

# CEZAI ŞARTIN İŞLEVİ TÜRK VE AMERİKAN HUKUKLARI AÇIŞINDAN KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME

Ar. Gör. Ayça AKKAYAN YILDIRIM\*

## Giriş

Roma-Cermen Hukuk çevresine<sup>1</sup> dahil bulunan ülkelerdeki sözleşme hukukuna ilişkin düzenlemeler ile, Common Law Sistemini<sup>2</sup> benimsemiş olan ülkelerdeki düzenlemeler belli noktalarda farklılıklar göstermektedir. Çalışmamızın hareket noktasını bu çerçevede farklı düzenlemeye tabi tutulmuş hukuki kavramlardan biri olan 'cezai şart' teşkil edecektir.

İlk grup olan Roma-Cermen Hukuk Sistemine dahil ülkelerde<sup>3</sup>, kökeni Roma Hukukuna dayanan 'cezai şart'<sup>4</sup>

\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. LL.M. (Boston University).

1) Bu çevrede yer alan hukuk düzenleri, esas itibariyle Roma Hukukunun ilkelerine göre geliştirilmiş bulunmaktadır. Bkz. Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 1986, s. 56.

2) Kökenini İngiliz Hukukunda bulan Common Law (Ortak Hukuk) sistemi, İngiliz Kraliyet Mahkemeleri tarafından oluşturulan ve kural olarak örf/adet hukukuna dayanan bir hukuk sistemidir. Ayrıntılı bilgi ve sistemin tarihsel oluşum dönemleri için bkz. Özsunay, s. 57 vd.; Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 9. Bası, İstanbul, 2002, s. 10 vd.

3) Almanya, İsviçre, Fransa, İtalya ve Türkiye örnek olarak sayılabilir. Bkz. Özsunay, s. 57.

4) Roma Hukukunda cezai şart, esas borcun ifa edilmemesi halinde genellikle para olan bir fer'i edimin yükümlenilmesi olarak kabul edilmiştir. Kural olarak alacaklının, uğramış olduğu zararın miktarını ispat etmeksizin, cezai şartı götürü bir tazminat olarak talep edebilmesi mümkündür. Ancak esas borca dayanarak tarafların

sözleşmenin taraflarınca özgür biçimde kararlaştırılabilmekte; zarar ile ilişkilendirilmeksizin, ceza amaçlı dahi olsa geçerli kabul edilerek uygulanabilmektedir. Bu uygulanabilirliğin sınırı, kararlaştırılmış miktarın aşırı yüksek olması durumunda hakim tarafından tenkise tabi tutulması halidir. Diğer taraftan ikinci grubu teşkil eden Common Law Sistemi bünyesindeki ülkelerde<sup>5</sup> ise, sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmış bulunan bu tarz şartların, özellikle cezai nitelik taşımaları halinde geçersiz kabul edilerek uygulanmadıkları görülmektedir. Ancak, bu şartların cezalandırma amaçlarının olmadığı sabit olursa, sadece sözleşmeye aykırılık neticesinde ortaya çıkan zarar ile ilişkilendirilebildikleri ölçüde geçerli kabul edilmeleri mümkün olmaktadır. Bu koşullar altında artık bir 'cezai şart' değil, 'belirlenmiş tazminat kaydı'(liquidated damages clause) söz konusudur.

İşte bu genel çerçevede dahilinde çalışmamızın temel amacı, sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılan cezai şart kavramının, Roma Cermen Hukuk Sistemine dahil olan Türk Hukukundaki uygulaması ile Common Law Sisteminin bir parçası olan Amerikan Hukukundaki uygulaması arasındaki farklılıkları yansıtmak ve cezai şartın işlevini bu bağlamda değerlendirmektir.

Çalışmamızın ilk iki bölümü, kavramın Türk Hukuk Sistemindeki yerini yansıtmaktadır. 'Cezai Şart Kavramı' başlığı altında kaleme alınan ilk bölümde, terim sorunu irdelenerek, kullanılan terimin, kavramın Türk Hukukundaki işlevi ile ne ölçüde örtüştüğü hususu üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise, cezai şartın Türk Hukuk Sistemi çerçevesindeki işlevi, kavramın tanımı, unsurları

---

kararlaştırmış oldukları cezai şart miktarını aşan bir tutar talep ediliyorsa artık alacaklı bu aşan miktarı ispat ile yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Koschaker / Kudret Ayiter, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993, s. 210. kararlaştırmış oldukları cezai şart miktarını aşan bir tutar talep ediliyorsa artık alacaklı bu aşan miktarı ispat ile yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Koschaker / Kudret Ayiter, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993, s. 210.

5) İngiltere ve Amerika başlıca örnekleri teşkil etmektedir. Bkz. Özsunay, s. 58.

ve türlerini belirlemek suretiyle oluşturulan ana yapı üzerinde temellendirilecektir.

Çalışmamızı amacı ile sınırlayabilmek adına cezai şartın kararlaştırılması, hükümleri, hükümsüzlüğü, tenkisi, sona ermesi ve benzer hukuki kurumlar ile ilişkisi ayrı başlıklar altında ele alınmayacaktır. Ancak, ele alacağımız Yargıtay Kararlarında bu başlıklardan bazıları ile karşılaşılacaktır.

Üçüncü bölümde, kavramın Amerikan Hukukundaki ele alınış biçimi ana hatlarıyla ortaya konacak ve bu bağlamda cezai şartın Amerikan Hukuk Sistemi çerçevesindeki işlevi saptanmaya çalışılacaktır.

Nihayet son bölümde, farklı hukuk sistemlerinde bu kavrama farklı işlevler yüklenmesinin uygulamaya yansıyan etkilerinin neler olabileceği sorusuna yanıt aranacaktır.

## **1. Cezai Şart Kavramı**

### **1.1. Genel Olarak**

Türk Borçlar Hukukunun temel ilkelerinin başında gelen irade özerkliği ilkesi ile en sıkı ilişkideki hukuki işlem türü, sözleşmelerdir<sup>6</sup>. Bu ilke çerçevesinde, sözleşme ilişkisinin tarafları, ilişkilerini kanunun istisna olarak öngördüğü sınırlamalar haricinde, kendi istekleri doğrultusunda şekillendirebilirler.

Tarafların, ilişkilerini düzenlerken göz önünde bulundurdukları en temel amaç, bu ilişkiden kendi lehlerine doğacak hakları güvence altına almak, yani bir başka deyişle, karşı tarafın bu ilişki çerçevesinde yüklenmiş olduğu borçları gereği gibi ifa etmesini sağlamaktır. Bu temel amaca rağmen, borcun hiç ifa edilmediği ya da gereği gibi ifa edilmediği durumlar ile sıklıkla karşılaşılabilir. Bu hallerin sonuçlarını genel olarak BK md. 96 vd. düzenlemiştir. Borçlar Kanunu düzenlemelerine göre,

6) Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1998, s. 16.

kural olarak borcun ifası hiç ya da gereği gibi yapılmazsa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru olmadığını ispat etmedikçe, doğan zararı tazmin etmek zorundadır. Bu zararlar, borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardır ve buradaki uygun illiyet bağının varlığını alacaklı ispat etmelidir<sup>7</sup>.

Bu genel düzenleme çerçevesinde, borcunu ihlal eden borçludan tazminat istemek mümkün ise de, uygulamada karşılaşılan zararın varlığına ilişkin ispat problemleri bu imkanı zorlaştırabilmektedir. İşte 'cezai şart' kavramı bu noktada, anılan zorlukların aşılması suretiyle alacaklının borçlu karşısında güçlendirilmesi için kullanılabilecek bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 1.2. Terim Sorunu

'Terim sorunu' başlığı altında inceleme yapılmasının iki ana nedeni bulunmaktadır. İlk neden, Türk Hukuku açısından tam bir terim birliğinin sağlanamamış olmasıdır. İkinci neden yargı kararlarında ve doktrinde kullanılan farklı terimlerin ortaya konulmasının cezai şartın Türk Hukukundaki işlevinin belirlenmesinde yol gösterici olacağı yönündeki inancımızdır.

### 1.2.1. Türk Hukukunda Kullanılan Terimler

Borçlar Kanununda 'cezai şart' terimi kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Medeni Kanunda<sup>9</sup> 'ceza şartı' terimi göze çarpar. Yargıtay Kararlarında ise hem 'ceza koşulu' terimine<sup>10</sup>; hem de 'cezai şart' terimine<sup>11</sup> yer verilmiştir.

7) Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 2000, s. 326; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 855.

8) Örnek olarak bkz. BK md. 104 - 158 - 160 - 351.

9) Örnek olarak bkz. MK md.119.

10) Örnek olarak bkz. 15. HD., E.1976/3167, K. 1977/391, T. 22.2.1977 (YKD, C.4, S.5, Mayıs 1978, s. 777); 13. HD. E.1980/5002, K. 1980/5454, T. 16.10.1980 (YKD, C.7, S.3, Mart 1981, s. 328); 15. HD., E. 1976/1335, K.1976/73022, T.

Doktrinde kimi yazarlar sadece 'cezai şart' terimini kullanırken<sup>12</sup>, kimileri hem 'cezai şart' hem de 'sözleşme cezası' terimlerini bir arada kullanmayı tercih etmektedir<sup>13</sup>. Bazı eserlerde sadece 'ceza koşulu' terimi<sup>14</sup> veya sadece 'sözleşme cezası' terimi<sup>15</sup> kullanılmıştır. Bazı yazarlar ise, önceki tarihli eserlerinde 'cezai şart' terimini tercih etmekle birlikte, daha sonraları bu tercihlerini 'ceza koşulu' ile 'sözleşme cezası' terimlerini bir arada kullanma yönünde değiştirmişlerdir<sup>16</sup>.

### 1.2.2. Terim Seçiminde Cezai Şartın Hukuki Niteliği Yol Gösterici Olabilir Mi?

Türk hukuk literatüründe karşılaşılan bütün bu terimler ortak bir yaklaşımla, düzenlenen kavramın bir ceza<sup>17</sup> olduğunu ifade etmektedir. Ceza vurgusu, sözleş-

17.9.1976 (YKD, C.3, S.2, Şubat 1977, s. 250); 13. HD., E. 1983/7823, K. 1983/8211, T. 22.11.1983 (YKD, C.10, S. 6, Haziran 1984, s. 913); 13. HD., E. 1992/8546, K. 1993/348, T. 25.1.1993 (YKD, C. 19, S. 4, Nisan 1993, s. 550).

11) Örnek olarak bkz. HGK, E.1993/13-125, K. 1993/711, T. 10.11.1993 (YKD, C.20, S.3, Mart 1994, s. 343); 15. HD. E.1999/1344, K. 1999/1519, T. 21.4.1999 (YKD, C.25, S.11, Kasım 1999, s. 1552); 14. HD., E. 1992/10778, K.1993/7097, T. 28.9.1993 (YKD, C.20, S.3, Mart 1994, s. 417); 13. HD., E. 2000/8716, K. 2000/9376, T. 31.10.2000 (YKD, C.27, S. 2, Şubat 2001, s. 223); 9. HD., E. 1994/16567, K. 1995/6006, T. 28.2.1995 (YKD, C. 21, S. 12, Aralık 1995, s. 1857).

12) Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s.3 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 341 vd.; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara, 2002, s.3 vd

13) Oğuzman / Öz, s. 869 (Bu eserde 'ceza kaydı' terimi de kullanılmıştır, s. 871); Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku, C. I-II, Çeviren:Cevat Edege, Ankara, 1983, s.763.

14) Erbay Taylan, 'Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu', YHD, 1978, C.I, s. 47 vd.

15) Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 233.

16) Karş. Mustafa Reşit Karahasan, 'Para Borçlarında Cezai Şart', İBD, C. XL, S. 10, Ekim 1966, Medeni Kanununun 40. Yıldönümü Özel Sayısı, s. 469 vd. ile Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2002, s. 577.

17) Buradaki ceza, kamu hukukundaki ceza kavramından tamamen farklı niteliktedir.

menin gereklerini yerine getirmeyen borçlunun, ağır bir sorumluluk altına sokulması amacı göz önünde bulundurulmuş olsa bile<sup>18</sup>, bu vurgu ile şekillenen ifadenin ne derece isabetli olduğu, kavramın tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve amacı adım adım incelendikçe, net bir biçimde ortaya çıkacaktır.

Cezai şart uygulamasının hedeflerinden birinin borçluya baskı uygulama olduğu açıktır. Ancak alacaklıyı, borçlunun borcunu ifa etmeyerek kendisine vereceği zararı ispat yükünden arındırarak, bu zararın karşılanmasını sağlama hedefinin ağırlığı da göz ardı edilmemelidir<sup>19</sup>. Bu belirleme, seçilen terimi sorgulama ihtiyacını körükleyen ilk faktördür. Kaldı ki, bu terimler teknik anlamları ile ele alındığında da bazı ifade zaafı ile karşılaşılacaktır. Bu ikinci unsura örnek olarak 'cezai şart' terimini ele alalım. Bu terim, teknik anlamda bir şartın varlığını çağrıştırmakla birlikte, esasen buradaki 'şart' terimi 'kloz' ya da 'kayıt' olarak ifade edebileceğimiz sözleşme hükmü anlamındadır. O halde bu kavram hukuki niteliği itibarıyla bir şart değil, bir tür geciktirici şarta<sup>20</sup> bağlı borçtur<sup>21</sup>. Diğer taraftan, 'sözleşme cezası' terimi ise, anılan kavramın sadece sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılabileceği fikrini uyandırmaktadır<sup>22</sup>. Halbuki cezai şart genellikle bir borçlar hukuku sözleşmesi çerçevesinde kararlaştırılmakla birlikte -bizim çalışmamızda ele alacağımız kısım budur-, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı borç kaynaklarından doğan alacaklar, hatta bazı medeni hukuk ilişkileri çerçevesinde<sup>23</sup> bile bu tarz bir

18) Kullanılan terimlerde, tazminat yerine ceza fikrinin ifade edilmiş olmasının uygun olmadığı yönünde bkz. Tunçomağ, s. 4.

19) Von Tuhr, s.763.

20) Buradaki geciktirici şart, muaccel hale gelmiş olan asıl borçtan kaynaklanan edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi / belirlenen yer ve / veya zamanda ifa edilmemesidir.

21) Tunçomağ, s. 4; Oğuzman / Öz, s. 871; Eren, s. 1171 ; Günday, s. 3.

22) Tunçomağ, s.4.

23) MK md. 119 uyarınca, aile hukuku çerçevesinde, evlenmeden kaçınma hali için de cezai şart kararlaştırılabileceği söylenebilir. Ancak bu halde kararlaştırılan cezai şart eksik borç hükmündedir. Bkz. Etem Saba Özmen, 'Nişanın Bozulmasında Cayma

şartın kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Kanundan doğan bir cezai şarttan da söz eden hukukçular bulunmakla birlikte<sup>25</sup>; cezai şartın taraf iradelerine dayan-

Akçası ve Cezai Şart -I-', YD, C. 22, S. 3, Temmuz 1996, s. 299 vd. ; Etem Saba Özmen, 'Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart -II-', YD, C. 22, S. 4, Ekim 1996, s. 506 vd.

- 24) H. Oser / W. Schönenberger, İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Çeviren: Ferid Ayiter, 2. Basının Tercümesi, Ankara, 1950, s. 949 ; Tunçomağ, s. 11 ; Oğuzman / Öz, s. 871 ; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 343, Eren, s. 1170.
- 25) İşletmesi üzerinde rehin tesis edilmiş ticari işletme sahibi, alacaklıları zarara uğratmak amacıyla, işletmesini veya rehne dahil unsurları temlik, tahrip ya da imha eder ya da bir aynı hak ile sınırlandırırorsa, TİRK md. 12 f. 1 uyarınca cezalandırılmasının yanı sıra, f. 3 uyarınca da rehinle temin edilen alacak miktarı üst sınırı teşkil etmek üzere munzam bir tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na göre, TİRK md. 12 f. 3 te sözü edilen bu tazminat, zarara göre değil, kanunun açık ifadesi gereği işletme sahibinin kusurunun ağırlığına -TİRK md. 12 f. 1 alacaklıları zarara uğratmak amacını aramış olduğundan, burada her zaman kusurun en ağır derecesi olan kast söz konusu olacaktır- göre tespit edilecek olduğundan, buradaki tazminat teknik anlamda bir tazminat olmayıp, bir çeşit kanundan doğan cezai şart niteliğindedir. Bkz. Ticari İşletme Rehni 'Kanun Projesi ve Gerekçesi-Proje Hakkında Görüşler-Komisyonun Hazırladığı Metin', AÜHF Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları No:4, Ankara, 1965, s.30.; Arsebük de, cezai şartın alacaklıyı zararın ispatı yükünden kurtardığı noktasından hareket ederek BK md. 103 ile düzenlenmiş olan geçmiş günler faizinin , kanun tarafından belirlenmiş bir cezai şart olduğunu belirtmiştir. Bkz. Esat Arsebük, 'Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller', Adliye Ceridesi 1936, S. 16, s. 988. Arsebük'ün bu belirlemesi karşısında, Yargıtay'ın cezai şart ve temerrüt faizini, dayandıkları hukuki esaslar bakımından farklı olarak nitelediği HGK kararı gözden kaçırılmamalıdır. HGK. E. 1971/4-1405, K. 1971/55, T. 17.2.1971. Bkz. Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul, 1992, s. 1304 vd. Borçlar Kanununun 103. maddesinin, 14.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı 'Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' md. 5 / f. 2 ile yürürlükten kaldırılmış olduğu yönündeki görüşler için bkz. Nami Barlas, Para Borcunun İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 149, dipnot 447 ; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 934 ; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 5. Bası, İstanbul, 1992, s. 319 vd.

ması sebebiyle kanun ile düzenlenemeyeceğini belirten yazarlar da vardır<sup>26</sup>.

O halde, seçilen terimde sadece ceza vurgusunu verecek kavramın zararları tazmin işlevini göz ardı etmenin pek isabetli olmadığı söylenebilir. Kaldı ki, geniş bir perspektiften bakıldığında kavramın uygulama alanını borç doğurucu sözleşmelerden doğan borçlarla sınırlandırmak da uygun görünmemektedir. Diğer taraftan 'şart' ifadesi de, kavramın hukuki niteliği bakımından yanıltıcı olabilecektir. Görüldüğü üzere, kullanılan terimlerin hiçbiri Türk Hukuku açısından, Tunçomağ'ın kırk yıl önce belirlemiş olduğu üzere<sup>27</sup>, ele aldığımız kavramı işlevsel açıdan tam olarak ifade edememektedir.

