyla

⁸³ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmeneger**, s. 323, kn. 3867; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 6; **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 142; **Feyzioğlu**, (Borçlar), s. 381; **Eren**, s. 1217; **Yıldırım**, A., s. 380; **Oğuzman/Öz**, s. 541; **Ayan**, s. 79; **Erdem**, s. 678.

⁸⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 341; **Wolfer**, s. 88 kn. 272, s. 98 kn. 294. Reisoğlu da, Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasını kıyasen uygulamanın kanun koyucunun amacına tamamıyla uygun olacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla Reisoğlu'na göre de, hâkim aşırı gördüğü cayma parasını re'sen indirebilirdir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 455. Koller'e göre de cayma parası için de, OR 163/III'ün (TBK m. 182/III) kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Yazar, sözleşmenin ifasına kusurlu şekilde engel olunması sebebiyle cayma parasının muaccel olması durumunda, bunun sadece cayma parası olmaması, ceza koşulu (ifayı engelleyen ceza koşulu-*Wandelpön*) olması sebebiyle, OR 163/III'ün kıyasen değil, doğrudan uygulanacağını da ifade etmiştir. Bkz. **Koller**, s. 82, s. 82 dn. 14. Ehrat da, "Draufgeld" olarak adlandırılan bağlanma parasının (asıl borçtan mahsup edilmeyecek olan bağlanma parasının) aynı zamanda peşin ödenmiş sözleşme cezası niteliğinde olması halinde, aşırı nitelikte ise, OR 163/III hükmünün kıyasen uygulanmasıyla indirilebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Ehrat**, BSK, s. 874, kn. 5.

ayrı olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, yerinde olarak, ceza koşulundaki indirime ilişkin hükmün kıyas yoluyla cayma parası için uygulanmayacağını kabul etmiştir⁸⁵. Kaldı ki, kanun koyucu, cayma parasının da ceza koşulu gibi hâkim tarafından indirilebileceğini istemiş olsaydı, bunu hükme bağlardı. Çünkü genel eğilim, hâkime re'sen yetki verilen hususların kanunda düzenlenmesi (TBK m. 182/III, TBK m. 617/II; TMK m. 102/IV, TMK m. 169, TMK m. 183, TMK m. 199/III, TMK m. 254/II, TMK m. 254/IV, TMK m. 351/II ve daha birçok düzenlemede olduğu gibi) yönündedir.

Bu noktada kanun koyucunun düzenleme getirmekten kaçınması karşısında, ortada *bilinçli bir boşluk* olduğu da söylenebilir⁸⁶. Bilinçli boşluk halinde hâkim, hukuk yaratmak yerine her somut olaydaki çıkarlar dengesini gözeterek uygun bir çözüme ulaşmalıdır⁸⁷. Uygun çözüme ulaşmada, görüşümüz gereğince katılmasak da, ceza koşuluna ilişkin indirim kuralının kıyasen uygulanabileceği kabul edilse bile, cayma parasının ödenmiş olması hususu, göz ardı edilmemelidir. Zira ödemenin gerçekleşmesi indirimi talep eden tarafın bu konudaki samimiyeti konusunda şüphe doğurur. Bu yönüyle ceza koşulunun da ödendiği hallerde indirimi talep etmeye cevaz verilmesi gerektiği çoğunluk tarafından savunulmaktadır⁸⁸.

⁸⁵ YHGK, T. 24.1.1970, E. 1966/4-1348, K. 1970/50, “Davacının, davalıya sözleşme gereğince yaptığı ödemelerin cayma akçesi olduğu bir gerçektir. Böyle olunca, ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapıp yapılamayacağı çözümlenmelidir. BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamiyle ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz... O halde cayma akçesinden, aşırı olduğundan söz edilerek indirme yapılması ve özel dairenin gerektirici sebeplere dayanan bozma ilamına uyulmaması isabetsizdir. Davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararları bozulmalıdır.”, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016); Yargıtay 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016. Aynı yönde görüş için bkz. **Ehrat**, BSK, s. 876, kn. 11.

⁸⁶ **Edis**, s. 133; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 99.

⁸⁷ **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 99.

⁸⁸ **Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 119; **Tunçomağ**,

J. Nişanlanmada Cayma Parasının Kararlaştırılmaması

Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinde nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceği, hatta evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatının veya ceza şartının dava edilemeyeceği ancak yapılan ödemelerin de geri istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu *emredici nitelikte bir düzenlemedir*.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, nişandan caymayı zorlaştırmamak ve nişanlıyı evlenme sözleşmesi yapmaya zorlamamak için, taraflar arasında yapılan ve evlenmeden kaçınma durumunda ödeneceği kararlaştırılan cayma parası⁸⁹ veya ceza koşulu içeren sözleşmeleri geçerli kabul etmemiştir. Yani bu hususta öngörülen sözleşmesel cezalar *geçersiz* olacaktır. Çünkü bu tür cezalar, ahlâki düşüncelerle bağdaşmayacak şekilde, evlenme iradesinin serbestçe ve etki altında kalmadan oluşumu esasına aykırı olmaktadır⁹⁰.

(Cezai Şart), s. 154; **Oğuzman/Öz**, s. 536; **Eren**, s. 1189. Diğer görüşe göre ise, borçlu, ceza koşulunu ödese bile, aşırı olduğu gerekçesi ile ceza koşulunun indirilmesini talep edebilecektir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 356; **Kunter**, Nurullah: "Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart", Adliye Ceridesi, 1940, s. 973.

⁸⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasında "*cayma tazminatı*" ifadesine yer verilmiştir. Burada kastedilen Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesindeki "*cayma parası*"dır. Cayma parası aslında bir tazminat değildir, sözleşme kurulurken peşin ödenen bir miktar paradır. Sözleşmeden dönülmesi halinde karşı tarafta kalan bir miktar para olması sebebiyle tazminat değil de, ceza niteliği bulunmaktadır. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 65, dn. 174; **Özmen**, E. S., s. 523, 541. Şimdiki düzenlemenin karşılığı olan eski 743 sayılı Medeni Kanun'un 83. maddesinin 14.11.1990 tarihli değişikliğinden önceki hali şu şekildeydi: "*Evlenmekten imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir.*" Feyzioğlu, buradaki "*tazminat*" ifadesini dar yorumlamak gerektiğini, bu ifadenin bağlanma parasını, cayma parasını, ceza koşulunu, hatta bunlar dışında da tazminat kararlaştırılma ihtimalini göz önünde bulundurarak kapsamının geniş olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, (Aile), s. 42.

⁹⁰ **Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung, (Artikel 90-136 ZGB), Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964, Art. 91, s.

Kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesi gereğince geçersiz olan bu sözleşmelere dayanarak, cayma parası adı altında bu amaçla verilmiş paraların, Türk Borçlar Kanunu'nun 78'inci maddesi gereğince, borç olmadığı halde ödenmiş edimin iadesi davası ile istenebilmesi gerekecekti. Ancak kanun koyucu, hem sözleşmede kararlaştırılan cayma parasının dava yoluyla ödenmesinin talep edilemeyeceğini hem de bu amaçla ödenen cayma parasının geri istenemeyeceğini hükme bağlayarak, cayma parasının verilmesi ve iadesi olarak ortaya çıkan borcu *eksik borç* olarak kabul etmiştir⁹¹. Ancak buradaki ödemenin iade edilemeyeceği şeklindeki düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilerde, anılan hükmün dar yorumlanması gerektiği, sorunun Türk Borçlar Kanunu'nun 81'inci maddesi çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği, yapılan ödemenin iadesi talebinin sadece iki tarafın amacının da ahlaka aykırı olduğu durumlarda reddedilmesi gerektiği; alışılmış hediye kapsamına girmeyen verilmiş şeylerin ve bu kapsamda cayma parası adı altında yapılan ödemelerin iadesinin talep edilebilir olması gerektiği ifade edilmektedir⁹². Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki açık hükme rağmen

29, kn. 7; **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2009, s. 192, kn. 11; **Kletečka**, Andreas: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006, s. 447; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 692; **Öztan**, s. 65; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 26; **Özmen**, E.S., s. 528. Kısmen aksi görüş için bkz. **Tekinay**, Selahattin: Türk Aile Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 24.

⁹¹ **Yavuz**, Nihat: Uygulamada Nişan Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 52; **Koç**, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 59; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile), s. 21; **Öztan**, s. 65; **Özmen**, E. S., s. 552. Doktrindeki bir görüşe göre, cayma tazminatının (parasının) nişanlı taraflar dışında, üçüncü bir kişinin (uygulamada genellikle ana-baba olmaktadır) ödemiş olması halinde de durum değişmeyecek; bu durumda da, henüz ödenmeyen cayma parasının ödenmesi dava yoluyla talep edilemeyecek; ödenmiş olan cayma parası nişanın bozulması halinde geri istenemeyecektir. Bkz. **Özmen**, E. S., s. 556.

⁹² **Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku), Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 19-20; **Öztan**, s. 66.

Türk Borçlar Kanunu'nun 81'inci maddesine gitmek ve bu hükmü kıyas yoluyla uygulamak doğru olmayacaktır⁹³.

Doktrinde, nişanın evlenme ile sonuçlanması durumunda, cayma parası olarak verilen paranın Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca geri istenemeyeceği, bu hükmün, nişanın iradi olarak bozulması durumları için geçerli olacağı ifade edilmiştir⁹⁴. Aynı görüş, taraflardan birinin kusuru dışında gerçekleşen, (taraflardan birinin akıl hastası olması veya ölmesi gibi) nedenlerle nişanın bozulması durumunda da, Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmayacağını, yani verilmiş olan cayma parasının iadesinin istenebileceğini; ancak keyfi nedenlerle cinsiyet değiştirilmesi gibi taraflardan birinin kusuruna dayanan nişanın kendiliğinden bozulması hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanacağını, cayma parasının iadesinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir⁹⁵. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü nişanın hangi nedenlerle bozulduğu konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasında bir ayırım yapılmamıştır. Hükmün hareket noktası, cayma parası olarak verilen paranın hangi amaç için verildiği, ne için kararlaştırıldığıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, evlenmeden kaçınma hali için verilen cayma parası dava edilemez ve verilmiş olan cayma parasının iadesi söz konusu olamaz. Hükmün açık düzenlemesi gereği, daha sonra nişan hangi nedenle ortadan kalkmış olursa olsun, aynı kural geçerli olacaktır. Nişan ister evlenme ile ister bozma ve evlenme

⁹³ Aynı yöndeki görüş için bkz. *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 692.

⁹⁴ Bkz. *Özmen*, E. S., s. 560.

⁹⁵ *Özmen*, E. S., s. 560-561. Bu görüşe göre, hukuka aykırı bir davranışı ile örneğin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması nedeni ile nişanın bozulmasına neden olan taraf, aldığı cayma parasını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmelidir. Bkz. *Özmen*, E. S., s. 557. Aynı görüş, cayma parasını veren kişinin tazminatla yükümlü olması halinde ise, verdiği miktarı aşan bir tazminatı, bakiyeyi ödemekle yükümlü olduğunu ve tazminat miktarının cayma tazminatını aşmaması halinde ise tazminatla yükümlü olmayacağını kabul etmektedir. Bkz. *Özmen*, E. S., s. 559. Ancak bu açıklamalara da katılmak mümkün değildir. Çünkü kanun bu hususu emredici şekilde kesin hükme bağlamıştır ve bir ayırım yapmamıştır. Kanımızca, kanunun kabul etmediği, geçersiz saydığı cayma parasını, geçerli gibi kabul ederek, cayma parasının hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul etmek yerinde değildir.

dışında bir sebeple (bu taraflardan birinin kusuruna dayansın ya da dayanmasın farkıdır) ortadan kalksın sonuç aynı olmalı, cayma parasının ödenmesi dava edilememeli, ödenmiş olan cayma parasının da iadesi istenmemelidir.

III. BAĞLANMA PARASI VE CAYMA PARASININ CEZA KOŞULU İLE BENZERLİKLERİ VE FARKLILIKLARI

A. Ceza Koşuluna İlişkin Genel Açıklamalar

Bağlanma parası ve cayma parası ile ceza koşulunun benzerlik ve farklılıklarını belirleyebilmek için öncelikle ceza koşuluna kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ile 182'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ceza koşulu, mevcut borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında, borçlunun alacaklıya ödemesi gerekli olan malî değere sahip bir edim olarak tanımlanabilir. Ceza koşulunun bazı unsurları bulunmaktadır. Öncelikle bir ceza koşulundan söz edebilmek için onun bağlı olduğu geçerli asıl bir alacağın (edimin) bulunması ve bu asıl edime bağlı bir de ceza koşulu niteliğinde ayrı bir edimin bulunması gerekir. Ayrıca ceza koşulu niteliğindeki edimin mali bir değeri de bulunmalıdır⁹⁶. Asıl borç ile ceza koşulu niteliğindeki ayrı edim arasında bir asıl borç- yan (fer'i) borç ilişkisi bulunmalıdır. Yine, ceza koşulunun, bir hukuki işlem ile belirlenmesi gereklidir. Bu hukuki işlem, tek taraflı veya çok taraflı olabilir. Ayrıca bu işlem, hükümlerini işlemi yapan hayatta iken doğurmalıdır. Bu sebeple ceza koşulu, ölüme bağlı tasarruflarda söz konusu olamaz⁹⁷.

⁹⁶ Aynı görüş için bkz. **Kaduk**, StauK, §§ 339, s. 171, kn. 2; **Schoch**, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Verlag von Stämpfli&Cie, Bern 1935, s. 25-26; **Arkan**, Azra: Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:71, Sayı:1-2-3, (Ocak-Şubat-Mart 1997), Ayrı Basım, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1997, s. 7; **Kocağa**, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 106-107.

⁹⁷ **İnan/Yücel**, s. 565; **Cansel**, Erol/Özel, Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt:1, İzmir 2013, (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013), s. 722.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesindeki “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.*

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.

Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” hükmü incelendiği zaman, birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında üç tür ceza koşulunun düzenlendiği görülür. Bunlar *seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşuludur.*

Sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde bir ceza koşulu konulmuş ve aksine bir sözleşme yapılmamışsa, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da ceza koşulunu talep edebilir (TBK m. 179/I). Burada *seçimlik ceza koşulu* söz konusudur ve açıkça görüleceği gibi, alacaklı sözleşmenin ifasını veya ceza koşulunu talep etmek şeklinde seçimlik bir hakka sahiptir⁹⁸. Ancak, maddenin bu hükmü emredici olmadığından; taraf-

⁹⁸ **Reisoğlu**, s. 456; **İnan/Yücel**, s. 568; “*Yanlar arasındaki 21.05.1993 tarihli sözleşmenin "Taahhüdün yerine getirilmemesi" başlıklı 19. maddesinde "kooperatif işbu sözleşme ve eklerinden doğan keyfiyetlerini yerine getirmediğinde, inşaatı hiç yapmadığında, yarım bıraktığında veya sözleşme hükümlerine uymadığında yer sahiplerine 5.000.000.000.- TL cezai şart ödemeyi kabul ve taahhüt eder" hükmü yazılıdır. Görülüyor ki, bu maddede belirlenen ceza, BK'nun. 158/1. maddesinde düzenlenen seçimlik cezadır. BK'nun 158/1. maddesi gereğince, aksine sözleşmede hüküm bulunmadığından alacaklı ya akdin İcrasını veya cezanın ödetilmesini isteyebilir. Somut olayda davacı arsa sahibi eksik ve kusurlu işler bedelini istemekle sözleşmenin ifasını istemiş olduğundan, ayrıca seçimlik cezayı davalıdan talep edemez. O halde, bu yön göz önünde bulundurulmadan, hakemlere cezai şarta ilişkin isteğin reddi yerine, yazılı olduğu şekilde bu isteğinde kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...”, Yargıtay 15. HD, T. 24.7.2006, E. 2006/2961, K. 2006/4723, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 14.12.2016). Aynı şekilde seçimlik ceza koşulunda, sözleşmenin ifasını talep eden alacaklı, daha sonra isteğinden dönerek ceza koşulunun ödenmesini talep edemez. Bkz. Yargıtay 15. HD, T. 15.2.1988, E. 1988/1994, K. 1988/569, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 14.12.2016).*

lar, borcun yerine getirilmemesi halinde hem borcun ifasının hem de cezanın ödenmesinin talep edilebileceğini kararlaştırabilirler.

Ceza koşulu, sözleşmenin belirli bir zamanda veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesi ihtimaline yönelik konulmuşsa ve aksi kararlaştırılmamışsa, alacaklı hem ceza koşulunu hem de zamanında veya yerinde yapılmayan ifayı talep edebilir (TBK m. 179/II). Bu tür ceza koşuluna *ifaya eklenen ceza koşulu* denilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin ikinci fıkrasında da, emredici bir düzenleme olmadığı için, taraflar aralarındaki anlaşmayla, yerinde veya zamanında ifa etmeme halleri dışında kalan diğer bütün ifaya aykırılık halleri için, ifa ile birlikte ceza koşulunun da istenebileceğini kararlaştırabilirler.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, borçlu ceza koşulu olarak hukuki işlemde kararlaştırılan tutarı ödeyerek sözleşmedeki asıl borcundan kurtuluyorsa, bu, *dönme veya fesih ceza koşulu* veya *ifayı engelleyen ceza koşulu* veya doktrinde ifade edildiği şekliyle "*fesih (dönme) cezası*" adını alır. Uygulamada ifayı engelleyen ceza koşuluna (dönme cezasına) nadir olarak rastlanmaktadır ve bu tür ceza koşulu, borçlunun durumunu biraz daha elverişli hale getirdiği için, onun üzerinde ifaya yönelik çok fazla manevi baskı yaratmaz⁹⁹. Bu tür ceza koşulu, cayma parası (pişmanlık akçesi) ile benzerlik gösterse de, ondan farklı niteliği ve sonuçları vardır. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

Ceza koşulunun sağladığı birtakım faydalar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, borçluyu ifaya zorlamasıdır. Diğer bir faydası da, alacaklıyı uğradığı zararın miktarını ve kapsamını ispat etme külfetinden kurtarmasıdır. Alacaklı, borcun hiç ifa edilmediğini veya gereği gibi ifa edilmediğini, zamanında ve yerinde ifa edilmediğini ispat ederek ceza koşulunu talebe hak kazanır¹⁰⁰. Ayrıca, ceza koşulu önceden kararlaştırıldığı için, hâkimi tazmi-

⁹⁹ **Oser/Schönenberger**, s. 705, kn. 7; **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zürich 2000, s. 619, kn. 4; **Schoch**, s. 5; **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 47. Kılıçoğlu, ceza koşulunun bu türünü "ifa yerine geçen ceza koşulu" olarak ifade etmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 800.

¹⁰⁰ **İnan/Yücel**, s. 566; **Ernas**, Bülent/**Yalçıntaş**, Simin: "Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ankara

nat miktarını takdir etme yükümlülüğünden kurtararak bir kolaylık sağlamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesindeki “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*”

Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.” hükmünden anlaşıldığı üzere, ceza koşulunun ödenmesi için ceza koşulu alacaklısının zararının ne kadar olduğu hatta zararının bulunup bulunmadığı önemli değildir¹⁰¹. Ancak ceza koşulu talep edenin de ayrıca zararlarının tazminini isteme hakkı sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, talep eden, sadece ceza koşulu miktarını aşan bir zararı bulunuyorsa, bunu talep edebilir. Bunun için de ceza koşulu borçlusunun kusurunun bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak bu husus sadece ifaya eklenen ceza koşulu ve seçimlik ceza koşulu bakımından geçerlidir¹⁰².

Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesindeki “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*”

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.

Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.” hükmünde sözleşme serbestisi ilkesinin de bir gereği olarak tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe belirleme haklarının olduğu vurgulanmıştır. Hükmün üçüncü fıkrasında ise, bu serbestiye bir sınır getirilmek istenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle hâkime, sözleşme ilişkisi içinde güçlü konumda

Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 708; **Cansel/Özel**, s. 727; **Tamer**, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisinin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Sayı:14, Yıl:4, Temmuz 2013, s. 734.

¹⁰¹ **Oğuzman**, s. 533-534; **Cansel/Özel**, s. 727.

¹⁰² **Oğuzman**, s. 535; **Tiryaki**, Murat: Özel Hukuk Alanında Cezai Şart, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 78.

olan tarafın bu durumunu kötüye kullanarak sözleşmenin diğer tarafını sömürmesini engelleyerek taraflar arasında adalete uygun bir denge sağlamak amacıyla aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme yetkisi vermiştir. Bu durumda hâkim, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale ederek aşırı olan ceza koşulunu uygun bir miktara indirebilecektir. Hâkim, taraflardan bu yönde bir talep olmasa da re'sen bu indirimi yapacaktır.

B. Bağlanma Parası İle Ceza Koşulunun Benzerlikleri ve Farklılıkları

1. Bağlanma Parası ile Ceza Koşulunun Benzerlikleri

Bağlanma parası da ceza koşulu da, borçlunun, sözleşmeyi güçlendirmek, borcun ifasını sağlamak, ödenmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağına hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmak amacı ile alacaklıya birtakım garantiler sağlamasına yarayan *kaydi güvence* niteliğindeki teminat araçlarıdır.

Bu iki teminat aracı da herhangi bir hukuki işlem için kararlaştırılabilir. Her ikisinde de ifası gereken bir asıl borç bulunmaktadır. Dolayısıyla hem bağlanma parası hem de ceza koşulu, asıl borç ilişkisine bağlı fer'i (yan) edimlerdir¹⁰³.

Her ikisi de sözleşmenin kuvvetlendirilmesinde rol oynar. Bağlanma parası sözleşme ile bağlılığı kuvvetlendirirken; ceza koşulu tarafları ifaya zorlamak ve ifa etmeme halinde alacaklının tazminat alacağını peşin olarak belirlemekle sözleşmenin ifasına yönelik olarak sözleşmenin kuvvetlendirilmesini sağlar¹⁰⁴.

Bağlanma parası da ceza koşulu da kural olarak asıl edimin değerinden daha düşüktür.

¹⁰³ YHGK, T. 20.5.1964, E. 1963/751, K. 1964/388, “*Pey akçesi de, ceza şartı gibi borcu kuvvetlendirmeye yarayan fer'i bir şart olup, esas akıt geçerli olmazsa, fer'i şart dahi geçerli olmaz...*”, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 26.11.2016).

¹⁰⁴ **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 33; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku), s. 901; **Öktem Çevik**, s. 110; **Hatemi/Gökyayla**, s. 361; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 880-881, kn. 3.

2. Bağlanma Parası ile Ceza Koşulunun Farklılıkları

Bağlanma parası ile ceza koşulu arasındaki benzerliklere rağmen ikisi de birbirinden farklı iki kurumdur. Gerçekten bağlanma parası, daha sözleşme yapılırken borçlu tarafından alacaklıya verildiği halde, ceza koşulunda ise, bir miktar paranın ödeneceği sadece üstlenilmekte, taahhüt edilmektedir¹⁰⁵.

Bağlanma parası, sözleşmenin kurulması anında peşin olarak verilir. Ceza koşulu ise, borcun hiç ifa edilmemesi ve gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında verilir. Bu nedenle, bağlanma parasında bir ifa davası söz konusu olmaz¹⁰⁶.

Bağlanma parası sözleşmenin kurulmasını ilgilendirir. Ceza koşulu ise, sözleşme kurulduktan sonra, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, borca aykırılık hallerinde gündeme gelir¹⁰⁷.

Yargıtay da, bir sözleşme dolayısıyla alınmış bir paranın geri verilmesi gerektiği halde, geri verilmeyeceği şeklindeki bir anlaşmanın, ceza koşuluna ilişkin bir anlaşma olamayacağını, ancak bağlanma parasına ilişkin bir anlaşma olabileceğini ifade ederek ikisi arasındaki farkı ortaya koymuştur¹⁰⁸.

Bağlanma parasının sadece para olabileceği görüşü kabul edilirse, ceza koşulunun mali bir değer taşıyan her şey olabilmesi bakımından da bağlanma parasından farklılık taşıdığı söylenebilir.

C. Cayma Parası ile Ceza Koşulunun Benzerlikleri ve Farklılıkları

1. Cayma Parası ile Ceza Koşulunun Benzerlikleri

Bu iki kurum arasındaki benzerlikten bahsedince, aslında cayma parası ile benzerlik, ceza koşulu ile değil, bunun bir türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) arasındadır. İfayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) ile cayma parası amaç itibarıyla birbirine benzemektedir. Her ikisi de

¹⁰⁵ Keller/Schöbi, s. 96; Eren, s. 1215.

¹⁰⁶ Pellanda/Dubs, HandK., s. 881, kn. 4; İnan/Yücel, s. 567; Erdem, s. 670.

¹⁰⁷ Tiryaki, s. 55; İnan/Yücel, s. 567; Cansel/Özel, s. 713-714.

¹⁰⁸ YHGK, T. 20.5.1964, E. 1963/751, K. 1964/388, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

sözleşmeden cayılması durumunda bir miktar paranın ödenmesi ile ilgilidir¹⁰⁹.

Cayma parası da, bağlanma parasında olduğu gibi, kural olarak asıl edimin değerinden daha düşüktür. Aynı şekilde ifayı engelleyen ceza koşulu da, kural olarak asıl edimin değerinden daha düşük olarak karşılaştırılmaktadır¹¹⁰.

Hem cayma parasında hem de ceza koşulunda, kanunun verdiği yetki çerçevesinde dönme hakkının kullanılmış olması halinde, dönme cezası veya cayma parası etkisini kaybedecektir. Bu durumda dönme cezası ödenmezken; cayma parasının da iadesi gerekecektir.

Cayma parası, ceza koşulunun bir türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu ile şu açıdan da benzetilmektedir: Cayma parası da ifayı engelleyen ceza koşulu da borçluya seçimlik bir yetki vermektedir. Her ikisinde de, sözleşmeden serbestçe dönülmesi konusunda kendisine hak tanınan kişi, bu hususta tam bir serbestliğe sahiptir ve sözleşmeden dönmek isteyen tarafa engel olunamayacağı gibi dönme hakkını kullanması için de zorlanamaz¹¹¹.

Her ikisinde de sözleşmeden dönme haklı bir nedene dayanmak zorunda değildir. Hatta ortada hiçbir neden olmasa da sözleşmeden dönebilmek mümkündür. Zaten sözleşmeden dönen kişinin sözleşmeden dönmek için haklı bir nedeni bulunuyorsa, cayma parası ve ifayı engelleyen ceza koşulu etkisini kaybedecek, sözleşmeden dönen tarafın cayma parası ya da ifayı engelleyen ceza koşulu ödemesine gerek kalmayacaktır¹¹².

¹⁰⁹ Aynı yöndeki açıklama için bkz. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 619, kn. 4.

¹¹⁰ Gottwald ise, çok yüksek cayma parasının karşılaştırıldığı durumlarda, karşılaştırılan bu miktarın Alman Medeni Kanunu'nun 338'inci paragrafı (BGB § 338) sebebiyle ceza koşulu olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Gottwald**, MünchK, s. 2161, kn. 7. Ayrıca ifade edelim ki, ceza koşulunun aşırı şekilde karşılaştırıldığı durumlarda, hâkimin ceza koşulunu indirmesinde miktarın aşırı olup olmadığını belirlerken dikkate alacağı ölçütlerden biri de asıl edimin değeri ile ceza koşulu miktarı arasındaki farkın orantılı olup olmadığıdır.

¹¹¹ **Ehrt**, BSK, s. 874, kn. 2; **Krauskopf**, Präjudizienbuch OR, s. 443, kn. 2; **Erdem**, s. 680-681.