### 1.2.3. Tercihimiz

Bu tespitlere rağmen, cezai şart teriminin doktrin ve uygulamada yerleşmiş olması nedeniyle ve Borçlar Kanunu'na sadık kalmanın çalışmamızı daha akıcı/anlaşılır kılacağı inancıyla -Amerikan Hukukundaki 'tazminat şartı' / 'belirlenmiş tazminat kaydı' / 'ceza kaydı' terimlerini saklı tutarak- üzerinde çalıştığımız hukuki kavramı 'cezai şart' terimi ile anacağız.

## 2. Türk Hukukunda Cezai Şart

### 2.1. Tanım

Borçlar Kanunu md. 158 – 161 arasında düzenlenmiş olan cezai şart kavramı, Türk Borçlar Hukukunun genel hükümlerini inceleyen eserlerde, sözleşme ilişkisi çerçevesinde karşılaşılan özel bir durum olarak incelenmektedir. Kanun bu düzenlemelerinde kavramı tanımlamış değildir. Doktrindeki çeşitli tanımlamalara baktığımızda, çoğunluğun, kavramın amacına ve işlevine deyinmeksiniz, 'borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan, ekonomik değeri haiz -genellikle bir miktar para- edim' şeklinde bir ortak tanımı tercih et-

26) Eren, s. 1170.

27) Tunçomağ, s. 5.



tiği görülür<sup>28</sup>. Bazı yazarlar ise kavramı tanımlarken kavramın yöneldiği amacı ve bu bağlamda işlevini, kendi görüşleri doğrultusunda vurgulamışlardır. Kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun şerhinde Oser / Schönenberger'in verdiği tanım, edimin ceza veya tazminat olmak üzere kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir<sup>29</sup>. Oğuzman<sup>30</sup> ve Taylan<sup>31</sup> tanımlarında, edimin cezai yönüne vurgu yapmayı tercih ederken; Kanık, 'zarar ve ziyan miktarının önceden tayini' şeklinde bir tanımları seçmiştir<sup>32</sup>. Eren ise, kararlaştırılan edimin zararı tazmin amacına değil, borcun ifasını sağlama amacına hizmet ettiğini belirtmiştir<sup>33</sup>. Biz, kavramın amaç ve işlevini ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz için, doktrindeki genel yaklaşıma paralel olarak sadece kavramın unsurlarını barındıran bir tanımları tercih ediyoruz. Bu çerçevede, yüksek mahkemenin yapmış olduğu çeşitli tanımlar<sup>34</sup> içinde kavramın un-

28) Tunçomağ, s. 655L1n Tuhr, s. 763; Nafiz Erdem, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. 1, Ankara, 1987, s. 1028; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 341; Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul, 1995, s. 169; Günay, s. 8.

29) 'Cezai şart, borcun ifa edilmemesi veya hakkıyla ifa edilmemesi halinde ceza veya tazminat olmak üzere borçlu tarafından hak sahibine muayyen bir edada bulunulması mutabakatıdır'. Bkz. Oser / Schönenberger, s. 948.

30) 'Cezai şart, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmadır'. Bkz. Oğuzman / Öz, s. 870.

31) 'Ceza koşulu, bir edimin yerine getirilmemesinde ya da belirlenen an ve yerde edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşilmesidir'. Bkz. Taylan, s. 48.

32) 'Cezai şart, borçlunun borcunu ifa etmediği yahut ifada geciktiği veya natamam olarak ifa ettiği taktirde diğer tarafa tediye edeceği zarar ve ziyan miktarının önceden tayinidir'. Bkz. Tahir Kanık, 'Cezai Şart', Adalet Dergisi, Yıl 41, Ağustos 1950, S. 8, s. 1071.

33) 'Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi 55KĀ ettiği, zararı tazmin amacını değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacını güden, ekonomik değere sahip bir edimdir'. Bkz. Eren, s. 1169.

34) Örnek olarak bkz. 'Ceza koşulu, bir edimden ya da belli bir yer ya da zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşilmesidir'. 14. HD. E.1977/

surlarını en net biçimde barındıran 13. Hukuk Dairesinin bir tanımlamasına yer vermek uygun olacaktır. Bu tanım uyarınca cezai şart, 'Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olup bir hukuk işlemi ile belirlenen götürü bir edimdir'<sup>35</sup>. Borçlunun, bu tanım çerçevesinde cezai şart ödemesi kararlaştırılmış ise, artık alacaklı uğradığı zararı ve kapsamını ispat etme yükü altında kalmaksızın tatmin edilebilecektir.

## 2.2 Cezai Şartın Unsurları

Hareket noktası olarak kabul ettiğimiz tanım doğrultusunda karşımıza çıkan ilk unsur, geçerli bir asıl borcun varlığıdır. Zira cezai şart, bu geçerli asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya gereken yerde / zamanda ifa edilmemesi hallerinde söz konusu olacaktır. Bu borcun ne tür bir borç olduğunun önemi yoktur. Cezai şart kural olarak her tür borç için kararlaştırılabilir<sup>36</sup>.

Bu noktada, yukarıdaki tanımında açıkça yer almayan ancak bu ilk unsur ile sıkı bağlantı içinde olan, cezai şartın asıl borca bağımlı, fer'i bir edim olduğu<sup>37</sup> hususu

4307 K.1977/5588, T.8.11.1977 (YKD, C. 4, S. 4, Nisan 1978, s. 597). 'Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür'. 14. HD. E.1999/2536 K.1999/3371, T.5.5.1999 (YKD, C. 25, S. 12, Aralık 1999, s. 1677).

35) 13. HD. E.1981/7898 K.1981/8497, T.25,12,1981. (YHD, C. V, S. 5, Mayıs 1982, s. 704). Aynı tanımın başka yazarlarca da esas alındığı görülmektedir. Bkz. Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 577..

36) Para borçlarında cezai şart kararlaştırılıp, kararlaştırılmayacağı bir dönem tartışılmıştır, ancak günümüzde para borçlarında da cezai şartın kararlaştırılabileceği hususunda bir şüphe yoktur. Bkz. Akar Öcal, 'Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri', AD, Y. 52, Mayıs 1961, S. 5, s. 523 vd.; Karahasan, 'Para Borçlarında Cezai Şart', s. 469 vd.; Tunçomağ, s. 8 vd.; Oğuzman / Öz, s.872; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 343 vd.; Günay, s. 24 vd.

37) Fer'ilik özelliği, cezai şartın muaccel olduğu ana kadar devam etmektedir. Yani, asıl borca ilişkin edim hiç ya da gereği gibi ye-

özellikle vurgulanmalıdır. Cezai şartın fer'i niteliğinin görünüşleri farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Asıl borca kaynaklık eden bir sözleşme ise, cezai şart ancak asıl borcun kaynaklandığı sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olması halinde talep edilebilecektir. BK md. 161 / f. 2 uyarınca asıl borcun kanuna veya ahlaka aykırılığı halinde kararlaştırılan cezanın kesin hükümsüz olduğunu söylemek mümkündür<sup>38</sup>. Ayrıca, asıl borç geçerli olarak meydana gelmiş olmakla birlikte, daha sonra ifa, ibra, takas, yenileme yollarından biri ile ortadan kalkmış ise, cezai şart da ortadan kalkacaktır<sup>39</sup>.

Cezai şartın talep edilebilmesi ikinci olarak, asıl borca kaynaklık eden sözleşmenin geçerliliğini sürdürüyor olmasına bağlıdır<sup>40</sup>. Asıl borcun tüm geçersizlik hallerinde

---

rine getirilmediği, yani geciktirici şart gerçekleştiği takdirde, artık cezai şart bağımsız bir alacak niteliği kazanmaktadır. Bkz. Erel, s. 1171; Oğuzman / Öz, s. 878; Tunçomağ, s. 96 vd.

38) Bunun en çarpıcı örneği şudur. Tacir sıfatını haiz bir borçlu, TTK md. 24 uyarınca, fahiş dahi olsa bir cezai şartın tenkisini talep edemezken uygulamada, kararlaştırılan cezai şart miktarının tacir için ekonomik yıkım yarattığı hallerde cezai şartın ahlak ve adaba aykırı olması sebebiyle geçersiz kabul edildiği görülmektedir. Bkz. HGK, E.1970/1053, K.1974/222, T.20.3.1974 (YKD, C. 3, S. 1, Ocak 1977, s. 11 vd.) Yargıtayın anılan bu HGK kararına atıf yaparak aynı görüşünü tekrarladığı daha yeni tarihli kararlarına örnek olarak bkz. 13. HD. E.1988/2765, K.1988/4383, T.3.10.1988 (YKD, C. 15, S. 11, Kasım 1989, s. 1597 vd.); 15. HD. E.1999/2025, K.1999/3642, T.14.10.1999 (YHD, C. XIX, S. 224/07, Temmuz 2000, s. 979 vd.).

39) Eren, s. 1171; Oğuzman / Öz, s. 875.

40) Bu hususta bazı Yargıtay Kararları yol gösterici olabilir. 15. HD. E.2000/2826, K.2000/4884, T.8.11.2000 (Taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmaktadır. Sözleşme ile yapılması kararlaştırılmış işlerin hepsi tamamlanmamıştır. Davacı, 14.7.1997 tarihli ihtarname ile sözleşmeden dönmüş ve yerel mahkemeye başvurarak eksik işler bedeli ile ifaya bağlı cezai şartın tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiştir. Davalının temyizi neticesinde 15. HD., cezai şart ile eksik işler bedelinin müspet zarar kapsamında olduğunu vurgulayarak, bunların talep edilebilmesinin sözleşmeden dönülmemiş olunmasına bağlı olduğunu; olayda ise davacı tarafın sözleşmeden dönmüş olması sebebiyle onun sadece menfi zararlarını (davalı ile sözleşme yapmamış olsa idi, o tarihte teklif edilmiş fiyat ile, feshi takiben

cezai şart da geçersiz kabul edilecektir<sup>41</sup>. Bu çerçevede uygulamada en çok karşılaşılan sorun, asıl borcun kaynaklandığı sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olması halinde cezai şartın akıbetinin ne olacağıdır. Doktrinde, asıl borcun kaynaklandığı sözleşmenin tabii olduğu şeklin cezai şart için de geçerli olması gerektiği

eksik kalan işleri tamamlattırmak için başka bir yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark) talep edebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda, cezai şart talebinin reddedilmesi ve hesaplanarak menfi zarara hükmedilmesi gerektiğinden yerel mahkemenin kararını bozmuştur. ) (YKD, C. 27, S. 2, Şubat 2001, s. 232.); 15. HD. E.1996/463, K.1996/821, T.14.2. (Olayda arsa sahibi, davalı müteahhid ile aralarındaki sözleşmenin feshini ve ruhsatsız inşaat nedeniyle belediyeye ödemek zorunda kaldıkları miktar ile eser sözleşmesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılmış olan tutarı talep etmiştir. Davalı müteahhid davanın reddini istemiş, yerel mahkeme, sözleşmenin feshi ile birlikte, talep edilen her iki bedelin de (belediyeye ödenen miktar ile gecikme cezası olarak kararlaştırılan tutar) tahsiline karar vermiştir. Davalı kararı temyiz etmiştir. 15. HD. bu kararında, taraflarca eser sözleşmesinde gecikme cezası olarak kararlaştırılan hükmü ifaya ekli cezai şart olarak nitelendirmiş ve bunun olumlu zarar kapsamına girmesi sebebiyle ancak sözleşmenin varlığını sürdürmesi halinde talep edilebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda somut olayda iş sahibi akdin feshini talep ettiğinden, artık varolmayan bir sözleşmeden kaynaklanan cezai şarta ilişkin talebin reddedilmesi gerektiğini ifade ederek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 22, S. 8, Ağustos 1996, s. 1268.); 15. HD. E.1995/2482, K.1995/4550, T.13.9.1995 (Olayda bu durumu göz ardı eden yerel mahkemenin sözleşmenin feshedilmiş olmasına rağmen cezai şarta hükmetmesi sebebiyle 15. HD. yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 22, S. 2, Şubat 1996, s. 242.); 15. HD. E.1975/2837, K.1975/3917, T.1.10.1975 (Taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin edimini gecikme ile yerine getirmesi halinde belirlenen miktarda cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, sözleşmeye dayanarak cezai şart talep edilmesi mümkün değildir.) (YKD, C. 4, S. 2, Şubat 1978, s. 254.)

- 41) Baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazaa, ehliyet-sizlik nedenlerine dayanarak batıl olan veya irade beyanı sakatlıkları, gabin gibi sebeplerle iptal edilen bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şart geçersiz olacaktır. Bkz: Oğuzman/Öz, s. 874, Von Tuhr, s. 764; Eren, s. 1171.

fikri baskın görüş olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>42</sup>. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da, cezai şartın asıl borcun kaynaklandığı sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline tabi olduğu yönündedir<sup>43</sup>.

- 42) Tunçomağ, s. 61 vd.; Von Tuhr, s. 764; Eren, s. 1171 vd; Oğuzman/Öz, s. 874 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344 vd.; Günay, s. 87.
- 43) 13. HD. E.1978/4163, K.1978/4315, T.23.10.1978 (Taraflar arasında davalının kamyonetinin satımına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Sözleşmede, plaka devri yapılmaz ise satıcının belirlenen miktarda tazminat ödeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Davacı, davalının kamyoneti teslim etmediği ve trafik kaydı ile mülkiyeti devretmediğini; kamyoneti bir kez daha para ödeyerek trafik kaydında adına tescilli olan şahıstan satın almak zorunda kaldığını iddia etmiş ve davalıdan satış parası ile kararlaştırılan cezai şartı talep etmiştir. Yerel Mahkeme, hukuki devir yapılmadığından, satış parasının faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar vermiş ancak taraflar arasındaki satış sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürerek, cezai şartın da geçersiz olduğu gerekçesi ile buna ilişkin talebi reddetmiştir. Her iki taraf da hükmü temyiz etmiştir. 13. HD. öncelikle, kamyonetin bir taşınır olduğunu ve taşınır malların mülkiyetinin teslim ile geçtiğini, sözlü satışlar ve adi yazılı belge ile yapılan satışların geçersizliğinden söz edilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu bağlamda taraflar arasındaki sözleşme geçerli olduğundan cezai şartın da geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Trafik kaydı 3. kişi adına da olsa davalının trafik kaydının aktarılması yükümlülüğü kapsamındadır. O halde, davalı cezai şarttan sorumludur, yerel mahkemenin cezai şarta ilişkin talebi reddetmesi bozma sebebidir.) (YKD, C. 5, S. 5, Mayıs 1979, s. 681 vd.) (Bu karar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 18.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce verilmiş bir karardır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca tescil edilmiş araçların her türlü satış ve devrinin noterlerce yapılacağı gözden uzak tutulmamalıdır.); 13. HD. E.1988/1091, K.1988/2331, T.21.4.1988 (Taraflar arasında satış vaadi sözleşmesi vardır. Bu sözleşme noterde yapılmayıp adi yazılı şekilde düzenlenmiş olduğundan geçersizdir. 13. HD, geçersiz olan bu sözleşme ile doğan borca ilişkin olarak kararlaştırılmış olan cezai şartın da hüküm ifade etmeyeceğini vurgulayarak, cezai şarta hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 15, S. 8, Ağustos 1988, s. 1143 vd.); 15. HD. E.1977/46, K.1977/254, T.7.2.1977 (Taraflar arasında eser sözleşmesinde davalıya ait arsanın belirlenen bir payının davacı müteahhide temlik edileceği vaadi yer almaktadır. Bu vaadi içeren sözleşme, noterde değil de adi yazılı şekilde düzenlendiğinden geçersizdir. 15. HD., şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan

Yargıtay'ın bu görüşünü tekrarladığı 1993 tarihli bir HGK<sup>44</sup> kararına muhalefet şerhi koyan üyelere Aşçıoğlu ise, cezai şartın şekli konusunda somut olay koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirterek, bazı hallerde geçersiz sözleşmeye karşın cezai şartın geçerli hukuki sonuç doğurmasının kabulünün yasa koyucunun amacı ve taraf çıkarları yönünden daha isabetli olacağını savunmuştur<sup>45</sup>.

Cezai şartın tanımından çıkarabileceğimiz bir başka unsur, asıl borçtan ayrı olan herhangi bir edimin -ekonomik değer taşıması şartıyla<sup>46</sup>- cezai şart olarak ka-

bu sözleşmenin fer'i niteliğindeki cezai şartın da hukuken geçersiz olduğunu vurgulayarak yerel mahkemenin bu hususu irdelememiş olan kararı bozulmuştur.) (YKD, C. 5, S. 1, Ocak 1979, s. 101 vd.); 13. HD. E.1977/3244, K.1977/4000, T.20.9.1977 (Taraflar arasında tapulu bir taşınmazın adi senetle satımı sözkonusu olmuştur. Davacı alıcı, davalı satıcının tapuda ferağdan kaçındığı iddiası ile açtığı davada, harici senette yazılı olan cezai şartı da talep etmiştir. 13. HD., tapulu yerin haricen satışının geçersiz olduğunu ve resmi şekle uyulmadan yapılan bu sözleşmede yer alan ceza koşulunun da hükümsüz sayılacağını ifade ederek, geçerli olarak kurulmamış olan sözleşmedeki cezaya hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 4, S. 1, Ocak 1978, s. 80 vd.)

44) HGK. E.1993/13-125, K.1993/711, T.9.11.1993 (Resmi şekilde yapılması gereken tapulu taşınmazların satımına ilişkin sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şartın şekle bağlılığı sorunu karşısında HGK, taşınmaz satımını güçlendiren cezai şartın da satış sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekilde kararlaştırılması gerektiği, aksi halde geçerli olmayacağına karar vermiştir.) (YKD, C. 20, S. 3, Mart 1994, s. 343 vd.)

45) Aşçıoğlu, yasada şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmelerde öngörülen cezai şartın geçersiz olacağına ilişkin açık hüküm bulunmadığını, kaldı ki her olayda hukuki işlem geçersiz olduğundan mantık yoluyla cezai şartı da geçersiz kabul etmenin yargının adalete uygun sonuçlara ulaşmasını engelleyeceğini savunmuş, olaya göre değerlendirmenin derinleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S. XIV, 4-5 Nisan 1997, 'Yargı Kararlarında Cezai Şart', Bildiriyi Veren: Çetin Aşçıoğlu, s.111 vd.

46) Tunçomağ'ın ifadesiyle 'Cezai şartın ekonomik değeri haiz bir edim olması halinde borçlu ifa için daha çok gayret sarfedecektir'. Tunçomağ, s. 14. Kanaatimizce, cezai şartın borçlu üzerinde bir baskı aracı olarak işlevde bulunabilmesi için bu özellik belirleyicidir.

rarlaştırılabileceğidir. Uygulamada bu edimin genellikle bir miktar para olarak kararlaştırıldığı görülmektedir<sup>47</sup>. BK md. 161 / f. 1 uyarınca tarafların kararlaştıracakları cezai şartın miktarını hukuk düzeninin sınırları içinde tayin etmekte serbest olduklarına zaten şüphe yoktur.