¹¹² Aynı yönde bkz. **Erdem**, s. 681.

Her iki kurumun da borçlunun durumunu hafiflettiği, borçluya bir rahatlık sağladığı söylenebilir. Zira ikisinde de borçlu tek yanlı olarak asıl edimi ifa etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedir¹¹³.

Her ikisinde de, sözleşmeden dönme beyanı, tek taraflı karşı tarafa varması gerekli yenilik doğuran bir hakkın kullanılması şeklinde olacaktır.

Cayma parası ile türlerinden bağımsız bir şekilde genel olarak ceza koşulu arasındaki benzerlikler ise şöyle belirtilebilir. Her ikisinde de ifası gereken bir asıl borç ve bu asıl borca bağlı bulunan bir fer'i (yan) borç bulunmaktadır. Bu yan borç, birinde cayma parası iken, diğerinde ceza koşulu olmaktadır. Her iki kurumda da amaç, bir teminat oluşturmaktır. Cayma parası da ceza koşulu da, borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağına hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmak amacı ile alacaklıya bir takım garantiler sağlamasına yarayan kaydı güvence niteliğine sahiptirler. Her ikisi de genel olarak asıl edimin değerinden düşük olarak kararlaştırılmaktadır.

Son olarak, caydırıcı nitelikte olma şeklindeki ortak özelliklerinin bir sonucu gereği, her iki kurum bakımından da Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesindeki "*Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.*" hükmüyle, evlenmeden kaçınma hali için ceza koşulu ve cayma parası kararlaştırılmayacağı, ödenmiş olan cayma parası veya ceza koşulunun geri istenemeyeceği düzenlenmiştir.

2. Cayma Parası ile Ceza Koşulunun Farklılıkları

Cayma parası ile ceza koşulu arasındaki benzerliklere rağmen; her iki kurum arasında önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Benzerlikler başlığı altında olduğu gibi, öncelikle ifayı engelleyen ceza koşulu ile, daha sonra genel olarak ceza koşulu ile farklılıkları incelemek yararlı olacaktır.

İfayı engelleyen ceza koşulundan farklılıklarından birincisi, cayma parasının sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa verilirken; ifayı engelleyen ceza koşulunun o esnada sadece taahhüt edilmesidir. Yani cayma

¹¹³ Pellanda/Dubs, HandK., s. 881, kn. 3; Cansel/Özel, s. 726.

parasının sözleşmenin kurulduğu sırada karşı tarafa verilmesine ve sözleşmeden döndüğü takdirde diğer tarafta kalmasına rağmen, ifayı engelleyen ceza koşulunda ceza koşulu miktarı ancak dönüldüğü takdirde ödenmektedir¹¹⁴. Dolayısıyla cayma parasının sözleşmenin kurulması sırasında verilmesi, asıl edimin artık ifa edilmeyeceği anlamı taşımazken; ifayı engelleyen ceza koşulunun ancak dönme hakkının kullanılması durumunda ödenmesi, artık asıl edimin ifa edilmeyeceğini kesin olarak ortaya koymaktadır¹¹⁵.

Diğer bir fark da, cayma parasında parayı alan iki katı tutarında parayı ödeyerek sözleşmeden dönebilirken, kanunen böyle bir olanak ifayı engelleyen ceza koşulu alacaklısına tanınmamış olup, o ancak sözleşmede kararlaştırıldıysa ceza koşulu tutarını ödeyerek sözleşmeden dönebilir¹¹⁶. Ayrıca ifayı engelleyen ceza koşulu kararlaştırıldığında, borçlu kural olarak her zaman bu tutarı ödeyerek sözleşmeden dönebilirken; cayma parasında söz-

¹¹⁴ **von Tuhr**, (Çev. Cevat Edege), s. 775; **Keller/Schöbi**, s. 97; **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 9; **von Tuhr/Escher**, s. 288; **Bucher**, s. 518; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, s. 323, kn. 3868; **Huguenin**, s. 189, kn. 1203; **Schwenzer**, s. 494, kn. 72.01; **von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO.AG, Zürich 1964, s. 411; **Ehrat**, BSK, s. 876, kn. 14; **Schoch**, s. 5; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 10; **Furrer/Müller Chen**, s. 567, kn. 80; **Pietruszak**, KurzK. OR, s. 632, kn. 6; **Pellanda/Dubs**, HandK., s. 881-882, kn. 7; **Düzceer**, s. 346; **Tandoğan**, s. 36; **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 32; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 353; **İnan/Yücel**, s. 567; **Eren**, s. 1217; **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 801; **Oğuzman/Öz**, s. 542; **Yıldırım**, A., s. 389; **Öktem Çevik**, s. 110. Yargıtay da her ne kadar taraflar arasında cayma parasından bahsedilmiş olsa da, henüz ödenmemiş bir miktarsa, bunun ceza koşulu niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bkz. "...*Bono arkasındaki* "...satıştan cayarsa senetteki miktarı cayma parası olarak ödeyecektir" şeklinde cezai şart kararlaştırılmıştır...", Yargıtay 12. HD., T. 20.12.2005, E. 2005/22379, K. 2005/25546, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 1.12.2016).

¹¹⁵ **Becker**, Kommentar, s. 739, kn. 9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 353.

¹¹⁶ **von Tuhr**, (Çev. Cevat Edege), s. 775; **Oser/Schönenberger**, s. 705, kn. 7; **Ehrat**, BSK, s. 876, kn. 14; **Schoch**, s. 5; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger**, s. 323, kn. 3870; **Huguenin**, s. 189, kn. 1203; **Staffelbach**, OR Kommentar, s. 372, kn. 10; **Tunçomağ**, (Cezai Şart), s. 32; **İnan/Yücel**, s. 567; 1217; **Kılıçoğlu**, (Borçlar), s. 801; **Oğuzman/Öz**, s. 542; **Yıldırım**, A., s. 389; **Öktem Çevik**, s. 110; **Özmen**, Adem: Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 48.

leşmeden dönme, en geç asıl borcun ifa edilmesi zamanına kadar mümkün olabilir¹¹⁷.

Cayma parası ile türlerinden bağımsız olarak genel olarak ceza koşulu arasında da pek çok farklılık bulunmaktadır.

Öncelikle, cayma parası bir tasarruf işlemi olduğu halde, ceza koşulu, borç doğurucu bir hukuki işlem ile meydana gelir. Bunun doğal sonucu olarak da, cayma parası bütün hukuki ilişkiyi ilgilendirdiği halde, ceza koşulu, sadece taraflardan birinin daha çok borçlunun borcuyla ilgilidir¹¹⁸. Ayrıca ceza koşuluna oranla, cayma parası miktar olarak daha düşüktür¹¹⁹.

Ceza koşulunda, alacaklı, borçlunun kusurunu ispat edebilirse, ceza koşulunu aşan zararının tazminini talep edebilir. Ancak cayma parasında, sözleşmeden dönülmesi sebebiyle uğranılan zarar cayma parası miktarını aşsa da, alacağı cayma parasıyla sınırlıdır. Ancak cayma parası için de taraflar arasındaki sözleşmede aşan zararların istenebileceği yönünde bir düzenleme benimsenebilir; ayrıca sadece cayma parası ile sınırlı tutmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda da, alacaklının cayma parası dışında kalan zararlarını tazmin edebileceği kabul edilebilir.

Diğer bir farklılık da, cayma parası ancak sözleşmeden cayma halinde diğer tarafta kaldığı halde; ceza koşulunun borçlanılması için sözleşmeden cayma gerekmeyip sözleşmenin hiç veya gerektiği gibi ifa edilmemesi gerekir. Bu nedenle de cayma parasında bir ifa davası söz konusu olmaz¹²⁰. Ayrıca cayma parası, sözleşmeden caymayı kolaylaştırdığı için, sözleşmeyle bağlılığı zayıflatırken, ceza koşulu tarafları ifaya zorlamak ve ifa etmeme halinde alacaklının tazminat alacağını peşin olarak belirlemekle sözleşmenin ifasını ve bağlılığını kuvvetlendirir¹²¹.

Sözleşmede kararlaştırılan tazminatın ceza koşulu mu, yoksa ifayı engelleyen ceza koşulu mu olduğu yönünde tereddüt olduğu takdirde, ceza

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 542; Öktem Çevik, s. 111.

¹¹⁸ Tunçomağ, (Cezai Şart), s. 32; İnan/Yücel, s. 567.

¹¹⁹ Tunçomağ, (Cezai Şart), s. 33.

¹²⁰ Becker, (Çev. Tolun, Osman), s. 213; Pellanda/Dubs, HandK., s. 881-882, kn. 7; İnan/Yücel, s. 567; Wolfer, s. 17, kn. 48.

¹²¹ Tunçomağ, (Cezai Şart), s. 33; Tunçomağ, (Borçlar Hukuku), s. 901; Öktem Çevik, s. 110; Hatemi/Gökyayla, s. 361; Wolfer, s. 17, kn. 48.

koşulu lehine yorum yapılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki, "*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*" şeklindeki yorumlayıcı hükmü, bunu açıkça ifade etmektedir. Bu hükme göre, tarafların, ifayı engelleyen ceza koşulunu kararlaştırdıklarını, sözleşmedeki miktarın ceza koşulu niteliğinde olmadığını ileri sürmeleri halinde, iddialarını ispat etmeleri gerekecektir¹²². Aynı şekilde tarafların, sözleşmedeki miktarın ceza koşulu niteliğinde olmadığını, cayma parasını kararlaştırdıklarını iddia etmeleri halinde, bu iddialarını ispat etmeleri gerekecektir. Bu hususta da bir tereddüt olduğu takdirde, yine ceza koşulu lehine yorum yapılması gerektiği, yani ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir¹²³. Buna dayalı olarak kararlaştırılan miktarın cayma parası mı, ifayı engelleyen ceza koşulu mu olduğu yönünde tereddüt oluşması durumunda da, Türk Borçlar Kanunu'nun 179'uncu maddesinin üçüncü fıkrası gereği, bu miktarın ceza koşulu olduğu kabul edilmeli, yani ceza koşulu lehine yorum yapılmalı; cayma parası veya ifayı engelleyen ceza koşulu olduğu yönünde, aksini iddia eden taraf da bunu ispatlamalıdır¹²⁴.

Son olarak, seçimlik veya ifaya eklenen ceza koşulunun aşırılığı nedeni ile hâkimden indirilmesinin istenebilmesi¹²⁵, hatta hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirebilme yetkisinin bulunmasına rağmen; cayma parasının aşırı yüksek olması sebebiyle indirilmesi istenemez ve hâkime bu hususta tanınmış bir yetki de bulunmamaktadır¹²⁶.

¹²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353.

¹²³ Aksi görüş için bkz. Ehrat, BSK, s. 876, kn. 13.

¹²⁴ Kılıçoğlu, (Borçlar), s. 801; Yıldırım, Uğur: Cezai Şart, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 66.

¹²⁵ Bununla birlikte dönme cezasının (ifayı engelleyen ceza koşulunun) da, bir tür ceza koşulu olması sebebiyle aşırı olduğu takdirde indirilmesinin mümkün olduğu bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 235-242. Aynı yöndeki görüş için bkz. Koller, s. 82, dn. 17. Ancak öğretide baskın görüş, dönme cezasının aşırı olması sebebiyle indiriminin mümkün olmadığı yönündedir. Bkz. von Büren, s. 411; Ehrat, BSK, s. 876, kn. 14; Oğuzman/Öz, s. 532; Hatemi/Gökyayla, s. 357; Erdem, s. 684; Öktem Çevik, s. 106; Erdem, s. 684.

¹²⁶ Tunçomağ, (Cezai Şart), s. 142; Öktem Çevik, s. 110; Düzceer, s. 347; Ehrat, BSK, s. 876, kn. 13. YHGK, T. 24.1.1970, E. 1966/4-1348, K. 1970/50, "*Davacının, davalıya*

SONUÇ

Günlük hayatta bağlanma parası, kaparo, güvence parası, cayma parası ve ceza koşulu genellikle birbirleriyle karıştırılan kavramlardır. Bu kurumların niteliği tam olarak özümsemeyince, taraflar arasında sözleşme kurulurken verilen paranın veya şeylerin niteliği farklı yorumlamalara sebep olmaktadır. Böylece taraflar arasında yorum uyumsuzlukları ve nice anlaşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda bu kurumlar arasındaki benzerlikler ve farklılıklar, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında ortaya konulmaya çalışılarak kurumlar arasındaki ayrım doyurucu bir şekilde sunulmak istenmiştir.

Öncelikle bu üç kurumun kanunda niçin aynı yerde düzenlendiği ortaya konulmalıdır: Sözleşme Hukukunda borçlu sözleşmeyi güçlendirmek, borcun ifasını sağlamak, ödenmemesi durumunda alacaklının tazminat alacağını hesaplanmasını ve elde edilmesini kolaylaştırmak amacı ile alacaklıya birtakım garantiler sağlar. Bu garantilerin bir kısmı, bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulu olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 177 ile 182'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Aynı ve kişisel güvencelerin dışında kalan bu teminat araçlarının ortak özelliği, *kaydi güvence* niteliğinde olmalarıdır. Taraflar bu üç araç sayesinde sözleşmelerine ekledikleri bazı kayıt ve şartlarla borcun ifa edilmesini veya ifa edilmemesi durumunda tazminat alınabilmesini sağlarlar. İşte, bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşu-

sözleşme gereğince yaptığı ödemelerin cayma akçesi olduğu bir gerçektir. Böyle olunca, ceza şartında olduğu gibi kıyas yoluyla indirme yapıp yapılamayacağı çözümlenmelidir. BK.nun pey akçesi zımanı rücuu (cayma akçesini) düzenleyen 156. maddesiyle ceza şartından söz eden 158 ve sonraki maddeleri birbirinden tamamiyle ayrı niteliktedir. Özellikle 161. maddenin butlan ve tenkisi emreden hükmü ceza şartı için konulmuş, anılan maddenin 3. fıkrasında da hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir denilmiştir. Bu açıklık karşısında ceza şartında olduğu gibi, 156. maddede yer alan cayma veya pey akçesinden indirme yapılamaz... O halde cayma akçesinden, aşırı olduğundan söz edilerek indirme yapılması ve özel dairenin gerektirici sebeplere dayanan bozma ilamına uyulmaması isabetsizdir. Davalı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararları bozulmalıdır.”, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016); Yargıtay 4. HD., T. 8.5.1965, E. 1964/9861, K. 1965/2457, (www.kazanci.com, Kazancı İBB, E.T.: 19.11.2016. İndirim yapılabilmesi yönündeki görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353.