Hareket noktası olarak kabul ettiğimiz tanımdan çıkan son unsur ise, cezai şartın bir hukuki işlem ile kararlaştırılmış olmasıdır. Bu hukuki işlem, tek taraflı<sup>48</sup> ya da çok taraflı<sup>49</sup> olabilir. Tunçomağ, cezai şartı meydana getiren hukuki işlemin sağlıkta hükümlerini doğuran bir işlem olması gerektiğini vurgulamıştır<sup>50</sup>. Yazar, tarafların taahhütlerinin yorumlanmasının çoğu kez çok güç olması sebebiyle, ancak bu şekilde tarafların amacının isabetli biçimde tespit edilebileceğini ileri sürmektedir<sup>51</sup>.

Biz, uygulamaya yönelik belirlemeler yapmayı hedeflediğimizden, cezai şartın unsurlarını Yargıtay kararları doğrultusunda incelemeye çalıştık. Ancak, burada deği-

47) Cezai şarta ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunları yansıtabilme adına bu çalışmada atıf yaptığımız Yargıtay Kararlarına konu olan olayların tümünde, tarafların cezai şartı belirledikleri miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırmış oldukları saptanmıştır. Ancak, cezai şart ekonomik değeri haiz herhangi bir edim olabilir. 15. HD'nin bir kararında yapmış olduğu nitelendirme bu duruma örnek teşkil etmektedir. 15. HD. E.1999/1619, K.1999/2729, T.5.10.1999 Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre, inşaat belirlenen süre içinde bitirilmezse, müteahhit (yüklenici) inşaatı terk edecek, arsa sahibi inşaatı el koyacak ve müteahhid yapmış olduğu harcamalardan hak talep edemeyecektir. 15. HD bu düzenlemeyi bir cezai şart olarak nitelendirmiştir. (Yasa Hukuk Dergisi, C. XIX, S. 219/ 02, Şubat 2000, s. 269).

48) Tunçomağ, hamile yazılı bir senet ile cezai şart tesis edilmesini tek taraflı hukuki işlem ile cezai şart kararlaştırılmasına örnek olarak göstermiştir. Bkz. Tunçomağ, s. 61. Oysa soyut borç itirarı ve vaadi tek taraflı bir işlem olmayıp, burada iki taraflı bir işlem yani sözleşme sözkonusudur. Bkz. Eren, s. 185.

49) Sözleşmelerde, dernek tüzüklerinde cezai şart tesisi, bu hale örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Tunçomağ, s. 59.

50) Tunçomağ, s. 61.

51) Tunçomağ'ın bu hususu somutlaştırdığı örnekler için bkz. Tunçomağ, s. 18 vd.

nemediğimiz çok farklı tartışmaları<sup>52</sup> bünyesinde barındıran bu başlığın, doktrinde daha detaylı incelemelere tabi tutulmuş olduğu belirtilmelidir<sup>53</sup>.

### 2.3. Cezai Şartın Türleri

Cezai şart doktrinde üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki, 'seçimlik cezai şart' olarak isimlendirilen ve kaynağını BK md. 158 / f. 1 de bulan cezai şarttır<sup>54</sup>. Seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda alacaklı, asıl borcun ifasının belirlenen yer ve zamanda yapılmaması halleri dışındaki tüm borca aykırılık hallerinde - taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise<sup>55</sup>, ya asıl borcu ifasını ya da kararlaştırılmış olan cezai şartı talep edebilecektir<sup>56</sup>.

52) Zaman aşımına uğramış borçlar diğer eksik borçlar için cezai şart kararlaştırılıp, kararlaştırılmayacağı; şarta bağlı borçlar için cezai şart kararlaştırılıp, kararlaştırılmayacağı; borçlunun belirli hak ya da yetkilerini kaybetmesi şeklinde cezai şart kararlaştırılıp, kararlaştırılmayacağı gibi.

53) Tunçomağ, s. 7 vd.; Oğuzman / Öz, s. 871 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 342 vd.; Eren, s. 1170 vd.; Taylan, s. 48; Azra Arkan, 'Cezai Şart', İBD, C. 71, S. 1-2-3, 1997, s. 80 vd.

54) 15. HD. E.1981/1253, K.1981/1623, T.9.7.1981 (Bir sözleşmenin yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesi halinde tediye edilmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ise, bu seçimlik cezai şart olup, aksine sözleşme olmadıkça alacaklı, ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da cezanın tediyesini isteyebilir.) (YKD, C. 8, S. 2, Şubat 1982, s. 236); 15. HD. E.1978/2172, K.1978/2518, T.28.12.1978 (Sözleşme hiç yerine getirilmediğinde veya eksik olarak yerine getirildiğinde ceza koşulu kararlaştırılmışsa, aksine sözleşme bulunmadıkça alacaklı, ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da cezanın ödenmesini isteyebilir.) (YKD, C. 5, S. 5, Mayıs 1979, s. 699); 15. HD. E.1976/1371, K.1976/2314, T.30.6.1976 (Edimle birlikte ceza koşulunun da istenebileceği taraflarca kararlaştırılmamış olduğundan, borca aykırı davranılması nedeniyle edimin tüm olarak yerine getirilmesine yönelik istem ileri sürüldüğünde, artık ceza koşulunun ödetilmesi sözkonusu olamaz.) (YKD, C. 3, S. 2, Şubat 1977, s. 553).

55) Bu noktada, cezai şarta ilişkin hükümlerin emredici olmayıp aksinin taraflarca kararlaştırılmasının mümkün olduğu hususu belirtilmelidir. Ancak bu durumun istisnasını, BK md. 160 / f. 2. 161 / f. 2 ve 161 / f. 3 hükümleri teşkil etmektedir. Bkz. Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1976, s.



BK md. 158 / f. 2 den kaynaklanan ikinci cezai şart türü ise, 'ifa ile birlikte istenebilecek cezai şart' tır<sup>57</sup>. Bu hükme göre, cezai şart asıl borcun belirtilen yer ve / veya zamanda ifa edilmemesi halleri için kararlaştırılmışsa, alacaklı hem asıl borcun gecikmiş ve / veya belirtilen yerde yapılmamış ifasını, hem de kararlaştırılmış olan cezai şartı talep edebilecektir. Elbetteki tarafların, bu halin de aksini kararlaştırmaları mümkündür<sup>58</sup>. Ancak hükmün devamında, alacaklının asıl borcun gecikmiş ve / veya belirtilen yerde yapılmamış ifasını ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmesi hallerinde artık hem ifanın, hem de cezai şartın talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Uy-

861; 13. HD. E. 1992/8546, K.1993/348, T.25.1.1993 (YKD, C. 19, S. 4, Nisan 1993, s. 548 vd). Ayrıca BK 158 / f. 2 uyarınca ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin ifanın kabul edilmesi halinde artık cezanın talep edilemeyeceği hususunun hakim tarafından resen dikkate alınacak kanüni bir varsayım olduğu hakkında bkz. 13. HD. E. 6836, K.188, T.21.1.1988 (Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 2, Ankara, 1990, s. 769 vd.); Oğuzman / Öz, s. 879.

56) Tunçomağ, s. 44; Von Tuhr, s. 767; Oğuzman / Öz, s. 876; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 348; Günay, s. 78 vd. Alacaklının önceki talebinin ne olacağı ve bunun sonuçlarına ilişkin farklı yaklaşımlar için bkz. Oğuzman / Öz, s. 877, dipnot 406.

57) 15. HD. E.1999/774, K.1999/2125, T.26.5.1999 (Taraflar arasında imzalanan sözleşmede P... A.Ş. nin taahhüdün belirlenen tarihe kadar yerine getirmemesi halinde 30,000 Alman Markı cezai şart ödeyeceği ve bu miktarın asıl alacaktan ayrı olduğu kabul edilmiştir. Taahhüdün anılan tarihte yerine getirilmemesi üzerine taahhüdün yerine getirilmesi ve cezai şartın ödenmesi talepleri ile yerel mahkemeye başvuran davacının cezai şarta ilişkin talebi, ifanın istenen hallerde seçimlik cezai şartın istenemeyeceği gerekçesi ile reddedilmiştir. Davacının temyizi üzerine 15. HD., ilk olarak sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın seçimlik cezai şart olmayıp ifaya ekli cezai şart olduğunu, bu sebeple de ifa ile birlikte talep edilebileceğini belirlemiştir. Bunun yanı sıra, kural olarak seçimlik cezai şartın kararlaştırılmış olduğu hallerde, ifa ile cezai şartın da istenmesinin mümkün olmadığını, ancak BK md. 158 / f. 1 uyarınca taraflarca bunun aksinin kararlaştırılabileceğini de vurgulamıştır. 15. HD., bu gerekçelerle, yerel mahkemenin cezai şart talebini reddeden hükmünü bozmuştur.) (YKD, C. 26, S. 1, Ocak 2000, s. 69)

58) Karş. dipnot 55.

gulamada bu hususa ilişkin sorunlara sıkça rastlanmaktadır<sup>59</sup>.

- 59) 15. HD. E.1977/603, K.1977/787, T.1.4.1977 (Eseri teslim alırken cezai şarta ilişkin talep haklarını saklı tutmayan iş sahibi artık cezai şart talep edemeyecekti) (YKD, C. 5, S. 7, Temmuz 1979, s. 1031.); 15. HD. E.1977/2183, K.1978/157, T.1.2.1978 (Davacı ile davalı yüklenici arasında ayakkabı imalinde kullanılan iş makinalarının yapımı için bir sözleşme yapılmış, davacı işveren sözleşme konusu makinaları ayıpları ile birlikte, hiçbir ihtirazi kayıt öne sürmeksizin teslim alarak davalının gecikmiş ifasını kabul etmiştir. İhtar ödevini yerine getirmemiş işverenin, makinaları teslim aldıktan bir ay sonra talep ettiği cezai şarta hükmeden yerel mahkeme kararını 15 HD. bozmuştur.) (YKD, C. 5, S. 3, Mart 1979, s. 395.); 15. HD. E.1976/2953, K.1977/113, T.26.1.1977 (Eksik ve gecikme ile yapılmış eseri, cezai şart talep haklarını saklı tutmaksızın teslim alan alacaklı, sonradan cezai şart talep edemez. ) (YKD, C. 5, S. 1, Ocak 1979, s. 98.); 15. HD. E.1977/247, K.1977/353, T.17.2.1977 (Davacı, eseri, cezai şart talebini saklı tutmaksızın sözleşmede kararlaştırılan tarihten sonra teslim almış, bu sebeple cezai şarta dair talebi artık düşmüştür.) (YKD, C. 4, S. 5, Mayıs 1978, s. 774.) Aynı içerikli diğer örnek kararlar; 15. HD. E.1977/515, K.1977/629, T.14.3.1977 (YKD, C. 4, S. 7, Temmuz 1978, s. 1176.); 15. HD. E.1976/1829, K.1976/2778, T.5.7.1976 (YKD, C. 3, S. 11, Kasım 1977, s. 1598.); 15. HD. E.1977/1035, K.1977/1139, T.16.5.1977 (YKD, C. 3, S. 11, Kasım 1977, s. 1596.); 15. HD. E.1998/308, K.1998/1227, T.26.3.1998 (YHD, C. XVIII, S. 210/5, Mayıs 1999, s. 633.); 15. HD. E.1979/1071, K.1979/1228, T.23.5.1979 (Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, müteahhidin inşaatı teslim edeceği tarih belirlenmiş, ancak ifa zamanında gerçekleştirilmemiştir. Davacı arsa sahibi, müteahhide önce bir ihtarname göndererek haklarını saklı tuttuğunu bildirmiş, daha sonra daireleri teslim almıştır. Davacının haklarını saklı tuttuğu gözardı edilerek, daireleri teslim aldıktan sonra artık cezai şart talep edemeyeceğine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.) (YKD, C. 6, S. 7, Temmuz 1980, s. 1011.); 15. HD. E.1980/943, K.1980/973, T.14.4.1980 (Taraflar arasındaki eser sözleşmesi bulunmaktadır. Alacaklı bu sözleşmede belirlenen tarihte gerçekleştirilmeyen ifayı -inşaatın teslimi- gecikmiş olarak kabul etmiş ve bu esnada cezai şarta ilişkin talep haklarını saklı tutmamıştır. 15. HD., yerel mahkemenin bu hususu gözardı ederek cezai şarta hükmettiği kararını bozmuştur) (YKD, C. 7, S. 1, Ocak 1981, s. 78.); 15. HD. E.1992/5923, K.1993/4091, T.19.10.1993 (Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmuş ve sözleşmede, inşaatın belirlenen tarihten geç teslim edilmesi halinde belirlenen miktarda cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Geç teslim gerekçesi ile cezai şart talep

BK md. 158 / f. 3 çerçevesinde düzenlenmiş son tür ise, 'dönme cezası' dır. Diğer iki tür cezai şart ile aynı kanun maddesinde düzenlemeye tabi tutulmuş olmasına rağmen dönme cezası aslında teknik anlamda bir cezai şart değildir<sup>60</sup>. Cezai şartın diğer iki türü ile dönme cezası arasındaki en önemli fark, ilk gruptakilerin sözleşmeye aykırılığa önceden bağlanan ve borçluyu köşeye sıkıştırarak alacaklının imkanlarını genişleten kayıtlar olmalarına karşılık; dönme cezasının borçluya sözleşmeden dönmek suretiyle kurtulma imkanı sağlayarak, borçlunun imkanlarını genişleten türde bir kayıt olmasıdır<sup>61</sup>. Bu belirlemelerin ışığında biz, dönme cezasını çalışmamızın kapsamı dışında tutarak, cezai şarta ilişkin işlevsel değerlendirmemizi, seçimlik cezai şart ve ifa ile birlikte istenebilecek cezai şart türleri ile sınırlandıracağız.

## 2.4. Cezai Şartın Amaçları Ve Bu Amaçlar Doğrultusunda İşlevleri

### 2.4.1. Genel Olarak

Bu başlık altında yapılacak değerlendirmelerde hare-

---

eden davacı, inşaatı teslim almış, ancak cezai şartı talep hakkını saklı tutmamıştır. Buna rağmen yerel mahkeme, davacının cezai şart talebini hükme bağlamıştır. Yargıtay, kararlaştırılmış olan cezai şartı ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirmiş ve BK md. 158 / f. 2 uyarınca, cezai şartı talep hakkını saklı tutmadan ifanın kabulü halinde cezai şartı talep hakkının düşeceğini vurgulayarak yerel mahkemenin kararını bozmuştur.) (YKD, C. 20, S. 9, Eylül 1994, s. 1466.); 15. HD. E.1998/308, K.1998/1227, T.26.3.1998 (Taraflar arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi vardır. Sözleşmede, arsa sahibinin yükleniciye kararlaştırılan zamanda satış yetkisi vermemesi halinde belirlenen miktarda para ödenmesi kararlaştırılmıştır. Yüklenici arsa tapularını alırken cezai şartı talep hakkını saklı tutmamıştır. 15. HD., sözleşmedeki hükmün BK md. 158 anlamında cezai şart olduğunu, ancak 158/2 gereğince yüklenicinin arsa tapularını alırken cezai şart hakkını saklı tuttuğuna dair kayıt dermeyeran etmemesi halinde, bu hakkını yitireceğini ifade etmiştir. Yerel mahkemenin davacının cezai şart ile ilgili taleplerini reddetmesi gerekirken, kabul etmiş olması bozmayı gerektirmiştir. ) (Yasa Hukuk Dergisi, C. XVIII, S. 210/ 5, Mayıs 1999, s. 633).

60) Tunçomağ, s. 31; Oğuzman / Öz, s. 879; Eren, s. 1174; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 353; Günay, s. 85.

61) Serozan, s. 233.

ket noktamız, Yargıtay 14. HD. nin E.1977/4307, K.1977/5588 sayılı, 8.11.1977 tarihli<sup>62</sup> ve yine aynı dairenin, E.1999/2536, K. 1999/3371 sayılı, 5.5.1999 tarihli<sup>63</sup> kararları olacaktır.

Yaklaşık 20 yıllık bir sürecin iki ucunda verilmiş bu iki karardan önceki tarihli olanı, cezai şartın işlevlerini şu şekilde vurgulamıştır: *'Cezai şartı, bir edimden, ya da*

- 62) Davacılar ve davalılar bir kömür kurutma tesisi projesini gerçekleştirmek amacı ile adi ortaklık sözleşmesi yapmışlar ve bu sözleşme ile davalılar projenin statik hesaplarını yapmayı; davacılar da projenin çizimlerinin yapılmasını yükümlenmişlerdir. Davacı taraf, davalıların sözleşmenin gereklerini yerine getirmedikleri iddiası ile yerel mahkemeden sözleşmede yer alan cezai şartın (200.000 TL) davalılardan tahsiline hükmedilmesini talep etmişlerdir. Bilirkişi raporunda davacıların ikinci bir sözleşme yaparak işi tamamlamalarına rağmen kar yoksunluğuna uğramadıkları, ancak işin 20 gün gecikmesi nedeniyle kira ve maaşlardan 20.000 TL zarara uğradıkları belirtilmiştir. Bu rapor doğrultusunda yerel mahkeme hakimi, taraflarca kararlaştırılan cezai şartın fahiş olduğunu belirtmiş, bu sebeple cezai şartı davacıların zararı ölçüsünde indirerek, davalılardan 20.000 TL olarak tahsiline karar vermiştir. Davacı taraf hükmü temyiz etmiştir. 14. HD., cezai şartın tanımı ve işlevlerini vurgulayarak bozma kararını temellendirmiştir. Cezai şartın amaç ve işlevlerini net bir biçimde ortaya koyan 14. HD., yerel mahkemenin sadece zarar miktarını göz önünde tutarak cezai şarta hükmettiği kararını bozmuştur. (YKD, C. 4, S. 4, Nisan 1978, s. 597-598.)
- 63) 14. HD. nin önüne gelen bu olayda davacı, davalı müteahhitten, aralarındaki eser sözleşmesi uyarınca müteahhidin yapmakta olduğu binadan bir bağımsız bölümü satın almıştır. Taraflar arasında satış vaadi sözleşmesi yapılarak, belirlenen tarihe kadar alıcıya tapuda devir yapılmaz ise tesbit edilen miktarda cezai şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. Müteahhit edimini yerine getirmemiştir. Bunun üzerine bağımsız bölüm alıcısı, yerel mahkemede dava açarak, kademeli olarak tapu iptali ve tescili; bunlar olmadığı takdirde ödemiş olduğu satış bedelinin geri verilmesi ve satış vaadi sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın ödemesini talep etmiştir. Davacılar davanın reddini talep etmiştir. Yerel mahkeme, tapu iptali ve tescil talebinin ve ifa imkansızlığı olduğu gerekçesi ile, cezai şarta ilişkin talebin reddine karar vermiş, tazminat istemini (satış bedelinin iadesi olsa gerek) kabul etmiştir. Davacı alıcı hükmü temyiz etmiştir. 14. HD., cezai şarta ilişkin yukarıdaki açıklamaları yaparak, cezai şarta ilişkin talebin reddini isabetsiz bulmuş ve yerel mahkemenin hükmünü bu yönden bozmuştur. (YKD, C. 25, S. 12, Aralık 1999, s. 1677.)

belli bir yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşilmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararı saptama yükümünden kurtarma ve olumsuz edimlerde yaptırım gücünden yararlanmadır. O nedenle iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur. Ceza koşulu özel bir ceza niteliğindedir. Öyle ki, alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Ceza koşulunun tazminat fonksiyonuna gelince; genel maddi tazminat davalarında, kural olarak ispat yükü, zarara uğradığını iddia edenindir. Ceza koşulunda buna gerek yoktur. Esas itibariyle edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Kanunumuzda, ceza koşulunun ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak, bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen ceza koşulunun indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. O nedenle, ceza koşulunun, ceza fonksiyonunu hiçe sayarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirme yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı, zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır.'

14. HD. daha yeni tarihli olan ikinci kararında ise, cezai şartın amaçlarını, cezai şartın türleri ile ilişkilendirerek şu şekilde tespit etmiştir: 'Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli miktar para ödeme taahhüdüdür. Cezai şartın üç amacı vardır. Bunlar, teminat ve ceza amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır. BK md. 158/f. 1 de düzenlenmiş olan seçimlik cezai şart uyarınca alacaklı, sözleşme gereği hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği taktirde ya edimin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilecektir. Burada teminat ve ceza amacı söz konusudur.'

Biz 14. HD. nin bu iki kararından hareketle, cezai şartın amaçlarını ve bu amaçlar doğrultusundaki işlevlerini değerlendireceğiz.

### 2.4.2. Teminat Amacı Ve İşlevi

Cezai şartın teminat işlevi olup olmadığı değerlendirilmeden önce teminat sözleşmesi kavramı çerçevesinde doktrinde cezai şartın nasıl nitelendirildiğine yer vermek aydınlatıcı olacaktır.

Teminat sözleşmesi deyimini iki açıdan tanımlanabilir. Geniş anlamıyla teminat sözleşmesi, bir kimsenin başkasının karşı karşıya bulunduğu tehlikeyi kendi üzerine almasıdır<sup>64</sup>. Dar anlamıyla ele alındığında ise mevcut bir asıl borcun ifasını temin etme amacı ile karşılaşılmaktadır<sup>65</sup>.

Cezai şartın bir teminat sözleşmesi mi yoksa farklı kategorideki bir sözleşmeden kaynaklanan fer'i ve bizzat borçlu tarafından üstlenilen bir teminat yükümlülüğü mü olduğu hususunda doktrindeki yaklaşımlar farklı olmakla birlikte, yazarların cezai şartın fer'i niteliği noktasında birleştikleri söylenebilir. Tandoğan cezai şartı bağımsız bir teminat sözleşmesi olarak değil, farklı tipte sözleşmelerden kaynaklanan fer'i bir teminat sözleşmesi olarak kabul etmektedir<sup>66</sup>. Arpacı da aynı yönde bir yaklaşımla, cezai şartın taraf iradeleri ile getirilmiş fer'i bir teminat yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir<sup>67</sup>. Bozer, cezai şartı teminat amaçlı borçlardan biri olarak ele almış, ancak kavramı açıklarken asıl borca bağlı fer'i bir edim olduğunu da vurgulamıştır<sup>68</sup>. Diğer taraftan Yavuz, cezai şartı -kefalet sözleşmesi ve rehin vaadi ile birlikte- teminat sözleşmeleri arasında saymıştır. Ancak, mevcut bir borcun ifasını temin amacını taşıyan dar anlamda bir teminat sözleşmesi olduğunu ifade ederken, fer'ilik özelliğini de vurgulamıştır<sup>69</sup>. Bilge de, cezai şartı, mevcut bir bor-

64) Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, s. 684; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 2002, s. 16.

65) Yavuz, s.16.

66) Tandoğan, s. 687.

67) Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 519.

68) Ali Bozer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002, s. 278 vd.

69) Yavuz, s. 16.

cun ifasını temin amacını güden teminat sözleşmelerinden biri olarak kabul etmiştir. Bunun yanında yazar, kefalet sözleşmesini benzer sözleşmelerle karşılaştırırken, cezai şartı, bir borcun teminatı niteliğindeki fer'i bir sözleşme olarak ifade etmiştir<sup>70</sup>.

Cezai şartın fer'i niteliği hususunda bir tereddüt yoktur<sup>71</sup>. Ayrıca, teminat sözleşmesi kavramı dar anlamı ile ele alındığında, cezai şartın amaçlarından birinin, asıl borcun gereği gibi ifasını temin olduğu kabul da edilebilir. Ancak kanaatimizce, teminat kavramının 'bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden işlemler'<sup>72</sup> tanımından hareket edildiğinde cezai şartın teknik anlamda bir teminat işlevine sahip olmadığı noktasına varılmaktadır. Zira cezai şart, teminat kavramının bu tanımını çerçevesinde öngörülen sağlamlıkta bir araç değildir. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hallerinde alacaklının uğrayacağı zararların karşılanmasına ilişkin düzenlemeler genel olarak BK md. 96 ve takip eden hükümlerde yer almaktadır. İşte cezai şart da, tıpkı kanunun öngördüğü bu düzenlemeler gibi, alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirme amacına hizmet etmektedir<sup>73</sup>. Ancak, kanunun öngördüğü tazminat yükümlülüklerinde olduğu gibi cezai şartta da, borcun hiç / gereği gibi ya da kararlaştırılan yer ve / veya zamanda yerine getirilmemesi tehlikesinden doğan zararları karşılayacak olan yine borçlunun kendisidir<sup>74</sup>. Yani asıl borcun kay-

70) Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 19 ve s. 366.

71) Bkz. Bölüm 2.2 deki açıklamalar.

72) Erden Kuntalp, 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, s. 266, dipnot 13'ten aynen.

73) Kuntalp, s. 266.

74) Kural olarak, asıl borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu, cezai şartın da taraflarını teşkil etmekle birlikte; cezai şartın alacaklı ve borçlusunun asıl borcun taraflarından farklı kişiler olmalarının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak, cezai şartın borçlusu asıl borcun borçlusundan farklı bir kimse ise artık gerçek bir cezai şartın değil şarta bağlı bir borcun sözesi olduğu Tunçomağ tarafından vurgulanmıştır. Bkz. Tun-

naklandığı sözleşme ile fer'i bir yükümlülüğü olan cezai şartı da üstlenen borçlu borcunu genişletmektedir, ancak sorumluluğu, yani alacaklının borçlunun malvarlığına el koyma imkanları, aynı oranda genişlememektedir<sup>75</sup>. İşte bu noktada hem teminat sözleşmesinin geniş anlamdaki tanımlamasından uzaklaşmış hem de ifanın temini sadece sınırlı biçimde güçlendirilmiş olmaktadır.

Bu belirlemeler ışığında artık cezai şartın teknik anlamıyla teminat amacına hizmet eden bir işlem olduğundan bahsedilemeyecektir. Zira, cezai şart alacaklının durumunu güçlendirmekle birlikte, gereği gibi ifaya yönelmiş bir garanti niteliğinde değildir.

Bu çerçevede cezai şartın teminat işlevi bulunmamaktadır. Ancak cezai şartın, borcun borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşması hali için dahi kararlaştırılabileceği düşünülürse, alacaklının kendini daha güvende hissetmesini sağlayacak bir yol olduğuna da şüphe yoktur<sup>76</sup>. Bu sebeplerle, Yargıtay'ın hareket noktamız olan kararında belirlemiş olduğu teminat amacına katılmayıp, bunun yerine 'alacaklının borçluya karşı güçlendirilmesi amacı / işlevi' ifadesinin kullanılmasını daha uygun buluyoruz.

### 2.4.3. Cezalandırma Amacı Ve İşlevi

Sözleşmelerde tarafların amacı ifadır. Bu bakımdan, gereği gibi ifa hedefine yönelmiş bir sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın amacı borçluyu cezalandırmak değildir, ya da en azından bu amaç ilk sırada yer almamaktadır<sup>77</sup>.

Ancak cezai şart, BK md. 159 / f. 1 uyarınca, sözleşmeye aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkacak zararlardan bağımsız olarak tayin edilebilecektir. Bu bağ-

---

çomağ, s. 62 vd ; Von Tuhr, s. 766 (yazar sadece asıl borcun alacaklısı ile cezai şartın alacaklısının farklı kişiler olabileceği ihtimalini ele almıştır).

75) Tandoğan, s. 687.

76) Oğuzman / Öz, s. 869 ve s. 875.

77) Oser / Schönerberger, s. 948.



lamda kanun hükümleri çerçevesinde talep edilebilecek tazminat miktarının üzerinde bir cezai şartın kararlaştırılmış olması, borçlu üzerinde bir zorlama vasıtası olmasının yanı sıra, ceza etkisi de yaratacaktır<sup>78</sup>. İşte BK md. 159 / f. 1, cezai şartın ceza amacının ve işlevinin kaynağı olarak yorumlanmaktadır<sup>79</sup>. Bu yorum uyarınca, zarar söz konusu olmasa da cezai şartın talep edilebileceğinin düzenlenmiş olması, cezai şarttaki ceza amacının doğrudan bir sonucudur<sup>80</sup>.

Kanaatimizce, cezai şartın borçluyu cezalandırma amacından söz edebilmek için; 1- Cezai şart miktarının, alacaklının uğradığı zararları aşması 2- Kararlaştırılan cezai şartın fahiş bulunarak zarar miktarına veya daha aşağısına tenkis edilmemiş olması, şartlarının birarada bulunması gereklidir. Ancak bu durumda, alacaklının zararını aşan miktar borçluyu cezalandırma işlevine sahip olabilir. İşte belirlenen bu tutarın cezai işlevinden çekinen borçlu, borcunu gerektiği gibi ifa edebilmek için daha çok çaba sarf edecektir<sup>81</sup>.

O halde tarafların kararlaştırdıkları cezai şarta ceza işlevi yüklemeleri mümkündür<sup>82</sup>. Ancak bu imkan, tenkis kurumu ile sınırlandırılmıştır. Kaldı ki, çoğu durumda sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden tespiti güç olacağından, tarafların cezai şart miktarını belirlerken cezalandırma bilinci ile hareket ettiklerini söylemek de pek kolay olmayacaktır.

Cezai şartın cezalandırma amacı tamamen reddedilmemekle birlikte, bunun bir cezalandırma olarak değil de, borçluyu ifaya zorlamak olduğu genellikle vurgulanmaktadır<sup>83</sup>.

78) Von Tuhr, s. 763.

79) Tunçomağ, s.22.

80) Oser / Schönenberger, s. 954.

81) Eren, s. 1169.

82) Tunçomağ, s.26.

83) Tunçomağ, s. 24; Oğuzman/Öz, s. 870 ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 358 (Yazarlar, BK md. 159/f. 1 hükmünü ceza amacı bakımından değil, tazminat hukukunun bir istisnası olarak yorumlamıştır); Günay, s. 31. Aynı vurguyu yapan Yargı-

#### 2.4.4. Tazminat Amacı Ve İşlevi

Sözleşme ilişkisinin tarafları, bu ilişkiden kaynaklanması muhtemel zararları en iyi tahmin edebilecek kimse-lerdir. Buna dayanarak, cezai şart ile taraflara tazminat miktarını önceden belirleme imkanının verildiği ifade edilmiştir<sup>84</sup>.

Tazminat talebinin temel şartı bir zararın varlığıdır<sup>85</sup>. Oysa BK md. 159 / f. 1 hükmü açıkça alacaklının hiçbir zarara uğramadığı hallerde dahi cezai şart talep edebileceğini düzenlemiştir. Bu noktada, cezai şartın teknik anlamda bir tazminat olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak, cezai şartın tazminat işlevini, tazminat hukukunun genel prensiplerine bir istisna getirerek yerine getirdiği ve bu bağlamda miktarı üzerinde tartışılması imkanı olmayan<sup>86</sup> 'götürü bir tazminat' olduğu da ileri sürülmüştür<sup>87</sup>. Tarafların ileride zarar konusunda bir tartışmaya girmek istemedikleri için cezai şart kararlaştırdıkları gerekçesine dayanılarak, bu halin makul bir istisna olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>88</sup>.

Diğer taraftan BK md. 159 / f. 2 uyarınca, taraflarca kararlaştırılmış olan cezai şart tutarından fazla bir zarara uğramış olan alacaklının, borçlunun kusurunun varlığını ispat etmesi halinde bu aşan tutarı da tazmin etmesi mümkündür. Kanun koyucu tarafından cezai şart ile karşılanan tutarı aşan bir zararın varlığı ihtimalinin değerlendirilmiş olması, öngörülen cezai şartın da – kararlaştırılan tutar oranında- alacaklının zararını karşı-

tay kararlarına örnek olarak; 15. HD. E.1981/591, K.1981/1118, T.19.2.1981; 14. HD. E.1980/4906, K.1980/416, T.29.1.1980. Bkz. Karahasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1276 ve s. 1277.

84) Tunçomağ, s. 50.

85) Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 358.

86) Cezai şart olarak öngörülen miktar, zararlara oranla aşırı ise, tenkis kurumu devreye girecektir. Yani, borçlunun aşırılık iddiası, tazminat üzerinde yeniden tartışılmasını sonuçlayabilecektir.

87) Tunçomağ, s. 48-49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 358.

88) Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 358.

lamaya yönelmiş olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir. O halde, bu değerlendirme ışığında da cezai şartın tazminat işlevine sahip olduğunu ifade etmek mümkündür.

Cezai şartın alacaklısı ve borçlusunun kimler olduğu da, cezai şartın işlevsel açıdan nitelendirilmesini etkileyecektir<sup>89</sup>. Cezai şartın tazminat işlevi açısından değerlendirilmesi gereken ihtimal şudur; asıl borcun borçlusu cezai şartın da tarafı olmakla birlikte, asıl borcun alacaklısı ile cezai şartın alacaklısı farklı kimseler ise; artık cezai şartın tazminat işlevinden söz etmek mümkün olmayıp, sadece borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun alacaklısının borçlu karşısında güçlendirilmesinin sağlanması söz konusu olabilecektir.

#### **2.4.5. Cezai Şartın Türk Hukukundaki İşlevlerinin Değerlendirilmesi**

Cezai şartın tazminat işlevinin, sözleşmenin ihlali halinde tazminat miktarına ilişkin uyuşmazlıkları bertaraf etmeye yöneldiği hususunda tereddüt yoktur. Ceza ve teminat işlevi olarak incelenen işlevler ise aslında teknik olarak cezalandırma veya teminat sağlama olarak nitelendirilmeyip, kanaatimizce sözleşmenin gereği gibi ifası hususunda borçlu üzerinde bir baskı unsuru yaratarak alacaklının durumu güçlendirme başlığı altında değerlendirilmelidir.

Bu noktada iki hususun daha değerlendirilmesi gereklidir. İlk husus, cezai şartın işlevinin nasıl tespit edileceğidir. Değerlendirmeye cezai şartın işlevi ile tenkisi arasında bir benzerlik kurarak başlamak uygun olacaktır. BK md. 161/ f. 3 uyarınca, hakim aşırı gördüğü cezai şartları tenkis ile yükümlüdür. Ancak neyin aşırı olarak kabul edileceği hakkında kanun bir düzenleme getirme-

89) Bu değerlendirme sadece tazminat işlevi açısından yapılmış, ceza işlevi açısından yapılmamıştır. Zira, asıl borcun borçlusu ile cezai şartın borçlusunun farklı olduğu ihtimalinde gerçek anlamda bir cezai şartın var olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. dipnot 74 te yer alan açıklamalar.

diğinden, elde net, genel geçer kriterler bulunmamaktadır. O halde cezai şartın aşırı olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir. 14. HD. nin E.1977/4307, K.1977/5588 sayılı ve 8.11.1977 tarihli kararı, olaya özel inceleme gereğini ortaya koyan bir örnektir<sup>90</sup>.

O halde, tıpkı cezai şartın aşırı olup olmadığına değerlendirilmesinde olduğu gibi, işlevinin saptanmasında da, söz konusu olan ilişkinin tüm özellikleri ve taraf iradeleri<sup>91</sup> göz önünde tutularak münferit değerlendirmeler yapılmalıdır.

Bu genel belirlemenin ardından daha özele doğru ilerlersek ikinci olarak, ele alınan sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın amaç ve işlevini tespit etmenin neden

90) Olayda davacı, davalıdan bir miktar parayı ödünç almış, ve davalı bu alacağını kendi lehine tesis edilen bir taşınmaz ipoteği ile teminat altına almıştır. Davacı borcun tamamını ödemiş ancak ipotek kaldırılmamıştır. Bunun üzerine davacı, ipoteğin fekki ile kararlaştırılmış bulunan cezai şartın davalıdan tahsilini talep etmiştir. Dava açıldıktan sonra ipotek kaldırıldığından yerel mahkeme kararında bu hususa yer vermemiş ve davalının cezai şart talebini uygun bularak sözleşmede kararlaştırılan miktarın davalıdan tahsiline karar vermiştir. 14. HD. nin bu kararından yerel mahkemenin bu ilk hükmünün daha önce temyiz edildiği ve Yargıtayın hükmedilen cezai şart miktarını fahiş bularak hükmü bozduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkeme bozma kararına uyararak, evvelce hüküm altına aldığı cezai şart miktarını indirmiştir. Davalı taraf bu kararı da temyiz etmiş, cezai şarta hükmedilmeden evvel davacının uğramış olduğu zararların tespit edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. 14. HD. ilk belirlemesini bu hususa ilişkin olarak yapmış ve BK md. 159 uyarınca alacaklı zarara uğramasa bile, kararlaştırılan cezai şarta hükmedilebileceğini vurgulamıştır. Daha sonra, yerel mahkemenin indirim neticesinde belirlemiş olduğu cezai şart miktarını, indirim rağmen fahiş bulduğunu belirterek, cezai şart miktarının nasıl takdir edilmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: 'Tarafların mali ve içtimai durumu, kaldırılmayan ipoteğin miktarı, kaldırılmama süresi, davalının kusur derecesi, cezanın makul ve mutedil olması gerektiği hususları gözönünde tutularak ceza miktarı hak ve nesafetle takdir edilmelidir.' 14. HD. bu belirlemesi ışığında, cezai şart miktarına işaret ettiği ölçütleri değerlendirmeden hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur. (YKD, C. 4, S. 3, Mart 1978, s. 417-418.)

91) Krş. Dipnot 55 ve ilgili bölüm.

önemli olduğu hususu değerlendirilmelidir. Bu husus da tenkis kurumu ile kesişmektedir. Buradaki vurguyu içeren iki HGK kararında<sup>92</sup>, cezai şart konularak elde edilmek istenen yararın, cezanın tenkisinde hakimin gözetmek zorunda olduğu prensiplerin başında geleceği ifade edilerek incelemeye başlanmıştır. Bu bağlamda, eğer olayda cezai şart, borçluyu borcunu yerine getirmeye psikolojik bakımdan zorlamak üzere konulmuş ise; bu amaç gözden uzak tutularak, cezai şartın tenkisi suretiyle tarafların amacını ortadan kaldıracak bir miktarın kabul edilmesinin kanuna uygun olmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu şekilde cezai şartın, alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirmeye -borçluyu da cezalandırmaya- yönelik işlevi desteklenirken, belirlemede borca aykırılık yüzünden doğan zarar tutarının da göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilerek, cezai şartın tazminat işlevinin de göz ardı edilmediği açıktır.

O halde, cezai şartın tenkisi söz konusu olduğunda, öncelikle olayda cezai şartın hangi amaçla hangi işlevi görmek üzere kararlaştırılmış olduğu saptanacak, daha sonra alacaklının uğradığı zarar tutarı netleştirilecek ve bu çerçevede tenkis gerekip gerekmeyeceği adalet ve hakkaniyete uygun olarak takdir edilecektir.

Ortaya çıkan bu tablo, cezai şartın işlevlerinin esasen kaynaştırılarak bileşik bir sistemin kabul edilmiş olduğunu sergilemektedir. Bu hususu saptayan 13. HD bir kararında<sup>93</sup> şu ifadeleri kullanmıştır: *'Cezai şart, bir edimden ya da belli yer ve zamanda edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın ceza olarak verilmesinin sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacı, borçluyu edime zorlama, alacaklıyı zararı tespit yükünden kurtarma ve olumsuz edimlerde yaptırım gücünden yararlanmadır. Bu sebeple iki fonksiyonu olup, bunlardan ilki ceza, ikincisi de tazminat fonksiyonudur. Cezai şart, özel bir ceza niteliğinin*

92) HGK. E. 4/2, K. 10, T. 8.3.1961 ve HGK. E. 1971/4-391, K. 751, T. 3.10.1973 (Karahasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1357 vd.)

93) 13. HD:, E. 4495, K. 1010, T. 14.11.1977. (Karahasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1347 vd.)

dedir. Öyle ki alacaklı zarara uğramasa bile, borçlu cezayı ödemekle yükümlüdür. Karşıt olarak da, borçlunun kusurunu ispat eden alacaklı, cezayı aşan tutarı da isteyebilir. Genel maddi tazminat davalarında kural olarak ispat yükü zarara uğradığını iddia edenin üzerinde iken; cezai şartın tazminat fonksiyonu kapsamında ise, bu ispata gerek olmaksızın sadece edimden kaçınmanın ispatı yeterlidir. Borçlar Kanununda cezai şartın ceza ve tazminat fonksiyonları kaynaştırılarak bileşik sistem kabul edilmiştir. Bu sistemin sonucu ise, aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde, tazmin ve cezanın dengeli olarak korunmasıdır. Bu nedenlerle, cezai şartın ceza fonksiyonunu hiçe sayarak, yalnızca zarar karşılığı olan tutara kadar indirim yapılması kanuna aykırıdır. İndirimin en son sınırı, zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezanın toplamıdır’.

Cezai şartın işlevlerini kaynaştıran bileşik sistemde farklı görünümlemler ile karşılaşılması ihtimal dahilindedir. Cezai şart – zarar ilişkisi incelendiğinde, bazı hallerde sadece borçluyu ifaya zorlama -borcun ifasına yönelik teminat sağlama ve / veya borçluyu cezalandırma- işlevinin, bazı hallerde ise hem borçluyu ifaya zorlama hem de alacaklının zararını tazmin etme işlevlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Örnek olarak, BK 159 / f. 1 uyarınca, hiç bir zarar söz konusu olmadığı halde bir cezai şart kararlaştırılmışsa sadece borçluyu ifaya zorlama işlevi söz konusudur. Diğer taraftan, cezai şartı aşan zararların tazmini söz konusu olduğunda ise, cezai şarta tazminat işlevi yükleyen bir yaklaşımın varolduğu tespit edilmektedir. Yargıtay bu gibi durumlarda, cezai şartı aşan zararların da giderilmesi gerektiğini ancak, hem cezai şart hem de uğranılan zararların tümü için ödetmeye karar verilmesinin mümkün olmayıp, cezai şarta ek olarak sadece zararın cezai şartı aşan kısmına hükmedilebileceği yönünde karar vermektedir<sup>94</sup>. Yani bu durumda sadece alacaklının uğramış olduğu zararlar tazmin edilmiş olmaktadır.

94) 13. HD:., E. 4495, K. 1010, T. 14.11.1977; 13. HD:., E. 5595, K. 6282, T. 27.11.1980; 13. HD:., E. 4920, K. 5470, T. 16.10.1980 (Karahasan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1333 vd.)

Olaya özel değerlendirme yapıldığında, tarafların sosyo-ekonomik durumlarının, sözleşme ilişkisine girerken sahip oldukları amaçların ve benzer birçok faktörün, sözkonusu ilişki çerçevesinde kararlaştırılmış olan cezai şartın amacını ve bu amaç çerçevesindeki işlev / işlevlerini etkileyip, şekillendirdiği görülecektir. Sonuç olarak, cezai şartın incelediğimiz işlevlerini, cezai şartın türleri ile ilişkilendirip, kesin sınırlar çizerek, belli işlevlerin belli türlere aidiyetlerinden söz etmek mümkün görünmemektedir.

Ancak, Türk Hukukunda sözleşme ile kararlaştırılmış cezai şartın, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirme ve alacaklının zararlarını tazmin etme amaç ve işlevlerinden birini ya da hepsini birden hedeflemesi mümkündür.

### **3. Amerikan Hukukunda Cezai Şart**

#### **3.1. Genel Olarak**

Amerikan Hukukunda bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde borçlu tarafından alacaklıya ödenecek, belli bir miktar üzerinde anlaşabilirler.

Ancak, Amerikan Sözleşme Hukukunda, bu tür sözleşme hükümlerinin lafzına bire bir uygun olarak uygulanması yerine, özel bir incelemeye tabi tutulmaları prensibi kabul edilmektedir. Bu özel inceleme kuralı, 'Belirlenmiş Tazminat Prensibi'<sup>95</sup> (liquidated damages principle) olarak adlandırılmakta ve tipik uygulaması uyarınca, sözleşmelerdeki 'belirlenmiş tazminat' başlığı altındaki düzenlemeler sadece belirlenmiş olan miktar gerçek zararın makul bir tahmini niteliğinde ise uygulama alanı bulabilmektedir<sup>96</sup>.

Biz, cezai şart kavramının Amerikan Hukukundaki uygulamasını incelerken, terim ve kavram konularında

95) Bu prensibe ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bölüm 3.5.

96) Melvin Aron Eisenberg, "The Emergence of Dynamic Contract Law", 88 California Law Review, 2000, s. 1779.

açıklama yaptıktan sonra, belirttiğimiz özel inceleme kuralını ele alarak bu inceleme çerçevesinde ceza niteliğindeki kayıtların (penalty clauses) geçersizliği sorununa değineceğiz. Ve nihayet, Amerikan Hukukundaki 'liquidated damages clause' ve 'penalty clause' ayırımının işlevsel açıdan değerlendirilmesi ile bu bölümü noktalayacağız. Değerlendirmelerimizde temel yol gösterici olarak örnek-olay hukukundan yararlanacağız<sup>97</sup>.

97) Bu noktada, Amerikan Hukukunda mahkemelerin sistemini kısaca ele alarak, uygulamayı yansıtan örneklerin nasıl seçildiği hususunu aydınlatmak yerinde olacaktır. Burada vurgulanması gereken iki temel nokta vardır:

1) Federal bir yapı sergileyen Amerika Birleşik Devletleri'nde her eyalet ve federal hükümet kendi yargı sistemine ve bu sistem dahilinde kendine özgü bir hiyerarşiye sahiptir. Bazı konulardaki hukuki uyuşmazlıklar sadece federal yargı sistemi önüne götürülebilecek ve federal yasalar uyarınca çözülmesi gereken uyuşmazlıklardır. Patent ya da telif haklarına ilişkin uyuşmazlıklar bu çerçevededir. Bazı uyuşmazlıklar ise eyalet hukuku uyarınca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar kapsamındadır. İşte, borçlar hukuku kapsamında sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar 'Eyalet Talebi / İddiası' (State Claim) niteliğindedir. Yani bu uyuşmazlıklara eyalet hukuku uygulanacaktır. Ancak tarafların aralarındaki bu uyuşmazlığı kendi tercihleri doğrultusunda eyalet mahkemesi ya da federal mahkeme önüne götürmeleri mümkündür. Önemli olan uygulanacak hukukun mutlaka eyalet hukuku olmasıdır. Çalışmamızda yer alan 'Lake River Kararı' bu yapıyı yansıtarak eyalet hukukunu uygulayan bir federal mahkeme kararıdır.

2) Mahkeme kararlarının gelecekteki olaylarda emsal teşkil etmeleri esası üzerinde temellendirilen doktrin (Stare Decisis) uyarınca, öncelikle her yargı sistemi içindeki alt mahkeme, yine o sistemdeki yüksek mahkemelerin emsal kararları ile bağlı olacaktır. İkinci olarak, yüksek mahkeme de -temyiz mahkemesi- kendi emsal kararları -bu emsali reddedene dek- ile bağlı olacaktır. Son olarak, farklı yargı sistemleri içindeki mahkemeler, diğer sistemlerdeki emsal kararlara dayanarak kendi sistemleri için bir kural yaratma yoluna gidebileceklerdir. Örnek-olay hukuku (case law) bu doğrultuda gelişmekte ve common law sistemini teşkil etmektedir.

Bu çalışmada, cezai şart kavramının Amerikan Hukukundaki uygulaması ve işlevlerini değerlendirilirken, tüm eyaletlerin yüksek mahkeme kararlarını ayrı ayrı incelenmesi mümkün görünmemektedir. Ancak amacımız common law uygulamasını ortaya koymak olduğundan, özellikle birbirine gönderme yapmış



### 3.2. Amerikan Hukukunda Kullanılan Terimler

Common Law sisteminin parçaları olan İngiliz ve Amerikan Hukuklarında<sup>98</sup> üzerinde çalıştığımız alanda iki farklı terim ile karşılaşılmaktadır. Bu terimlerden ilki, 'penal clause' ya da 'penalty' biçimlerinde ifade edilmektedir ve tam çevirisi 'ceza kaydı' olarak yapılabilir. İkinci terim ise 'liquidated damages clause' olarak kullanılan, hukuk sözlüklerinde cezai şart kavramının karşılığı olarak verilmekle birlikte, kelime anlamı olarak 'belirlenmiş tazminat kaydı' şeklinde tercüme edebileceğimiz bir terimdir. Bu şekilde iki farklı terimin bulunması, sözleşmelerde karşılaşılan düzenlemelerin farklı şekillerde nitelendirilebildiğinin, dolayısıyla giriş bölümünde de ifade ettiğimiz üzere uygulanabilirlik açısından farklı sonuçlara varılabildiğinin göstergesidir.

Uygulamaya baktığımızda, mahkemelerin önce bir üst kavram olarak 'tazminat şartı'nı (stipulated damages) belirledikleri; bu üst kavramın ise 'belirlenmiş tazminat' (liquidated damages) ve 'ceza' (penalty) olmak üzere iki farklı biçimde ortaya çıkabileceğini kabul ettikleri görülmektedir<sup>99</sup>.

örnek birkaç eyalet yüksek mahkemesinin kararları doğrultusunda uygulamalar yansıtılacaktır.

Daha ayrıntılı bilgi için bkz. David S. Clark / Tuğrul Ansay, *Introduction To The Law Of The United States*, Deventer, 1992, s. 35 vd; Robert Berring / Elizabeth Edinger, *Finding The Law*, Eleventh Edition, St.Paul Minnesota, 1999, s. 11 vd.

98) İngiliz Hukukunda kullanılan terimler için bkz. Paul H. Richards, *Law of Contract*, Fifth Edition, Essex, 2002, s.346 vd.; John Morris (General Editor), *Chitty on Contracts*, Volume I, Twenty Second Edition, London, 1961, s. 1389. Amerikan Hukukunda kullanılan terimler için bkz. Alan Farnsworth, *Contracts*, Third Edition, New York, 1999, s. 841 vd., John D. Calamari / Joseph M. Perillo; *Contracts*, Fourth Edition, Minnesota, 1998, s. 589 vd.; Aaron S. Edlin / Alan Schwartz, 'Optimal Penalties in Contracts', University of California, Berkley Law School Public Law and Legal Theory Research Paper No:108, <http://papers.ssrn.com/abstract=354781>, Belge Tarihi: 12.12.2002, Erişim Tarihi: 05.02.2002.

99) *Wasserman's Incorporated. And Jo Ro Incorporated v. Township of Middletown*, Supreme Court of New Jersey, 2.8.1994, 137 N.J. 238; 1994 N.J. LEXIS 640; *Donald Wassenaar v. Theanne Pa-*

İşlevlerindeki ve uygulanmalarındaki farklılıklar, Amerikan Hukuku'ndaki terimlerin, Türk Hukuku'ndaki terimlerle yeknesak biçimde kullanılmasına imkan vermemektedir. Bu sebeple çalışmanın üçüncü bölümünde Amerikan Hukuku çerçevesindeki incelemelerde 'tazminat şartı' bir üst kavram; 'belirlenmiş tazminat kaydı' ve 'ceza kaydı' terimleri ise bu kavramın görünüm biçimleri olarak kullanılacaktır.

### 3.3. 'Belirlenmiş Tazminat Kaydı' (Liquidated Damages Clause) Ve 'Ceza Kaydı' (Penalty Clause) Kavramları Ve Bu Kavramların Tarihi Temelleri

Common Law sistemi dahilindeki İngiliz ve Amerikan Hukukları'nın tarihi gelişim sürecinde, adalet, akıl ve mantığa dayanan, yazılı hukuk kurallarına tabi olmayan bir metot (equity) izlenmiş ve bu çerçevede mahkeme içtihatları ile yaratılan bazı kurallar kendiliğinden yerleşmiştir. İşte bu kurallardan biri de, sözleşmelerde taraflarca kararlaştırılmış olan ceza niteliğindeki şartların geçersiz sayılacağı, mahkemeler tarafından uygulanmayacağı kuralıdır<sup>100</sup>.

Common Law çevresinde, sözleşmelerin barındırdığı ceza niteliğindeki şartların kabul görmemesi tamamen tarihi temellere dayanmaktadır. On beşinci yüzyılda, henüz irade sakatlıklarına karşı yeterli korumayı sağlayacak sistemler geliştirilmemişken, borçluların borcu gereği gibi ifa etmemeleri halinde borç miktarının iki katı ceza ödemelerini öngören 'ceza senedi' adı altında gelişen uygulama mahkemelerce de kabul görüyordu<sup>101</sup>. On yedinci yüzyıl sonlarında, adalet, akıl ve mantığa dayanan, yazılı

*nos/The Town Hotel*, Supreme Court of Wisconsin, 29.3.1983, 111 Wis.2d 518; 1983 Wis. LEXIS 2640.

100) *Calamari / Perillo*, s. 589 ; Karş. dipnot 2.

101) Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 *Columbia Law Review* 554, 1977, s. 554; *Calamari / Perillo*, s. 589.

hukuk kurallarına tabi olmayan metodun (equity) gelişimi ile borçluya baskı ve zorlama vasıtası haline dönen bu tür uygulamaların, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan zarar ile ilişkisi araştırılmaya başlanmış ve sadece zarar ile orantılı olan düzenlemelerin kabul görmesi eğilimi ortaya çıkmıştır<sup>102</sup>. Zaman içinde irade sakatlıkları ve hukuka aykırı düzenlemelere karşı hukuki güvenceler geliştirilse de, bu uygulama sözleşmelerde kararlaştırılan her tür cezayı kapsayacak biçimde genişletilmiştir<sup>103</sup>.

İşte bu gelişim süreci sonunda karşımıza uygulanabilirlik açısından ikili bir ayırım çıkmaktadır. Sözleşmelerde tarafların yapmış oldukları düzenlemeler önce değerlendirilecek bu ayırımın hangi kanadına dahil oldukları tespit edildikten sonra uygulanabilir olup olmadıkları saptanacaktır. Bu ayırımın ilk kanadını 'ceza' (penalty) niteliğindeki düzenlemeler teşkil eder. Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye aykırılık halinde, aykırı davranan tarafa baskı yapmaya -cezalandırmaya- yönelik kayıtlar kararlaştırmayacaklar, kararlaştırmış olsalar bile bu şartlar mahkemeler tarafından geçersiz sayılarak uygulanmayacaktır -sözleşmenin geri kalan bölümleri ise ayakta kalmaya devam edecektir-. Ayırımın ikinci kanadını ise 'belirlenmiş tazminat'a (liquidated damages) ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır. Taraflar sözleşmeye aykırılık halinde hangi zararların oluşabileceğini öngörüp, sözleşmede bu zararları tazmine yönelik bir düzenlemeye yer verirler ise, bu kez sözleşmedeki bu kayıt geçerli kabul edilecek ve uygulanabilecektir<sup>104</sup>.

Bu ayırımın en temel dayanağı, Amerikan Hukukunda sözleşme sisteminin ardında cezalandırmak değil, zararların telafisini sağlamak amacının yatması biçiminde ifade edilmektedir<sup>105</sup>. Sözleşmeyi ihlal eden tarafı cezalan-

102) Farnsworth, s. 842.

103) Farnsworth, s. 842.

104) Farnsworth, s. 843.

105) Calamari/Perillo, s. 590. Kanaatimizce bu dayanak isabetli değildir. Zira Türk Hukuk Sisteminde de özel hukuk sorumluluğunun amacı, hukuka aykırı davranışı cezalandırmak değil, mağdurun zararını gidermektir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 497,

dırmayı amaçlayan kayıtlarının kabul edilmesi, sözleşmenin taraflarından birine diğer tarafa baskı yapma yönünde bir avantaj sağlayacağından, sözleşme sisteminin belirtilen temel amacına tamamen aykırı olan bu yapının kabul görmediği öne sürülmektedir<sup>106</sup>.

### 3.4. 'Belirlenmiş Tazminat Kaydı' ve 'Ceza Kaydı' Ayırımının Yapılması

Uygulanabilirlik açısından bu kavramlar arasında varolan farkı vurguladıktan sonra, sözleşmelerdeki düzenlemelerin hangi kanada dahil olduğunun tespit edilmesi hususu incelenmelidir. Connecticut Yüksek Mahkemesi 21.12.1914 tarihli *Charles J. Banta v. The Stamford Motor Corporation Kararında*, geçerli bir 'belirlenmiş tazminat kaydı' (liquidated damages clause) ile geçersiz kabul edilecek 'ceza kaydı' (penalty clause) arasındaki farkı belirlerken yol gösterici olacak üç kriter kabul etmiştir<sup>107</sup>. Aşağıda yer alan bu kriterleri doktrin<sup>108</sup> de benimsemiştir.

Sözleşmedeki bir düzenlemenin 'belirlenmiş tazminat kaydı' olarak nitelenebilmesi için;

1) taraflar ceza verme amacıyla değil, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkacak zararları karşılama amacıyla hareket etmiş olmalıdır;

dipnot 79. Bu ilkenin varlığına rağmen, Türk Hukukunda cezai şarta, borçluya baskı uygulama işlevi yüklenebilmiştir.

106) Farnsworth, s. 841. Kanaatimizce, bu gerekçe de dayanaksızdır. Zira günümüzde irade beyanlarının sakatlığı halleri açısından tarafları koruyucu hukuki kurumlar geliştirilmiştir.

107) *Banta v Stamford Motor Cooperation.*, 92 A. 665, (Conn. 21.12.1914). Bu kriterlerin uygulanışına örnek olarak bkz. *Wasserman's Incorporated. And Jo Ro Incorporated v. Township of Middletown ve Donald Wassenaar v. Theanne Panos / The Town Hotel kararları*, bkz. dipnot 99 Ayrıca *Knutton v. Cofield*, 273 N.C. 355, 160 S.E.2d 29 (1968).

108) Aristides N. Hatzis, 'Having The Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law', <http://papers.ssrn.com>, Belge Tarihi: 13.8.2001; Erişim Tarihi: 5.2.2003, s. 5 vd.; Farnsworth, s. 844; Calamari / Perillo; s. 590-91. Aynı kriterler İngiliz Hukukunda da kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Richards, s.347.

2) sözleşmeye aykırılık halinde ortaya çıkacak zararın ve / veya zararın miktarının belirlenmesi güç ya da imkansız olmalıdır;

3) sözleşmede kararlaştırılmış miktar, (muhtemel/gerçek)<sup>109</sup> zararın makul sayılabilecek bir tahmini niteliğinde olmalıdır.

Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code)<sup>110</sup> ve sözleşme hukukuna ilişkin kuralları bir bütün olarak sunan Restatement (Second) Contracts<sup>111</sup>, bu kri-

109) İncelemenin hangi zarar doğrultusunda yapılacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Bölüm 3.5.1.

110) Yeknesak Ticaret Kanunu md. 2-718 'Zararların Tespiti / Depozito' başlığı altında düzenlenmiş olup, ilk fıkrasında sözleşmenin taraflarının sözleşmeye aykırılık halinde ödenmek üzere ve ihlalden kaynaklanması muhtemel ya da kaynaklanan gerçek zararları hedef alan kayıtlar üzerinde anlaşabileceklerini düzenlemiştir. Ancak fıkranın ikinci cümlesinde, belirlenmiş tazminat miktarının makul ölçüleri aşması halinde, kaydın ceza olarak nitelenerek geçersiz kabul edileceği vurgulanmıştır. Maddeye ilişkin resmi gerekçede ise, aşırılığın tamamen olayın koşullarına göre belirleneceği ifade edilmiştir. Anılan düzenleme ve resmi gerekçesi için bkz. Selected Commercial Statutes, West Group, St. Paul., Minnesota, 1999, s. 146 vd.

111) Restatement (Second) Contracts, bir kanun değildir. Hiçbir bağlayıcı gücü yoktur. Asırlardır süregelen adalet, akıl ve mantığa dayanan, yazılı hukuk kurallarına tabi olmayan bir metoddun (equity) izlenmesi neticesinde ortaya çıkan mahkeme içtihatları ile yaratılan bazı kurallar kendiliğinden yerleşmiş ve 'Restatement' adı altında biraraya toplanmıştır. Bundan amaç tarihsel süreç içinde oluşan yapının yol gösterici olmasını sağlamaktır. İşte Restatement (Second) Contracts, bu amaç doğrultusunda sözleşme hukuku çerçevesinde gelişen yapıyı biraraya toplamaktadır. Restatement (Second) Contracts / Bölüm 356, 'Belirlenmiş Tazminat ve Cezalar' (Liquidated Damages and Penalties) başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, tarafların sözleşmeye aykırılık halinde kaynaklanması muhtemel ya da kaynaklanan gerçek zararları hedef alan hükümleri sözleşmeye dahil edebilecekleri, ancak belirlenmiş tazminat miktarının makul ölçüleri aşması halinde, kaydın ceza olarak nitelenerek geçersiz kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu bölüme ilişkin gerekçe uyarınca, sözleşmenin taraflarının cezai nitelikte hükümleri kararlaştıramamalarının nedeni, sözleşme sisteminin ardında yatan amacın cezalandırmak değil, zararların telafisini sağlamaktır. Bkz. Restatement of The Law

terleri aynen içermemekle birlikte, gerçek zarar miktarını belirleyici kabul eden düzenlemelere yer vermişler<sup>112</sup> ve bu ölçütleri genel anlamda yazılı hukuka taşımışlardır.

### 3.5. 'Belirlenmiş Tazminat Prensibi' (Liquidated Damages Principle) Çerçevesinde Cezai Nitelikteki Kayıtları Geçersiz Saymaya Yönelen Özel İnceleme

#### 3.5.1. Genel Olarak

Kayıtların uygulanabilirliklerine ilişkin olarak yukarıda ana hatlarını belirlediğimiz yapı doğrultusunda, Amerikan Sözleşme Hukukunda ilişkiye giren taraflar, -amaçları ne olursa olsun- kabul ettikleri hükümleri 'ceza kaydı' başlığı altında düzenlememektedirler. Bu sebeple -evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere-, tarafların amacını belirlemek adına, sözleşmede yer alan 'belirlenmiş tazminat kaydı' başlığı altındaki düzenlemelerin mahkemeler tarafından özel bir incelemeye tabi tutulması prensibi benimsenmiştir.

Söz konusu incelemeye ilişkin olarak ilk irdelenmesi gereken, incelemenin hangi andaki koşullar değerlendirilerek yapılacağıdır. Belirlenmiş olan miktar, sözleşmenin yapıldığı anda öngörülebilir muhtemel zararlar tutarı ile mi; yoksa sözleşme ihlal edildikten sonra ortaya çıkan gerçek zarar tutarı ile mi orantılı olmalıdır? Ya da her ikisi ile de orantılı olmak zorunda mıdır?

Bu sorulara cevap veren klasik yaklaşım uyarınca, 'belirlenmiş tazminat' statik (sabit) bir yapı sergilediğinden, uygulanabilirliği sadece sözleşmenin yapıldığı anda varolan koşullar doğrultusunda değerlendirilmelidir<sup>113</sup>.

---

Second / Contracts 2d, The American Law Institute, St. Paul - Minnesota, 2002, s. 157 vd.; Restatement adı altındaki düzenlemelerin hukuki statüsü için bkz. Sources of Contract Law, <http://www.scu.edu/law/FacWebPage/Neustadler/ebooks/abridgedcontracts/main/commentary/sourceslaw>, Erişim Tarihi: 2. 12.2002.

112) Farnsworth, s. 845.

113) Eisenberg, Dynamic Contract Law, s. 1779.

Ancak günümüzde bu klasik yaklaşım değişmiştir. Artık bu değerlendirme -sözleşmede belirlenmiş tazminatın uygulanma ihtimalini arttırmak adına- sözleşmenin ihlali neticesinde ortaya çıkması muhtemel veya ortaya çıkan gerçek zararlar doğrultusunda yapılmaktadır. Yani hem sözleşmenin yapıldığı, hem de ihlalin gerçekleştiği her iki an da göz önünde bulundurulacak, taraflarca kararlaştırılmış tutar bunlardan biri ile orantılı ise kayıt uygulanacaktır<sup>114</sup>.

Bu belirlemenin ardından inceleme prensibini destekleyen görüşleri ve bu prensibe yöneltilmiş eleştirileri, bunların örnek-olay hukukuna (case law) nasıl yansıdığını örnekleyerek ele alacağız.

### 3.5.2. 'Belirlenmiş Tazminat Prensibi' Çerçevesindeki Özel İncelemeyi Destekleyen Görüşler

Sözleşmelerde yer alan 'belirlenmiş tazminat kaydı' başlığı altındaki düzenlemelerin mahkemeler tarafından özel bir incelemeye tabi tutulması ve cezai nitelikteki kayıtların geçersiz sayılması gerektiğini savunanların dayanakları ilginçtir. Amerikan Hukukunda 'belirlenmiş tazminat kaydı' (liquidated damages clause) ile 'ceza kaydı' (penalty clause) kavramları incelenirken örnek-olay hukukunun temel taşı olarak gösterilen 6 Temmuz 1829 tarihli, İngiltere kökenli *Kemble v. Farren Kararı*<sup>115</sup> ve Amerika'da bunun takipçisi olan diğer kararlarda; bu tür kayıtların, tarafların kavrayış sınırları (limits of cognition) ile bağlı oldukları noktasından hareket edilmektedir<sup>116</sup>.

*Kemble v. Farren Kararı*nda ihtilafa konu olan sözleşmenin tarafları, bir tiyatronun yöneticisi ve tiyatro ile dört sezon boyunca baş komedyen olarak sahneye çıkmak üzere sözleşme imzalayan bir aktördür. Bu sözleşmede, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde diğer tarafa belirlenen miktarda para ödeyeceği kararlaştırıl-

114) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1779; *Wasserman's Incorporated. And Jo Ro Incorporated v. Township of Middletown* bkz. dipnot 96.

115) *Kemble v. Farren*, 6 Bing. 141, 19 English Republic 71, 1829.

116) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1784.

miştir. Aktör sözleşmeyi ihlal etmiş ve tiyatro yönetimi sözleşmede kararlaştırılmış miktarın aktörden tahsili talebi ile dava açmıştır. Mahkeme öncelikle, sözleşmelerde bu tür kayıtlar bulunmasının yararlarına değinerek, zararları ispat, tanık getirme gibi zorluk ve masrafların bu şekilde aşıldığını vurgulamıştır. Ancak kararın devamında, bu olayda ödenmesi kararlaştırılmış olan miktara hükmetmenin mümkün olmadığını belirterek nedenlerini şöyle sıralamıştır: 'Taraflar, sözleşmeye 'belirlenmiş tazminat kaydı' koyarken, bu kayıt ile belirlenen tutarın sözleşmenin her tür ihlali halinde ödenmesi niyetiyle hareket etmişlerdir. Tarafların her tür muhtemel gelişmeyi öngörebilme imkanı sınırlı olduğuna göre, tarafların hangi ihlal senaryosunun gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan miktarın talep edilebileceği hususunu hiç düşünmedikleri açıktır.'

*Lake River Corporation v. Corborundum Company* kararında<sup>117</sup> ise, Lake River, çelik üretiminde kullanılan bir toz olan ferro carbonun Corborundum tarafından kendisine gönderilmesinden sonra, bu maddeyi ambalajlayarak, Corborundum'un müşterilerine pazarlamak hususunda bu şirketle bir sözleşme yapmıştır. Ambalajlama masraflarının karşılanmasını garanti altına almak isteyen Lake River, Corborundum'un ilk üç yıl içinde minimum 22.500 ton ferro carbo göndermeyi, aksi halde gönderemediği miktarın o anda geçerli olan ambalajlama bedeli kadar ödeme yapmayı taahhüt ettiği bir maddenin sözleşmeye dahil edilmesi hususunda ısrarcı olmuştur. Corborundum bu düzenlemeyi kabul etmiştir. Sözleşmenin kurulmasının ardından, piyasadaki çelik ve buna bağlı olarak da ferro carbo talebi hızla düşmüş, ilk üç yıllık süreçte Corborundum sadece 12.000 ton mal göndermiştir. Lake River, sözleşmede garanti edilen minimum miktara ulaşamadığı gerekçesi ile sözleşmede kararlaştırılan miktarın Corborundum'dan tahsilini talep etmiştir. Mahkeme, Corborundum'un minimum garanti taahhüdünü içeren

117) *Lake River Corporation v. Corborundum Company*, United States Court of Appeals For The Seventh Circuit, 9.8.1985, 769 F.2d 1284; 1985 U.S. App. LEXIS 21908.



sözleşme hükmünü bir 'belirlenmiş tazminat kaydı' olarak nitelendirmiş ancak Lake River'in talebine hükmedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bunun gerekçesi olarak da sözleşmedeki bu taahhüdün farklı senaryolara uygulanması halinde ortaya çıkan orantısızlığı öne sürmüştü ve bunu şu şekilde ifade etmiştir: 'Corborundum eğer garanti edilen tutarın hepsini gönderse idi, Lake River'in ambalajlama masrafları düşüldükten sonra- 107.000 \$ kâr sağlayacaktır. Corborundum, daha hiç mal göndermeden sözleşmenin ihlal edilmesi ve sözleşmedeki belirlenmiş tazminat kaydının uygulanması halinde, Lake River 444.000 \$ kâr sağlamış olacaktır. Bu tutar, Corborundum'un sözleşmenin gereklerini eksiksiz olarak yerine getirmesi halinde Lake River'in sağlayacağı kârın dört kat daha fazlasıdır. Olayda gerçekleştiği üzere, Corborundum, sözleşmede belirtilen miktarın %55'ini gönderdikten sonra sözleşmeyi ihlal etmesi ve sözleşmedeki belirlenmiş tazminat kaydının uygulanması halinde ise, Lake River 260.000 \$ kâr sağlamış olacaktır. Bu tutar da, Corborundum'un sözleşmenin gereklerini eksiksiz olarak yerine getirmesi halinde Lake River'in sağlayacağı kârın iki buçuk kat daha fazlasıdır.' Bu analizlere dayanan mahkeme, belirlenmiş tazminat kaydının uygulanması halinde Lake River'in beklenen kârından ortalama %150 - %434 arasında değişen oranlarda daha fazla kâr sağlayacağını vurgulamıştır. Tarafların bu ihtimallerin tümünü değerlendirmelerinin, kaldı ki değerlendirseler idi kabul etmelerinin mümkün olmayacağı gerekçesi ile mahkeme, bu kararında belirlenmiş tazminat kaydını uygulamamıştır.

Tıpkı *Kemble v. Farren* Kararında olduğu gibi, *Lake River Corporation v. Corborundum Company* kararında da, taraflar, sözleşmeye dahil ettikleri belirlenmiş tazminat kaydının farklı senaryolar karşısında nasıl sonuçlar doğurarak uygulanabileceğini düşünmedikleri açıktır. İşte bu durum, tarafların bu tür düzenlemeleri kabul ederken, kendi 'kavrayış sınırları' (limits of cognition) ile bağlı olmaları gerçeği ile açıklanmaktadır<sup>118</sup>. Bu noktadan hareket ederek sözleşmelerde yer alan 'belirlenmiş tazminat

118) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1786.

kaydı' başlığı altındaki düzenlemelerin mahkemeler tarafından özel bir incelemeye tabi tutulması şeklindeki uygulama desteklenmektedir<sup>119</sup>.

Görüldüğü üzere, bu incelemenin amacı bu tür kayıtları tamamen reddetmek değildir. Önemli olan, sözleşmenin yapılması esnasında tarafların öngöremedikleri / öngörmeleri de beklenmeyen hallerin, taraflara dayatılarak, ortaya adaletsiz sonuçların çıkmasını engelleyebilmektir.

Bu yapı çerçevesinde, 'belirlenmiş tazminat kaydı' davacıyı zararların ispatı yükünden kurtarmakta, buna karşılık bu kaydın gerçek zararlar ile orantılı olmadığını ispat etme yükünü davalıya yüklemektedir<sup>120</sup>. O halde, inceleme neticesinde belirlenmiş tazminat miktarı, gerçek / muhtemel zarar miktarı ile orantılı ise, 'belirlenmiş tazminat kaydı' mahkeme tarafından uygulanacaktır. Bunun yanı sıra, sözleşmedeki kayıt ile gerçek zarar miktarı orantılı olmamakla birlikte, tarafların bu ihtimali bilerek ve değerlendirerek sözleşmeyi yaptıkları hususunda tereddüt bulunmaması halinde de, 'belirlenmiş tazminat kaydı' mahkemeler tarafından uygulanacaktır<sup>121</sup>.

### 3.5.3. 'Belirlenmiş Tazminat Prensibi' Çerçevesindeki Özel İncelemeye Yöneltilen Eleştiriler

Sözleşmede taraflarca belirlenen tazminatlara tanınan uygulama alanını daraltan bu prensibe yöneltilen en temel eleştiri, Amerikan Hukukundaki 'cezai tazminat'<sup>122</sup> kavramı çerçevesindeki yeni gelişmelere paralel olarak ortaya çıkmıştır. Kural olarak sadece bir haksız fiilin söz konusu olduğu hallerde cezai tazminata hükmedilmesi mümkünken, yeni gelişmekte olan yaklaşım uyarınca sözleşmenin kötü niyetli olarak ihlal edilmesi hallerinin

119) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1787.

120) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1789.

121) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1789.

122) Kasten veya ağır kusur neticesinde ifa olunan haksız fiil sebebiyle uğranılan gerçek zarar miktarını karşılayan tazminat tutarında ayrı ve ona ek olarak, sırf ceza teşkil üzere hükümlenen tazminat. Bkz. Mustafa Ovacık, *İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü*, 2. Bası, Ankara, 1986, s. 261.

de bu kapsamda değerlendirilerek cezai nitelikli kayıtlara bağlanabilmesi gündeme gelmiştir<sup>123</sup>. Haksız fiillerdeki sırf ceza vermeyi amaçlayan cezai tazminat uygulamalarının sözleşme hukukuna kadar genişletilmesi eğiliminin mahkeme kararlarına yansıdığı<sup>124</sup> günümüzde, hala sözleşme ile belirlenmiş tazminat kayıtlarının özel bir incelemeye tabi tutulmak suretiyle sınırlandırılmaları ve cezai nitelikteki kayıtların geçersiz sayılmaları büyük bir çelişki olarak nitelendirilmektedir<sup>125</sup>.

Uygulamada da birçok kararda eleştirildiği görülen bu prensibe ilişkin olarak, Amerika Birleşik Devletleri Yedinci Bölge Temyiz Mahkemesi'nin, *Lake River Corporation v. Corborundum Company* kararında yapmış olduğu değerlendirme<sup>126</sup> tipik bir örnek olarak vurgulanmaktadır<sup>127</sup>.

9 Ağustos 1985 tarihli *Lake River Corporation v. Corborundum Company* kararında<sup>128</sup>, tarafların sözleşmede ceza kaydı kararlaştırıp kararlaştırmama konusunda, kazanılacak ve kaybedilecek değerleri tartarak bir değerlendirme yaptıkları ve kazanımların ağır basması nede-

123) Clark / Ansay, s. 177.

124) Californiya Yüksek Mahkemesi'nin 1984 tarihli bir kararında, kötüniyetli olarak sözleşmenin varlığını kabul etmemek suretiyle sorumluluktan kurtulmaya çalışan tarafın, cezai tazminata mahkum edilebileceği sonucuna vardığı hakkında bkz. Melvin Aron Eisenberg, *Gilbert Law Summaries, Contracts*, Chicago, 1993, s. 193.

125) Clark / Ansay, s. 178.

126) Federal Mahkemenin bu değerlendirmesi, cezai nitelikteki düzenlemelerin artık uygulanması gerektiği yönündedir. Ancak Federal Mahkeme bu görüşünü sadece belirtmekle yetinmiş, Kuzey Illinois Bölge Mahkemesinden önüne gelen sözleşme hukukuna ilişkin bu davaya, Illinois Eyaletinde yerleşmiş olan common law kurallarını uygulaması gerektiğinden, bu eyaletin kurallarına müdahale etmenin uygun olmayacağı gerekçesiyle görüşünü olaya uyarlamamıştır. Yani Lake River Kararı içeriğinde iki karşıt görüşü barındırmaktadır. Bkz. dipnot 117'deki karar. Karş. dipnot 97'deki açıklamalar.

127) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1779.

128) *Lake River Corporation v. Corborundum Company* kararı için bkz. dipnot 117.

niyle böyle bir kaydı sözleşmeye ithal ettikleri belirtilmiştir.

Burada ifade edilmek istenen, esasen ceza kaydının sadece tek tarafın iradesine dayanmadığı, sözleşmenin taraflarının beraberce bu kaydı kararlaştırdıklarıdır. Bu noktada, tek taraflı bir baskı aracı olmalarını engellemek adına 'belirlenmiş tazminat kaydı' başlığı altındaki düzenlemelerin mahkemeler tarafında özel bir incelemeye tabi tutulması gereğini vurgulayan prensibin haklı bir gerekçeye dayanmadığı vurgulanmaktadır<sup>129</sup>.

Buna ek olarak, sözleşmenin taraflarını hata, hile ve ikrah gibi irade sakatlığı hallerine karşı koruyacak düzenlemelerin henüz mevcut olmadığı zamanlarda tarihi temelleri atılan bu prensibin, modern çağa uygun irade sakatlıklarına ilişkin düzenlemelerin varolduğu günümüzde anlamını yitirdiği de belirtilmiştir. Taraflardan birinin iradesi dışında bir baskı vasıtasının sözleşmeye ithali söz konusu ise, mahkemenin doğrudan hata / hile / ikrah hükümlerine başvurarak sorunu çözmesi mümkündür. O halde, 'belirlenmiş tazminat' başlığı altındaki kayıtların amaçlarını saptamak için farklı bir incelemeye tabi tutulmaları gereği ortadan kalkmıştır<sup>130</sup>. İşte bu gerekçelere dayanan Goetz ve Scotts, iki yönlü bir düzenleme önermişlerdir: 'Sözleşmede kararlaştırılmış tazminat şartları her olayda uygulanmalıdır. Ancak, şarta bağlama esnasında taraf iradelerinde bir sakatlık meydana geldiğine ilişkin verilerin bulunması halinde istisnai olarak bu şartlar artık geçersiz sayılmalıdır'<sup>131</sup>.

### **3.6. 'Belirlenmiş Tazminat' Ve 'Ceza' Kayıtlarının İşlevsel Açıdan Değerlendirilmesi**

Tazminat olarak nitelenen kayıtların geçerli –belirlenen kriterlere uygun oldukları ölçüde-, ceza olarak nitelenen kayıtların geçersiz kabul ediliyor olması, tazminat işlevine yapılan bir vurgudur. Ancak, Amerikan Hukuku'ndaki

129) Eisenberg, *Dynamic Contract Law*, s. 1780.

130) Goetz / Scoot, s. 592.

131) Goetz / Scoot, s. 592.

'belirlenmiş tazminat' ve 'ceza' ayırımına dayanan bu uygulama, yukarıda yansıttığımız eleştiriler doğrultusunda modern bir yaklaşım tarzı filizlendirmiştir. Bu yaklaşım, 'tazminat şartı' genel ifadesi çerçevesinde<sup>132</sup> taraflarca kararlaştırılan şartların, tazminat genel ilkeleri ile çelişmedikleri ölçüde, sözleşme özgürlüğü kapsamında desteklenmeleri taraftarı görünmektedir<sup>133</sup>.

Tazminat genel ilkeleri ile uyumlu olmaktan ne kastedildiği, Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin 29.3.1983 tarihli kararındaki<sup>134</sup> değerlendirmesine yansımıştır. Buna göre, *'Bir sözleşmenin ihlali halinde, sözleşmeyi ihlal etmeyen tarafın maruz kalacağı zararların tazminini sağlamak yargının fonksiyonları kapsamındadır. Bu çerçevede, 'tazminat şartı' çatısı altında taraflarca yapılacak düzenlemeler genel kuralın bir istisnasını teşkil ederler. Bu tip düzenlemelerin varlığı halinde mahkemeler, tarafların kararlaştırdığı miktarın, mağdurun maruz kaldığı zararın tazmin ve telafisini sağlayacak miktardan aşırı derecede fazla olmadığından emin olmak zorundadırlar'*.

Ayrıca bu kararda, tarafların kararlaştırdıkları miktarın mahkeme tarafından indirilmesinin, belirlenmiş tazminat kayıtlarını destekleyici politikalara aykırı olacağı da vurgulanmıştır.

Amerikan Hukukunda 'tazminat şartı' genel kavramı çerçevesindeki klasik anlayışın yerini modern bir yaklaşıma bırakmasına karşılık, yukarıdaki ifadeden hareketle, geçerliliği kabul gören düzenlemelerin sadece tazminat işlevi üzerine temellendirildiği söylenebilir.

Modern yaklaşımın tohumlarının atıldığı yıllarda Mcneil tarafından, sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılan ceza nitelikli bir düzenlemeyi geçersiz sayarak uygulamayan bir mahkemenin, sözleşmenin gücünü<sup>135</sup> ihlal

132) Karş. dipnot 99 ve ilgili bölüm.

133) Farnsworth, s. 842.

134) *Donald Wassenaar v. Theanne Panos / The Town Hotel* kararı, bkz. dipnot 99.

135) Mcneil'e göre sözleşmenin gücü, borçlunun sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerini yerine getirmemesi halinde, alacaklıya

etmiş olup olmayacağı sorusunda verilen yanıt da bu belirlememizi destekler niteliktedir. Yazar, sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerin ihlali halinde mahkemelerin, halin icabına göre ortaya çıkacak menfi/müsbet zararlara ve iade yükümlülüklerine hükmedeceğini vurgulayarak, mahkeme tarafından yeterli teminatın sağlanması haline artık cezai nitelikli düzenlemelere gerek olmadığı sonucuna varmıştır<sup>136</sup>. Bu yaklaşım da, sözleşmede ile kararlaştırılan kayıtların işlevini sadece zararların tazmini ve telafisi çerçevesinde değerlendirmektedir.

Uygulamada tercih edilen çözüm yollarının da, zararın varlığı yani kayıtların tazminat işlevi üzerine örgülediği söylenebilir. *Wassenaar v. Panos* kararında<sup>137</sup>, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, karşı taraf hiçbir zarara uğramamışsa, sözleşmede kararlaştırılmış olan 'tazminat şartı'nın artık sadece bir ceza niteliğinde olması sebebiyle uygulanamayacağı Wisconsin Yüksek Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir<sup>138</sup>.

Tıpkı bu karar gibi *Wasserman's Inc. And Jo-Ro Inc. v. Township Of Middletown* kararında da<sup>139</sup> New Jersey Yüksek Mahkemesi, 'tazminat şartları' genel çerçevesindeki düzenlemelerin amacının borçluyu ifaya zorlamak değil, fakat sözleşmenin ihlali halinde alacaklının uğrayacağı zararları tazmin etmek olduğunu net biçimde vurgulamıştır.

Diğer taraftan henüz örnek-olay hukukuna yansımaları

---

kendi menfaatlerini korumaya yetecek olanakların sağlanmasıdır. Bkz. Ian R. Mcneil, 'Power of Contract and Agreed Remedies', Cornell Law Quarterly, Volume 47, 1962, Number 4, s. 498.

136) Mcneil, s. 528.

137) *Donald Wassenaar v. Theanne Panos / The Town Hotel* kararı, bkz. dipnot 99.

138) Taraflarca kararlaştırılan tazminat kaydının makul ölçülerde olması halinde, zarar sözkonusu olmasa dahi uygulanabileceği yönünde kararların varolduğu hakkında bkz. *Calamari / Perillo*, s. 592, dipnot 20.

139) *Wasserman's Inc. And Jo-Ro Inc. v. Township Of Middletown* kararı için bkz. dipnot 99.

miş olmakla birlikte doktrinde, cezai işlevi ön plana çıkarmayı hedefleyen görüşler de bulunmaktadır<sup>140</sup>. Edlin ve Schwartz, özellikle yeni yatırım modellerinin<sup>141</sup> ortaya çıkması ile sözleşmelerdeki ceza nitelikli şartların ekonomik açıdan bir ihtiyaç haline geldiği noktasından hareketle 'tazminat şartı' genel kavramı çerçevesindeki şartların ceza işlevinin gözardı edilmemesi gereğini vurgulamışlardır<sup>142</sup>. Yazarlar, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki düzenlemeler ışığında, cezai nitelikteki bir kaydın uygulanması talebine yönelmiş davada, bu kaydın hile, ikrah veya hukuka / ahlaka aykırı işlem ürünü olduğunun ileri sürülmesi suretiyle uygulanmaması yönünde bir savunmanın geliştirilmesini kabul ettiklerini; ancak sadece bir ceza olması sebebine dayanılarak uygulanamayacağını ileri sürülmesinin kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir<sup>143</sup>.

Amerikan Hukuku'ndaki 'belirlenmiş tazminat' ve 'ceza' ayırımına dayanan uygulama, uzun yıllardır özellikle ekonomistler tarafından analiz edilmektedir<sup>144</sup>. İşte bu analizler neticesinde, klasik yaklaşım uyarınca dışlanmış olan ceza işlevi gören kayıtların, değişen yatırım modelleri ile birlikte ekonomik verimliliği arttırıcı birer ihtiyaç olarak tekrar sisteme dahil edilmeleri gerektiği ortaya konmuştur<sup>145</sup>.

Ancak bu noktada, cezai işlevi olan kayıtların ikili bir ayırıma tabi tutularak incelenmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre, cezai işlevi olan kayıtların bazıları ekonomik bir amaca hizmet ederek; zararın ispatına ilişkin işlem masraflarını azaltmakta, ucuz teminat ve risk

140) Lake River Kararı, cezai nitelikli kayıtların uygulanması gereğini vurgulayan -ancak uygulamayan- bir karardır. Bkz. dipnot 117.

141) Modern yatırım modellerinde, sözleşmenin her iki tarafının da verimi arttırmak, masrafları azaltmak adına yatırımlar yapmaları mümkündür. Örnek için bkz. Bölüm 4.2.

142) Edlin / Schwartz, s. 20 vd.

143) Edlin / Schwartz, s. 28.

144) Hatsiz, s. 10.

145) Edlin / Schwartz, s. 14 vd.; Hatsiz, s. 20 vd.

paylaşımı sağlamakta, sözleşmenin ihlal edilmesinin, ifa edilmesine nazaran daha karlı olduğu hallerde ifadan kaçınarak karşı tarafın zararlarını karşılamayı tercih eden borçluları caydırıcı rol oynamaktadırlar<sup>146</sup>. O halde, bu tarz amaçlara hizmet eden kayıtların, ceza işlevine sahip olmaları sebebiyle geçersiz kılınmak yerine, ayakta tutulması ekonomik ihtiyaçların gereğidir. Hatzis'de tıpkı Goetz / Scott ve Edlin / Schwartz gibi, sadece irade sakatlıkları, hukuka aykırılık gibi hallerde cezai işleve sahip olan şartların geçersiz kabul edilmesi yönünde görüş bildirmektedir<sup>147</sup>.

Görüldüğü üzere Amerikan Hukukunda, 'belirlenmiş tazminat' ve 'ceza' ayırımına dayanan uygulama halen varlığını sürdürmekte ve mahkemeler, zarar - tazminat ilişkisini kurmaksızın, cezai işleve sahip olan sözleşme hükümlerine sıcak bakmamaktadırlar. Ancak değişen piyasa koşulları sözleşme ilişkilerindeki verimliliği arttırmak adına, ekonomik amaçlara hizmet eden - tarafların özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları- borçluyu ifaya zorlayacak baskı araçlarına da ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır.

#### **4. Türk Ve Amerikan Hukukları Açısından Cezai Şartın Fonsiyonel Yapısının Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi**

##### **4.1. Genel Olarak Benzer ve Farklı Noktalar**

1) Türk Hukukunda, bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde borçlu tarafından yüklenilecek ve alacaklıya yönelecek<sup>148</sup> ekonomik değer ifade eden herhangi bir edim -bu edim genellikle bir miktar para olarak kararlaştırılmaktadır- üzerinde anlaşabilirler. Amerikan Hukukunda

146) Hatzis, s. 20.

147) Hatzis, s. 22; Goetz / Scott, s. 593 vd., Edlin / Schwartz, s. 26 vd.

148) Bu genel belirleme yapılırken sadece sıklıkla karşılaşılan biçimi ile asıl borcun alacaklısı ve borçlusu arasında kararlaştırılan bir edim varsayımından hareket edilecektir.



da bu tarz bir düzenlemenin yapılması mümkündür. Ancak belirtilmelidir ki, bu çalışmada incelenen eserlerde ve mahkeme kararlarında borçlunun yükleneceği bu edimin sadece belirlenen miktarda para olacağı vurgulanmış, para dışında bir edimin şart edilmesini öngören bir ifadeye ya da örneğe rastlanmamıştır.

2) Türk Hukukunda işlevsel açıdan aynı, ancak talep edilebilirlik açısından farklı olan iki tür cezai şart ile karşılaşılmaktadır. Seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda, aksi kararlaştırılmadıkça, ya cezai şart ya da asıl borcun ifası istenebilecektir. İfa ile istenebilen cezai şart söz konusu olduğunda ise, asıl borcun ifası ve cezai şart bir arada istenebilecektir. Amerikan Hukukunda talep edilebilirlik açısından böyle bir ayırma gidilmemiş, sadece işlevsel açıdan yapılan ayırma yer verilmiştir.

3) Türk Hukuku çerçevesinde, bu tarz bir düzenlemenin altında yatan temel amacın belirlenmesi, yani daha net bir ifade ile alacaklının zararlarının tazmininin mi yoksa, borçlu üzerinde baskı kurmak suretiyle onu ifaya yönlendirmenin mi hedeflendiği, sözleşmede kararlaştırılan hükmün uygulanabilirliği yönünden önem taşımaktadır. Zira, bu düzenleme hangi işleve sahip olursa olsun kural olarak geçerlidir ve mahkemelerce uygulanacaktır. Amerikan Hukukunda ise, bu tarz düzenlemeler 'tazminat şartı' genel kavramı altında ele alınmakta ve ikili bir ayırma tabi tutulmaktadır. Taraflarca kararlaştırılan kayıt sözleşmenin ihlali halinde alacaklının zararlarını karşılamaya yönelmiş bir 'belirlenmiş tazminat kaydı' ise uygulama alanı bulabilmekte; diğer taraftan borçlu üzerinde baskı yapma amacı taşıyan bir 'ceza kaydı' ise mahkemelerce uygulanması reddedilmektedir.

4) Türk Hukuku çerçevesinde işlevi ne olursa olsun 'cezai şart' kavramı çatısı altında değerlendirilebilecek düzenlemelerin uygulanabilirlik sınırını 'aşırılık' teşkil etmektedir. Hakim, aşırı gördüğü cezai şartı tenkis etmekle yükümlüdür (BK md. 161/f. 3). Tenkise gidilmesi borçlunun talebine bağlı değildir. Aşırılık, somut olayın özellikleri doğrultusunda, taraf iradelerinin cezai şarta yüklediği

işlev/işlevler göz önünde bulundurularak hakim tarafından takdir edilecektir. Amerikan Hukukunda ise, taraflarca sözleşmeye ithal edilen kaydın hangi işleve sahip olduğu uygulanabilirlik açısından belirleyicidir -bkz. madde 3-. Bunun yanı sıra makul bulunarak uygulanmasına karar verilen bir 'belirlenmiş tazminat kaydının artık mahkeme tarafından indirim tabii tutulamayacağı kabul edilmektedir. Yani taraflarca kararlaştırılan miktar, ya mahkeme tarafından makul bulunarak aynen uygulanacak, ya da geçersiz kabul edilerek uygulanması reddedilecektir.

5) Türk Hukuku çerçevesinde alacaklı zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezai şarta hükmedilmesi mümkündür. O halde Türk Hukukunda tarafların sadece borçluyu gereği gibi ifaya zorlama işlevini hedefleyen düzenlemeler yapmaları mümkündür. Amerikan Hukukunda, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, karşı taraf hiçbir zarara uğramamışsa, sözleşmede kararlaştırılmış olan tazminat şartının artık sadece bir borçluya yönelmiş bir baskı -ceza- niteliğinde olması sebebiyle uygulanamayacağı kabul edilmektedir. O halde Amerikan Hukuku çerçevesinde sadece borçluya baskı yapmayı hedefleyen düzenlemelere yer verilmesi mümkün değildir.

6) Türk Borçlar Hukukunun genel hükümlerinden biri, sözleşmenin konusunun hukuki kaidelere, kanuna, ahlaka, genel düzene, kişisel haklara aykırı olmaması gereğine ilişkindir. Bu genel düzenlemenin varlığına rağmen kanun koyucu, cezai şartın indirilmesi hususunda özel düzenleme sevk ederek kanaatimizce ceza işlevine bir sınırlama getirmiş, tazminat işlevini bir adım öne çıkarmıştır. Cezai şartı aşan zararların tazmini hususunun Türk Hukukundaki uygulaması da bu fikri destekleyecek niteliktedir. Ancak bu durum, borçluyu gereği gibi ifaya zorlama işlevini reddetmek anlamında değildir -bkz. madde 4-. Amerikan Hukukundaki common law uygulaması ise sözleşmelerdeki kayıtların sadece tazminat işlevine sahip olmalarını kabul etme doğrultusunda geliş-

miştir. Ancak modern yaklaşım uyarınca, borçluyu zorlamaya yönelmiş -cezai nitelikteki- düzenlemelerin de geçerli kabul edilmesinin taraf ilişkilerini –özellikle yatırım menfaatlerini- güvenceye almak açısından artık bir ihtiyaç olduğu vurgulanmaktadır. İrade sakatlıkları ya da hukuka ahlaka aykırılık hallerinin bu uygulamanın sınırını teşkil edeceğine de işaret edilmektedir. Ancak tazminat işlevinin hala ön planda olduğuna şüphe yoktur.

#### **4.2. Türk Ve Amerikan Hukuklarında Cezai Şarta Farklı İşlevler Yüklenmesinin Uygulamaya Yansıyan Etkileri Neler Olabilir?**

Cezai şarta farklı hukuklarda farklı işlevler yüklenmesinin uygulamaya yansıyan etkilerini, Edlin/Schwartz tarafından kaleme alınarak detaylı ekonomik analizlere konu edilen bir örnek olayı<sup>149</sup> aktarmak suretiyle ortaya koymaya çalışacağız. Ancak biz burada yazarların analizlerine yer vermeyerek, onların vermiş oldukları örneği kendi amacımız doğrultusunda şekillendireceğiz.

Örnek uyarınca American Airlines ve Boing firmaları arasında bir uçak filosu alım- satımına ilişkin pazarlık süreci yaşanmaktadır. Boing firmasının talep edilen filoyu üretip American Airlines firmasına teslim etmesinin birkaç yıl alması sözkonusudur. Bu durum, American Airlines tarafından talep edilecek kesin uçak sayısının saptanmasında bir belirsizlik yaratmaktadır. Zira kesin sayının belirlenmesi, teslim sırasındaki ekonomik şartlar ve diğer hava yollarının piyasadaki durumu gibi faktörlerle ilişkilidir. American Airlines gelecekteki ihtimalleri değerlendirerek belli istatistiksel verilere ulaşmıştır. Bu değerlendirmeler doğrultusunda firma, %50 olasılıkla 150 adet yeni uçağa –ekonomik koşullar beklenen doğrultuda gelişirse- ve %50 olasılıkla da 50 adet yeni uçağa –bazı ekonomik sorunların baş göstermesi halinde- ihtiyaç duyacaktır. Bu verileri değerlendiren firma ortalama 100 adet uçak talep etmeye karar verir. Diğer taraftan Boing

149) Bu örnek ve ilişkili ekonomik analizler için bkz. Edlin / Schwartz, s. 18 vd.

firması da fiyat politikası açısından benzer değerlendirmeleri yapar. Nihayet American Airlines ve Boing firmaları arasındaki sözleşme firmaların belirledikleri sayı ve fiyat üzerinden kurulur.

Günümüz koşullarında, tarafların sözleşmenin kurulmasından uçakların teslimine dek geçecek süre içinde ilişkiyi daha verimli kılmak adına bazı yatırımlarda – milyonlarca dolar tutarında- bulunmaları mümkündür. Boing imalatta kullanacağı parçaları önceden satın alarak depolayabilir ve bu şekilde uçak başına maliyette önemli bir kazanç sağlamış olur. Diğer taraftan Amerikan Airlines da uçakların teslimine kadar geçecek süreçte yeni filonun reklamını yapmak, personelinin eğitmek, yer hizmetleri ünitelerini yeni filonun standartlarına uygun hale getirmek suretiyle uçak başına sağlayacağı değeri arttırabilir. Sonuçta, sözleşmenin her iki tarafı açısından da verimlilik artacaktır.

Ancak diğer taraftan, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği inancıyla geleceğe yönelik bu yatırımlara kaynak ayırmak oldukça risklidir. Örneğin Boing firması, sözleşmedeki ilişki çerçevesinde American Airlines firmasına 100 adet uçağı teslim aşamasına geldiği sırada, sadece 50 uçak teslim edip, geri kalan 50 uçak için de American Airlines firmasının borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla uğrayacağı zararları karşılamanın teslim anındaki ekonomik koşullar çerçevesinde daha kârlı olacağını tespit ederse ne olur? (Boing, 50 uçağın üretimini tamamlamadan belli süre daha bekleyip, bu süreç sonunda yeni pazarlık arayışlarına girmenin daha kârlı olacağını hesaplamış olabilir). Bu gibi bir durumda Boing firması için sözleşmeyi ihlal etmek ifa etmekten daha kârlı olacaktır. Ancak diğer taraftan American Airlines firması, kendisine 100 uçak teslim edileceği inancı ile yaptığı yatırımların yarısını kullanamaz hale gelmiş; firmanın beklediği ekonomik verimlilik yarı yarıya azalmıştır.

Durumu netleştirmek için Türk Borçlar Hukuku çerçevesinde çok kısa bir değerlendirme yaparsak; Boing'in American Airlines firmasına sadece 50 uçak teslim etme-

si, borcun miktar olarak gereği gibi ifa edilmemesi olarak nitelendirilebilir. American Airlines bu ifayı kabule mecbur değildir. Ancak kabul ettiğini<sup>150</sup> ve geri kalan 50 uçağa ilişkin olarak da borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebine dayanarak tazminat istediğini; Boeing firmasının da kusuru bulunmadığı yönünde bir itirazı olmadığını<sup>151</sup> varsayalım. Bu durumda American Airlines firmasının zararlarının BK md. 96 vd. uyarınca tazmini sözkonusu olacak, firma hem zararları ve hem de bunların gerçek miktarını ispat etme yükümlülüğü ile karşılaşacaktır. Özellikle zararların gerçek miktarının ispatı çoğu olayda güç hatta imkansız olabilmektedir. Ayrıca, American Airlines için teslim edilmeyen 50 uçağın arz ettiği değer ile eğer ifa tam olsa idi elde edeceği kârdan mahrum kalması kalemleri tazminatın kapsamına girmekle birlikte, firmanın zararları büyük bir ihtimalle bu tür maddi değerler ile sınırlı kalmayacaktır. Firmanın 'American Airlines' markası ile inşa edilmiş imajı da zedelenebilecektir<sup>152</sup>. Bu durumda firma bir de manevi zararını ispata ilişkin problemler ile karşılaşacaktır<sup>153</sup>. Özetle, ifanın gereği gibi

150) Kaldı ki yer hizmetleri ünitelerini dahi yeni filonun standartlarına göre yenilemiş firmanın kanaatimizce başka çaresi yoktur.

151) Boeing, kusuru olmadığı yönünde bir itiraz öne sürmese ve eksik ifa ettiği miktara ilişkin değeri karşılamayı göze alsada, ödeyeceği tazminat miktarını minimuma indirmek amacıyla American Airlines firmasının yapmış olduğu yatırımların normal hayat tecrübeleri doğrultusunda beklenen yatırımlar olmadığını iddia edebilir. Bu durumda American Airlines bir de yaptığı yatırımlardan kaynaklanan zararları ile kötü ifa arasındaki uygun illiyet bağının ispatı sorunu ile karşılaşacaktır.

152) Örneğin 100 uçaklık yeni filosu ile daha evvel uçuş yapılmayan yeni yerlere sefer konacağını ilan eden firma, kendisine sadece 50 uçak teslim edilince bu amacını gerçekleştirmeyecek, yeni seferler yapılmasını bekleyen müşterilerin gözünde firmanın güvenilir imajı sarsılacaktır.

153) Marka hukuku anlamında manevi zararın tazmininden amaç, tecavüz dolayısıyla marka sahibinin ticari-kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasıdır. Ticari-kişisel varlık, marka sahibinin ticari işletmesinin ilgili piyasada sahip olduğu güvendir. Bu güvenin zedelenmesi ile marka sahibi üzüntüye düşebilir, bundan acı duyabilir. İşte güven zedelenmesi suretiyle yitirilen manevi ticari varlığın de-

yapılacağı inancı ile American Airlines firmasının yapmış olduğu yatırımların karşılığını tazminat yoluyla eksiksiz alabilmesi zordur hatta pek mümkün görünmemektedir.

Bu noktada, yüksek ekonomik değer taşıyan ilişkilerde verimliliği arttıracak türdeki yatırımları teşvik edecek, American Airlines firmasının bu örnekte yüklendiği riski taraflar arasında bölüştürecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Burada ihtiyaç duyulan işlevi cezai şart yerine getirebilir. Ancak bunu öne sürebilmemiz için cezai şarta, 'sözleşmenin taraflarını gereği gibi ifaya zorlamak' biçiminde bir baskı işlevinin de yüklenmesi gerekmektedir. Oğuzman/Öz, cezai şartın, borçluyu doğru dürüst ifade bulunmaya sevk edici (zorlayıcı) işlevini en önemli işlevi olarak belirtmiştir<sup>154</sup>. Kanaatimizce bu belirleme, burada ihtiyaç duyulan mekanizmayı mükemmel biçimde vurgulamaktadır. Cezai şarta sadece tazminat işlevi yüklenmesi bu mekanizmayı sağlamayacaktır. Sadece taraflar, tazminat genel hükümleri uyarınca tazmin etmeleri mümkün olan zararını ispat yükünden arındırılmış ve yargısal süreçte daha fazla zaman ve para kaybetmemiş olacaklardır.

Örneğimizde -cezai şart kararlaştırılmamış olduğunu varsayalım- bu baskı unsurunun bulunmaması, Boing firması açısından sözleşmeden kaynaklanan taahhüdünü gereği gibi ifa etmek yerine, kısmen ifa edip geri kalan kısım için de karşı tarafın borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla uğramış olduğu zararları karşılama seçeneğini daha avantajlı hale getirmiştir. Oysa, caydırıcılığı olan bir cezai şart tutarının<sup>155</sup> taraflarca kararlaştırılmış olması, bu tür bir hesabı engelleyerek edimin gereği gibi ifa edilmesini sağlayacaktır. Bu da, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği güvencesi içindeki karşı tarafın verimliliği arttırıcı yatırımlar yapmasını teşvik edecektir. Böylelikle günümüzde son derece yüksek değerler çerçevesinde ku-

ğeri tazmini gerekli bir kayıptır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999, s. 467 vd.

154) Oğuzman / Öz, s. 870.

155) Olayımız doğrultusunda Boing'in, gereği gibi ifa etmeme halinde ödemeyi göze aldığı tazminattan daha yüklü bir tutar.

rulan ilişkilerde tarafların karşılıklı kazanımlarının maksimum seviyeye ulaştırılması mümkün olabilecektir.

## Sonuç

'Cezai şart' ile daha çok ekonomik açıdan yüksek değerli ilişkilerde karşılaşılmaktadır. Bunlar öyle ilişkilerdir ki, sözleşme ile yüklenilen edimlerin gereği gibi ifa edilmemesi ciddi ekonomik kayıpları sonuçlayabilmektedir.

Cezai şart hiç kararlaştırılmamış olsa da, sözleşmenin ihlal edilmesinden kaynaklanan zararlara maruz kalan tarafın bu zararlarının tazminat hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde tazmini ve telafisi her zaman mümkündür. O halde tazminat penceresinden bakıldığında cezai şartın getirisi, tazmini mümkün olmayan bir zararın tazminini sağlamaktan çok, bazı ispat sorunlarının önüne geçmek ve usul ekonomisine katkıda bulunmaktan ibarettir. Diğer taraftan cezai şartın borçluyu gereği gibi ifaya zorlayıcı işlevi çok daha belirleyicidir. Zira, gereği gibi ifanın sağlanması ekonomik açıdan ciddi kayıpların önüne geçilmesi anlamındadır. Bu bağlamda cezai şart kararlaştırılırken, borçluyu ifaya zorlamak suretiyle alacaklının borçluya karşı güçlendirilmesi kanaatimizce temel hedef olmalıdır.

Bu pencereden bakıldığında, Roma-Cermen Hukuk çevresindeki Türk Hukukunda, bu hedefe uygun bir yapının barındırıldığı açıktır. Diğer taraftan Common Law çevresindeki Amerikan Hukuku tarihi gelişim sürecindeki bazı etkenlerin gölgesinden kurtulamamış, cezai şartın borçluyu zorlama işlevini genel ilkeler ile çelişen bir baskı aracı olarak yorumlamaya ve reddetmeye devam etmiştir. Ancak gelişen ekonomik ilişki modelleri ekonomik verimliliğin arttırılması açısından teşvik edici bazı baskı unsurlarına ihtiyaç göstermektedir. Bu ihtiyaç, Amerikan Hukukunda cezai şarta yüklenecek işlevleri ve bu düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin sorunları günümüzde hala tartışılır kılmaktadır.

Cezai şart kavramı, Amerikan Hukuku ile karşılaştırıldığında, tazminat işlevinin yanı sıra borçluyu gereği gibi

ifaya zorlayıcı işlevini de kabul eden Türk Hukukunda işlevsel açıdan daha verimli biçimde uygulanmaktadır. Ancak Türk Hukukunun bu avantajı etkin biçimde kullanılabilmesi için, cezai şartı düzenleyen hükümlerin, ekonomik verimlilik analizleri ve sözleşen tarafların iradeleri doğrultusunda yorumlanması gerektiği asla gözden uzak tutulmamalıdır.

### Kaynaklar

- Arkan Azra: 'Cezai Şart', İBD, C. 71, S. 1-2-3, 1997.
- Arsebük Esat; 'Cezai Şart Mefhumu Etrafında Tahliller', Adliye Ceza Dairesi, 1936, S. 16.
- Aşçıoğlu Çetin; Yargı Kararlarında Cezai Şart', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S. XIV, 4-5 Nisan 1997.
- Aybay Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul, 1995.
- Barlas Nami ; Para Borcunun İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.
- Berring Robert/Edinger Elizabeth; Finding The Law, Eleventh Edition, St.Paul Minnesota 1999.
- Bilge Necip; Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- Bozer Ali; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2002.
- Calamari John D./ Perillo Joseph M.; Contracts, Fourth Edition, Minnesota, 1998.
- Clark David S. / Ansay Tuğrul; Introduction To The Law Of The United States, Deventer, 1992.
- Edlin Aaron S. / Schwartz Alan;'Optimal Penalties in Contracts', University of California, Berkley Law School Public Law and Legal Theory Research Paper No:108, <http://papers.ssrn.com/abstract=354781>, Belge Tarihi: 12.12.2002, Erişim Tarihi: 05.02.2002.
- Eisenberg Melvin Aron;"The Emergence of Dynamic Contract Law", 88 California Law Review, 2000. (Dynamic Contract Law)
- Eisenberg Melvin Aron; Gilbert Law Summaries, Contracts, Chicago, 1993.
- Erdem Nafiz; Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. 1, Ankara, 1987.
- Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1998.



- Farnsworth Alan; Contracts, Third Edition, New York, 1999.
- Goetz Charles J. / Scott Robert E.; Liquidated Damages, Penalties and Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77 Columbia Law Review 554, 1977.
- Günay Cevdet İlhan; Cezai Şart, Ankara, 2002.
- Hatemi H. / Serozan R. / Arpacı A. ; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- Hatzis Aristides N.; 'Having The Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law', <http://papers.ssrn.com>, Belge Tarihi: 13.8.2001; Erişim Tarihi: 5.2.2003.
- Kanık Tahir ; 'Cezai Şart', Adalet Dergisi, Yıl 41, Ağustos 1950, S. 8.
- Karahasan Mustafa Reşit ; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul, 1992. (Borçlar Hukuku Genel Hükümler)
- Karahasan Mustafa Reşit; 'Para Borçlarında Cezai Şart', İBD, C. XL, S. 10, Ekim 1966, Medeni Kanununun 40. Yıldönümü Özel Sayısı. (Para Borçlarında Cezai Şart)
- Karahasan Mustafa Reşit ; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2002. (Özel Borç İlişkileri)
- Koschaker Paul / Ayiter Kudret; Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, 1993.
- Kuntalp Erden; 'Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk', Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995.
- Mcneil Ian R.; 'Power of Contract and Agreed Remedies', Cornell Law Quarterly, Volume 47, 1962, Number 4.
- Morris John (General Editor); Chitty on Contracts, Volume I, Twenty Second Edition, London, 1961.
- Oğuzman Kemal / Barlas Nami; Medeni Hukuk, 9. Bası, İstanbul, 2002.
- Oğuzman Kemal / Öz M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 2000.
- Oser H. / Schönenberger W. ; İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Çeviren: Ferid Ayiter, 2. Basının Tercümesi, Ankara, 1950.
- Ovacık Mustafa; İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Bası, Ankara, 1986.
- Öcal Akar; 'Para Borçlarındaki Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri', AD, Y. 52, Mayıs 1961, S. 5.
- Özmen Etem Saba; 'Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart -I-', YD, C. 22, S. 3, Temmuz 1996.
- Özmen Etem Saba; 'Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart -II-', YD, C. 22, S. 4, Ekim 1996.

- Özsunay Ergun; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 1986.
- Restatement of The Law Second / Contracts 2d, The American Law Institute, St. Paul - Minnesota, 2002.
- Richards Paul H.; Law of Contract, Fifth Edition, Essex, 2002.
- Selected Commercial Statutes: West Group, St. Paul., Minnesota, 1999.
- Serozan Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.
- Sources of Contract Law, <http://www.scu.edu/law/FacWebPage/Neustad-ler/ebooks/abridgedcontracts/main/commantary/sourceslaw>, Erişim Tarihi: 2. 12.2002.
- Tandoğan Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 5. Bası, İstanbul, 1992.
- Tandoğan Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987.
- Taylan Erbay; Ödencel Eklenti Sözleşme: 'Ceza Koşulu', YHD, 1978, C.I.
- Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1999.
- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1993.
- Ticari İşletme Rehni 'Kanun Projesi ve Gerekçesi-Proje Hakkında Görüşler-Komisyonun Hazırladığı Metin', AÜHF Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları No:4, Ankara, 1965.
- Tunçomağ Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963.
- Tunçomağ Kenan; Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1976. (Borçlar Hukuku)
- Uygur Turgut; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 2, Ankara, 1990.
- Von Tuhr Andreas; Borçlar Hukuku, C. I-II, Çeviren:Cevat Edege, Ankara, 1983.
- Yavuz Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 2002.