lunun aynı kısımda düzenlenmelerinin sebebi ve ortak özellikleri, üçünün de kaydi teminatın birer örneğini oluşturmalarıdır. Ayrıca hem bağlanma parası hem cayma parası hem de ceza koşulu, asıl borç ilişkisine bağlı fer'i (yan) borçlardır. Ortak özellik sayılan bu fer'i niteliklerinin sonucu olarak, asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda, verilmiş olanların sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri isteneceği; henüz ödenmemiş olanların ise, talep edilemeyeceği ifade edilmelidir. Diğer bir ortak özellik de kural olarak, asıl edimin değerinden daha düşük tutarda kararlaştırılmalarıdır.

Üç kurumun her zaman ortak özellik göstermediği, zaman zaman sadece iki kurumun benzerlik gösterdiği de görülmektedir. Bu tür benzerlik bazen bağlanma parası ile cayma parası bakımından kendini daha çok göstermiştir: örneğin, bağlanma parasının ve cayma parasının sadece para olabileceği görüşü kabul edildiğinde ceza koşulunun mali bir değer taşıyan her şey olabilmesi; yine bağlanma parasının ve cayma parasının daha sözleşme yapılırken borçlu tarafından alacaklıya verilmesine karşılık, ceza koşulunda sadece bir miktar paranın ödeneceğinin taahhüt edilmesi gibi. Bazen bağlanma parası ile ceza koşulunun, bazen de cayma parası ile ceza koşulunun, bilhassa da ceza koşulunun bir türü olan ifayı engelleyen ceza koşulu ile cayma parası arasındaki benzerlikle de karşılaşılabilmektedir. Örneğin; Türk Medeni Kanunu'nun 119'uncu maddesinde nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermeyeceği, hatta evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatının veya ceza şartının dava edilemeyeceği ancak yapılan ödemelerin de geri istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu ise, cayma parası ve ceza koşulunun caydırıcı olmaları şeklindeki ortak özelliğinden kaynaklı bir benzerliktir.

Bağlanma parası, cayma parası ve ceza koşulu her ne kadar birbiri ile benzerlik gösterse de aralarındaki nitelik farklılığı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla ceza koşuluna ilişkin hükümleri kıyasen cayma parası veya bağlanma parasına uygulamak mümkün değildir. Bunların en önemli örneğini de, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün cayma parası bakımından uygulanmayacağı sonucu oluşturmaktadır.

Çalışmamızda tekrarlamakta yarar görülen şu hususları da vurgulamak gerekir:

Kanun koyucu bağlanma parası ve cayma parası ile ilgili olarak aksi ispat edilebilen iki farklı karine getirmiştir. Bunlardan ilki, sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar paranın, cayma parası olarak değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılacağı; diğeri de, aksine sözleşme veya yerel adet olmadıkça, bağlanma parasının asıl alacaktan düşüleceği şeklindedir. İkinci karine 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, bağlanma parasını alan kişinin onu mahsup etmeyerek muhafaza edeceği yönündeydi; böyle bir düzenleme ise günlük hayattaki ihtiyaçlara karşılık verememesi sebebiyle doktrindeki eleştirilmekteydi. Kanun koyucu 6098 sayılı kanunla, yerinde olarak söz konusu hükmü belirttiğimiz şekilde değiştirmiştir.

Cayma hakkının ne zamana kadar kullanılacağına ilişkin taraflar bir süre belirleyebilir. Ancak cayma parasının, sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin ifa edilmesi arasındaki zaman aralığında rol oynadığı ve amaçlarını sadece bu zaman aralığında gerçekleştirebileceği unutulmamalıdır. İfayı engelleyen ceza koşulunda ise, borçlu kural olarak her zaman bu tutarı ödeyerek sözleşmeden dönebilir.

Kanunda cayma hakkı bakımından parayı alan tarafa da, aldığı iki katını vererek sözleşmeden dönebilme hakkı tanınmıştır. Görüldüğü üzere, cayma parası taraflardan her ikisine de sözleşmeden dönme hakkı vermektedir. Bu durumda parayı veren ile parayı alan tarafın malvarlığından eksilen miktar farklı gibi görünse de, aslında cayma parası veren de alan da aynı yaptırma tabi tutulmuştur. Çünkü kanun koyucu iki katı tutarında dememiş olsaydı, cayma parasını alan tarafın sözleşmeden cayması halinde, kendi cebinden çıkacak para, cayma parası kadar olacaktı, yani aldığı geri verecekti. Dolayısıyla, bu durum, onun için bir kayıp sayılmayacak, caydırıcı bir niteliği bulunmayacaktı.

Sözleşmeden cayılmaması durumunda, cayma parasının akıbetine ilişkin kanunda bir boşluk bulunduğu söylenebilir. Zira bağlanma parası için bu sonuç hükme bağlanırken, cayma parası bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu noktada, bir önceki maddede yer alan bağlanma parasına ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanabilecek bir hüküm olduğu açıktır. Buna göre bağlanma parasında olduğu gibi aynı sonuç kabul edilerek; sözleşmeden cayılmaması halinde, verilmiş olan cayma parası, asıl alacağı mahsup edilmelidir.

Borçlunun sözleşmeden dönmesinin yaptırımını kural olarak cayma parası ile sınırlıdır. Ancak bu sınırlamanın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda, alacaklının cayma parası dışında kalan zararlarını da tazmin edebileceği kabul edilmelidir.

Cayma parası verildikten sonra, taraflardan biri için kanunda düzenlenmiş bir sözleşmeden dönme hakkı doğarsa ve bu hakka dayanılarak sözleşmeden dönülürse, artık Türk Borçlar Kanunu'nun 178'inci maddesi uygulanmayacaktır.

İspat kolaylığı sağlaması açısından uygulamada sözleşmelerin yazılı şekil kurallarına uygun olarak yapılması alışkanlığının artış göstermesi karşısında, bağlanma parasının da önemi günden güne azalmaktadır. Ancak sözleşmenin kurulduğuna kanıt olması işlevinin günümüzde tamamen ortadan kalktığı da söylenemez; hala kaparo ve saire adlar altında bu tür paralar verildiğine rastlanılmaktadır. Bununla birlikte, cayma parası ve ceza koşulu, uygulamada bağlanma parasına nazaran, kendisine daha sık başvuru yapılan kurumlardır. Bahsi geçen bu üç kuruma ilişkin hukuki düzenlemeler, birbirinden net bir şekilde ayırt edilebilmesi için, birtakım yorumlamalara ihtiyaç duymaktadır. Uygulama alanının az ya da çok olması, bu yorumlamalara ihtiyaç duyulduğu gerçeğini değiştirmez. Zira bir kişi de olsa bin kişi de olsa, hak ve adaletin tecelli etmesi, aynı husustaki uyuşmazlıkların sayısının çokluğuna bağlı değil, hukuk kurallarının doğru yorumlanması ve buna bağlı olarak yerinde kararlar verilmesine bağlıdır.

Sonuç olarak çalışmamızda, her bir kurumu diğeriyle; özellikle ceza koşuluyla diğer kurumları kıyaslamak suretiyle benzerlikleri ve farklılıkları ortaya konulmaya çalışılmış, böylece yukarıda bahsedilen yorumlama ihtiyacı giderilmek istenmiştir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN** Derya: Borçlar Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Altherr**, Hans/**Brem**, Ernst/**Bühlmann**, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, 2. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag Stämpfli +Cie AG, Bern 1994.
- Arkan**, Azra: Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:71, Sayı:1-2-3, (Ocak-Şubat-Mart 1997), Ayrı Basım, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1997.
- Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Becker**, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Artikel 1-183, Verlag von Stämpfli & Cie, Bern 1941.
- Becker**, Hermann: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül V, İsviçre BK. 151-183, Türk BK. 149-181, (Çev. Tolun, Osman), Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1973.
- Bentele**, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Shaker Verlag, Freiburg 1994.
- Berki**, Osman Fazıl: “Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler”, İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı: 5, Yıl: XVII, Mayıs 1943, s. 277-303.
- Bernhard**, Berger: Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.
- Bilge**, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:124, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 37-128.
- Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktstrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich 1988.

- Cansel**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.
- Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt:1, İzmir 2013, (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013), s. 713-733.
- Demir**, Mehmet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt: I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Düzceer**, Ali Rıza: “Pey Akçesi ve Zımanı Rücu”, Adalet Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 3, 1956, s. 342-354.
- Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- Ehrat**, Felix R.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- Erdem**, Mehmet: “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 663-684.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Ernas**, Bülent/**Yalçıntaş**, Simin: “Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 703-720.
- Esser**, Josef/**Schmidt**, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1995.

- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, (Borçlar).
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, (Aile).
- Fikentscher**, Wolfgang/**Heinemann**, Andreas: Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Franko**, Nisim: “Pey Akçesinin Mahiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1996, Cilt: 55, Sayı: 1-2, s. 249-262.
- Furrer**, Andreas/**Muller Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 2008.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Schulthess, Zürich 2008.
- Gottwald**, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage, C. H. Beck oHG Verlag, München 2003.
- Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Das Familienrecht, I. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschliessung, (Artikel 90-136 ZGB), Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964.
- Grüneberg**, Christian: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Band 7, 70. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011.
- Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zürich 2000.
- Gücün**, Cevat Abdürrahim: Nazarî ve Ameli Hukuk Davaları, Cilt: 2, Üçler Basımevi, İstanbul 1946.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku I, (Evlilik Hukuku), Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Kadir Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Schulthess, Zürich 2008.
- İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.
- Kaduk**, Hubert: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 328-397, 12. Neubearbeitete Auflage, Dr. Arthur L. Sellier & Co.-Walter de Gruyter & Co., Berlin 1994.
- Kaneti**, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I (1955-1964), Borçların Genel Hükümleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968.
- Keller**, Max/**Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel/Frankfurt 1982.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, (Borçlar).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile).
- Kırca**, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı:1, Yıl: 2001, s. 91-119.
- Kletečka**, Andreas: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006.
- Kocağa**, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Koç**, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002.
- Koller**, Alfred: "Reugelder bei Grundstückkaufverträgen", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 145/2009, ss. 73-82.

- Krauskopf**, Frédéric: Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, (Herausgeber: Peter Gauch, Victor Aepli, Hubert Stöckli), 7. nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich 2009.
- Kunter**, Nurullah: “Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Cezai Şart”, Adliye Ceridesi, 1940, s. 971-983.
- Lindacher**, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Neubearbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln 1990.
- Makaracı Başak**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Nart**, Serdar: Borçlar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- Nomer**, Haluk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Cilt II, Rehin Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 2, Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oser**, Hugo/**Schönenberger**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Artikel 1-183, 2. Auflage, Schulthess& Co., Zürich 1929.
- Öktem Çevik**, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97-112.
- Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Özmen**, Adem: Borçlar Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

- Özmen**, Etem Saba: “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (M.K 83. Madde Değişikliği)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 1995, S: 4, s. 520-577.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Pellanda**, Katja Roth/**Dubs**, Dieter: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, 2. Auflage, (Herausgeber: Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2012, (www.swisslex.ch).
- Pietruszak**, Thomas: Kurzkomentar OR, Art. 1-529, (Herausgeber: Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.
- Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1966.
- Schoch**, Walter: Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Verlag von Stämpfli&Cie, Bern 1935.
- Schwarz**, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (Çev. Davran, Bülent), Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.
- Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.
- Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, (Sözleşmeden Dönme).
- Serozan**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, (Taşınır Eşya Hukuku).
- Staffelbach**, Daniel: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), Orell Füssli Verlag AG, 2009, (www.swisslex.ch).
- Tamer**, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisinin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Sayı:14, Yıl:4, Temmuz 2013, s. 731-770.

- Tandoğan**, Şinasi: “Pey Akçesi ve Zaman-ı Rücu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1949, Sayı: 58-59, s. 34-36.
- Tekinay**, Selahattin: Türk Aile Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tiryaki**, Murat: Özel Hukuk Alanında Cezai Şart, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, Baha Matbaası, İstanbul 1963, (Cezai Şart).
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, (Borçlar Hukuku).
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, 2009.
- von Büren**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess & CO.AG, Zürich 1964.
- von Tuhr**, Andreas: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Çev. Cevat Edege), Cilt. 1-2, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.
- von Tuhr**, Andreas/**Escher**, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1974.
- Wolfer**, Marc: Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, (Dissertation), Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2012.
- Yavuz**, Nihat: Uygulamada Nişan Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- Yavuz**, Nihat: “Kira Depozitosunun Hukuksal Mahiyeti, Düzensiz (Usulsüz) Rehin mi, Yoksa Doğması Muhtemel Bir Borcun İfası Uğruna Verilen Teminat mıdır?” Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2003, Cilt: 29, Sayı: 1-2, s. 17-23.
- Yıldırım**, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Yıldırım, Uğur: Cezai Şart, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

Zevkliler, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000.

Zevkliler, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutcu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gezetsbuch
BGE	: Bundesgericht
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HandK.	: Handkommentar
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
Kazancı İBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
kn.	: Kenar Numarası
KurzK.	: Kurzkomentar
m.	: madde
Münck	: Münchener Kommentar
OR	: Obligationenrecht
Prg.	: Paragraf
s.	: sayfa
StauK	: Staudingers Kommentar
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu