

ROMA HUKUKUNDA CEZAI ŞART

Ar. Gör. Sevgi Kayak*

GİRİŞ

Kişiler, günlük hayatta konusu çok çeşitli olan hukuki ilişkilere girerler. Bu hukuki ilişkilerden doğan borcun ifasını teminat altına almak için, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi, Roma Hukukunda da alacaklının başvurabileceği değişik imkanlar vardır; bunlardan birisi de cezai şarttır. Nitekim sözleşmeden doğan borç ifa edilmediği zaman alacaklı, daha başlangıçta, sözleşme yapılırken, borçlu ile beraber kararlaştırdıkları ve konusu genellikle bir miktar paradan ibaret olan cezai şarta başvurabilir ve böylece ifa etmemenin kendisine vereceği zararları bertaraf etmiş olur. Borçlu, ifayı yerine getirmediği zaman cezai şartın hükümleriyle karşı karşıya kalacağını bildiği için, borcu ifa hususunda daha gayretli olacak ve böylece cezai şart, sözleşmeyi ihlal etmekten caydırmaya yönelik bir etkiye sahip olacaktır. Yine cezai şartın sağladığı bir başka fayda da, alacaklının zararı ispat güçlüğünden kurtulmasıdır. Nitekim götürü olarak kararlaştırılan bir bedel olması nedeniyle, sözleşmeden doğan hakkı ihlal edilen alacaklı, sadece bu ihlalle, söz konusu bedeli talep edebilecek, zararı ispat etmesi ayrıca istenmeyecektir.

Öte taraftan, cezai şartın kararlaştırılmış olması, asıl borcu ortadan kaldırmadığından, alacaklı isterse, bu parayı almak yerine, asıl borç konusunun yerine getirilmesi hususunda da ısrar edebilir.

Bu bakımdan biz çalışmamızda öncelikle, Roma Hukukunda cezai şartın neyi ifade ettiğini, metinlerde kullanılan kavramlardan da yola çıkarak belirtmeye çalıştık. Daha sonra cezai şartın hangi hukuksal faydaları sağladığını değerlendirdik. Bunun yanı

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

sıra tartışmalı olan hukuki niteliğini de benzer müesseselerle olan farklarına değinerek açıklamaya çalıştık. Son olarak, cezai şartın konusunun ne olabileceğine ve hükümsüzlüğü hallerine de yer vererek, cezai şarttan doğan hukuki sonuçlarla beraber çalışmamızı tamamladık.

I- Kavram

Cezai şart, en genel anlamıyla, akdedilen bir sözleşmenin yerine getirilmemesinin cezası olarak ifade edilmektedir. Nitekim taraflar, aralarında yaptıkları bir sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, ceza olarak bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırabilirler. Bu durumda şart gerçekleşince, yani borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyince, alacaklının söz konusu miktarı isteme hakkı doğar. İşte tarafların sözleşmenin ihlal edilmesi olasılığına karşı, daha başlangıçta götürü olarak bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırmalarına cezai şart denmektedir¹.

Roma hukukunun cezai şartla ilgili olan bazı metinlerine² ve yine Roma hukuku ile ilgili çalışmalar yapan hukukçuların eserlerine³ baktığımızda, cezai şartı belirtmek üzere “*stipulatio poenae*=ceza stipulatio’su” ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Roma Hukukunun günümüzdeki en önemli kaynaklarından biri olan Iustinianus’un Institutiones’inde, I.3,15,7’de ise, cezai şartı ifade etmek üzere, “*poenae*” ve “*clausula*” sözcükleri görevlendirilmiştir⁴. Denilebilir ki, Roma Hukukunda, cezai şartı karşılayan kavramlar arasında bir birlik mevcut değildi ve kullanılan her bir kavram, cezai şartın yalnızca bir özelliğini yansıtıyordu⁵.

¹ Eugène Petit, *Traité Élémentaire De Droit Romain*, 9.édition, Paris, 1925, s.493; Edouard Cuq, *Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains*, 2.édition, Paris, 1928, s.597; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul, 2001, s.105; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2005, s.62; Richard Honig, *Roma Hukuku Dersleri*, Çeviren: Şemsettin Talip, İstanbul, 1938, s.237; Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, Çeviren: Ziya Umur, 2.baskı, İstanbul, 1959, s.374.

² Örnek olarak bkz. I.3,19,19; D.19,2,54,1.

³ Bu eserlere örnek olarak bkz. C. Accarias, *Précis De Droit Romain*, 3.édition, Tome Second, Paris, 1882, s.299; Petit, a.g.e., s.493 vd.; J.Roussier, “Du Compromis Sine Poena En Droit Romain Classique”, *Revue Historique De Droit Français Et Etranger*, 4.série, Dix-huitième année, 1939, s.175 vd.

⁴ I.3.15,7: “...Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poenae debet :« si ita factum non erit, tum poenae nomine...stipuletur, clausula erit...»”.

⁵ Aynı kavram kargaşası Türk Hukuku bakımından da söz konusu olmuştur.

Poenae sözcüğü⁶, “ceza” anlamına gelmektedir⁷. Borcunu ihlal eden borçlu, bir miktar para ödemek suretiyle cezalandırılmaktadır⁸. Söz konusu olan bu para cezası, Roma'nın ilk devirlerinde bir borç kaynağı⁹ olan *stipulatio*¹⁰ yoluyla kararlaştırılmak-

“Cezai şart”, “ceza şartı”, “akdi ceza”, “cezai akit kaydı” gibi hukuki terimlerin bu hukuki müesseseyi ifade etmeye yetmediğini söyleyen Tunçomağ'a göre; akdi ceza terimi, bu cezanın sadece akit yoluyla tayin olunabileceği fikrini uyandırması bakımından doğru değildir. Ceza şartı terimi, kamu cezasıyla karıştırılabilmesi olasılığı nedeniyle tercih edilmemelidir. Cezai akit kaydı terimi de, akdi ceza teriminin taşıdığı sakıncayı taşımaktan başka, söylenişinin zor olması yüzünden pek de pratik değildir. Yine cezai şart terimi de bu hukuki müessesenin bir şart değil de, şarta bağlı bir borç olması nedeniyle hayli eksik kalmakta, ancak yine de diğerlerine nazaran en uygun terim konumunda bulunmaktadır. Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul, 1963, s.3 vd. Söz konusu hukuki müessese Borçlar Kanunumuzun m.158 vd.'da düzenlenmiş olup, m.158'in kenar başlığı “cezai şart” şeklindedir. 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 184. maddesinde ise, “cezai şart” ibaresinin “ceza koşulu” olarak değiştirildiğini görüyoruz.

6 *Poenae* sözcüğünün Latin diline uymayıp, Eski Yunan dilinden geldiği ve özellikle de, Eski Yunanca'daki “*pondere*”, “*dare*” gibi taklit bir sözcükten ibaret olduğu ileri sürülmektedir. Théodore Mommsen, *Le Droit Pénal Romain*, Çeviren: J. Duquesne, Tome I, 1907, s.13, dn.2. *Poenae* sözcüğünü en genel anlamıyla, Cicero'nun eserlerinde görebilmek mümkündür: Cic. *De Legibus*, 3,3,6; Cic. *Pro Cluentio*, 46,128. Bunlar için bkz. www.thelatinlibrary.com/cic.html (10.03.2006). *Poenae* kavramının ne zaman kullanılmaya başlandığı tam olarak saptanamamakla birlikte, Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren her türlü cezayı ifade eden geniş bir anlama sahip olduğu tahmin edilmektedir. Mommsen, a.g.e., s.15. Nitekim, bu geniş anlamıyla *poenae*; hem kamu hukukuna ilişkin suçların cezalandırılmasını, hem özel hukuk bakımından söz konusu olan cezayı ve hem de borcunu yerine getirmeyen borçluya ödetilen bir miktar para cezasını ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdı. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul, 1983, s.159.

7 Umur, *Lügat*, a.g.e., s.159.

8 Cuq, a.g.e., s.597.

9 Roma'nın ilk devirlerinde borç kaynakları çok ilkel bir biçimde düzenlenmişti. Nitekim XII Levha kanunlarında borç doğuran akit olarak sadece iki akit sayılmıştı: *Nexum* ve *stipulatio*. *Nexum*'un hukuki niteliği tam olarak bilinmemektedir. Bir görüşe göre *nexum*, bir çeşit karz akdiydi. Bir başka görüşe göre ise; borcunu ödemeyen borçlunun maden ve külçe ile kendisini alacaklıya satması ve böylece alacaklının da şahıs üzerindeki icra usüllerine göre icraya geçebilmesiydi. Andreas B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, Cilt:1, 7.bası, İstanbul, 1965, s.79; Umur, *Lügat*, a.g.e., s.141. Koschaker ise, *nexum*'un hukuki niteliğini anlayabilmek için, bu sözcüğün kökenine gitmek gerektiğini ifade eder. Yazara göre bu sözcük, “*nectere*=bağlamak”tan gelir ve bir insanı bağlamak anlamındadır, bu da *nexum*'un Roma'da *obligatio*'ya benzer bir anlam taşıdığını gösterir. Paul Koschaker/Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, 1993, s.205.

10 *Stipulatio*, Roma'nın ilk devirlerinden itibaren görülen son derece önemli bir hukuki muameleydi. Önemli olmasının yanı sıra, bir o kadar da ilginçti. Çünkü üç ayrı fonksiyonu üzerinde toplamıştı. Zira hem bir akit tipi, hem

taydı, yani yapılan *stipulatio*, aslında bir miktar para cezasının kararlaştırıldığı ceza *stipulatio*'suydu. Öte yandan I.3,15,7'de yer alan *clausula* teriminin, genellikle, Roma hukukçuları tarafından, bir şartı ya da bir ceza klozunu ifade edecek şekilde çevrildiği; fakat bunun yeterince dikkat edilmeden yapılan bir çeviri olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü buradâ bir şartın kararlaştırılmasından öte, bir *stipulatio*, yani, bir hukuki muamele yapılmaktadır¹¹. Başka bir deyişle, burada iki ayrı muamele vardır: Bunlardan birincisi, taraflar arasında asıl borç konusunu kapsayan bir anlaşma ve diğeri de bu anlaşmaya ekli ve bu anlaşmanın ifa edilmemesi şartına bağlı olarak bir miktar paranın ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir *stipulatio*.

II- Cezai Şartın İşlevi

Cezai şartın en önemli işlevi, borçlunun edimini yerine getirmemesi olasılığını bertaraf etmektir. Nitekim borçlu, daha sözleşme kurulurken, yüklendiği edimi yerine getirmeyecek olursa, bir ceza ödemesi ile karşı karşıya kalacağı bilincinde olduğundan, borcunu ifa hususunda daha aktif davranacaktır. Bu bakımdan cezai şart, borçluyu borcunu ifaya zorlayan bir etkiye sahiptir¹².

Cezai şartın en önemli işlevlerinden biri de, ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olmasıdır. Normalde borç ihlal edildiği zaman, ispat yükü alacaklının üzerinde olup alacaklı, bu ihlalden dolayı bir zarara uğradığını kanıtlamak zorundadır¹³. Halbuki

bir borç kaynağı hem de bir şekil şartıydı. Bir akit tipiydi, çünkü Roma'da bugünkü hukukumuzdan farklı olarak, taraflar arasındaki her hukuki ilişkiden borç doğmazdı. Özellikle ilk devirlerde taraflar, aralarında ne tür bir hukuki ilişkiye girerlerse girsinler, bundan bir borç doğmasını sağlayabilmeleri ancak, *stipulatio*'yu kullanmalarıyla mümkün oluyordu. Bu nedenle *stipulatio* hem genel bir akit tipi, hem bir borç kaynağı, hem de bir şekil şartı rolünü oynamaktaydı. *Stipulatio* sözlü bir akit olduğu için geçerliliği mutlaka, belirli ve kalıplaşmış sözcüklerin kullanılmasına bağlıydı. Örneğin, "spondes (taahhüt ediyor musun?)- spondeo (taahhüt ediyorum)" veya "dabis (verecek misin?)-dabo (vereceğim)" ya da "facies (yapacak mısınız)-faciam (yapacağım)" gibi. *Stipulatio*'nun şekli için bkz. Gai.3,92; I.3,15,1. *Stipulatio* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, a.g.e., s.422 vd.; Erdoğan, a.g.e., s.44 vd.; Rado, a.g.e., s.100 vd.

11 Accarias, a.g.e., s.299, dn.1.

12 Petit, a.g.e., s.494.

13 Bununla birlikte, tazminat ve faizlerin toplamını belirleme yetkisi hakime aittir. Ancak hakim, bu takdir yetkisini kullanırken keyfi davranamaz. Değerlendirmede dikkate alacağı bazı araçlar vardır ki bunların başında, borçlunun kusuru, kötü niyetli olması veya iyi niyetli davranışları vb. hususlar gelir. Cezai şartın kararlaştırılması ile, hakimin bu konudaki takdir yetkisi de bertaraf edilmiş olur. Petit, a.g.e., s.493.

cezai şart sayesinde zararın ayrıca ispatına gerek olmaksızın, alacaklı doğrudan doğruya bu kararlaştırılan miktarı isteyebilecek ve böylece zararı ispat güçlüğünden de kurtulmuş olacaktır¹⁴.

Cezai şarta atfedilen bir başka önemli işlev de, Roma Hukukunda “yok” hükmünde kabul edilen üçüncü kişi lehine sözleşmelerin, zamanla geçerli hale gelmesini sağlayan bir etkiyi yaratmış olduğudur¹⁵.

Roma Hukukunda üçüncü kişi lehine *stipulatio*'nun geçersiz olarak kabul edildiğini, Gaius'un ve Iustinianus'un *Institutiones*'lerinde yer alan metinlerden anlayabilmemiz mümkündür.

Gai.3,103: “ *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus*”.

“Keza hakimiyeti altında bulunmadığımız bir kimseye verileceğine dair *stipulatio* yapmış isek, bu da hükümsüzdür.”¹⁶

I.3,19,4'te ise şöyle söylenmiştir:

“*Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit.* ...”

“Eğer bir kimse hakimiyeti altında bulunduğu bir kimseden başka birisi hesabına *stipulatio* yaparsa muamelesi batıldır. ...”¹⁷

Bu metinlerden anlaşılmaktadır ki, Roma'da *Pater Familias*¹⁸ veya *dominus*¹⁹ olmayan bir kimse lehine bir *stipulatio* yapıldığında, bu *stipulatio* geçersiz olur. Bu prensip²⁰, o kadar sıkı bir şe-

14 Cuq, a.g.e., s.597; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Me-seleleri, 3.bası, İstanbul, 2003, s.213.

15 Edouard Cuq, “Stipulatio”, Dictionnaire Des Antiquités Grecques Et Roma-ines, Tome 4, Partie II, (R-S), Paris, 1926, s.1519.

16 Gaius'un Institutiones'inde geçen konumuzla ilgili metinlerin tüm çevirisi, Gaius, Institutiones, Borçlar Kısmı, Çeviren:Türkan Rado, İstanbul, 1953 adlı kaynaktan alınmıştır.

17 Iustinianus'un Institutiones'inde geçen konumuzla ilgili metinlerin tüm çevirisi, Iustinianus, Institutiones, Çeviren: Ziya Umur, İstanbul, 1968 adlı kaynaktan alınmıştır.

18 Pater familias, aile babası veya aile reisi anlamına gelmektedir. Umur, Lü-gat, a.g.e., s.152.

19 *Dominus* sözcüğü çeşitli anlamlara gelmektedir. Bir köle için “efendi” ma-nasına gelen *dominus*; bir malın maliki veya bir hukuki muamelede ya da bir davada başlıca “ilgili” anlamlarını taşımaktadır. Umur, Lügat, a.g.e., s.61.

20 Di Marzo, a.g.e., s.404.

kilde belirmişti ki, bir babanın oğlu lehine yaptığı *stipulatio* dahi geçersiz olarak kabul ediliyordu.

Romalıların üçüncü kişi lehine yapılan bir sözleşmeyi geçersiz saymalarının nedeni, bir sözleşmenin yalnızca tarafları üzerinde hüküm doğuracağını kabul etmelerindedir²¹. Bu yüzden bir sözleşmenin dışında kalan üçüncü bir kişinin, bu sözleşmeden doğan bir dava hakkına sahip olması mümkün değildir, Romalılara göre; üçüncü kişi lehine yapılan bir sözleşme, sadece, hiçbir talepte bulunamayacak olan üçüncü kişi hesabına geçersiz olmakla kalmaz, aynı zamanda, sözleşmenin tarafı durumunda olan vaat ettiren hesabına da geçersiz olur²².

Şimdi burada şöyle bir soru akla gelmektedir: Roma'da üçüncü kişi lehine bir *stipulatio* hiçbir şekilde yapılamıyor muydu veya daha başka bir ifadeyle, bu ihtiyaç nasıl karşılanıyordu? Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bir kimsenin salt başkası lehine değil de, kısmen başkası, kısmen de kendi lehine bir *stipulatio* akdetmesi mümkün olabiliyordu. Bununla birlikte, yine burada da, böyle bir *stipulatio*'nun geçerli olup olmadığı, Sabianus ve Proculianus okulları²³ arasında tartışmalıydı. Zira Sabinianus'lar, üçüncü kişi, hiç mevcut değilmiş gibi, borcun tamamının *stipulatio*'yu yapmış olan kimse üzerinde doğduğunu var sayarak, *stipulatio*'yu geçerli kabul ediyorlardı. Proculianus'lar ise, kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulayarak; *stipulatio*'nun, üçüncü kişiyle yapılan kısmıyla geçersiz, diğer kısmıyla geçerli olduğunu savunuyorlardı²⁴.

Yukarıdaki durumda, kısmen vaat eden, kısmen vaat ettiren lehine yapılmış *stipulatio* mevcut bulunmaktadır. Bizi asıl ilgilen-

21 *Stipulatio*'da kullanılması gereken kalıplaşmış sözler, yalnızca taraflar arasında bir hukuki bağ kurmaya yeter. Başka bir deyişle, söz konusu bağ, karşı karşıya bulunanları birbirine bağlar, yani sözleri kimler söylemişlerse onlar arasında meydana gelir. Georges Cornil, "Explication Historique De La Règle Alteri Stipulari Nemo Potest", Studi In Onore Di Salvatore Riccobono, Nel XL, Anno Del Suo Insegnamento, IV, 1936, s.249.

22 D.44,7,11. Ayrıca bkz. Di Marzo, a.g.e., s.405; Cornil, a.g.m., s.244.

23 İlk imparatorluk dönemi ile birlikte hukukçuların çeşitli konularda görüş ayrılıklarına düştükleri ve bu doğrultuda da başlıca iki hukuk okulunun meydana geldiğini görüyoruz. Başlıca temsilcilerinin ismiyle anılmakta olan bu okullardan birincisi, Sabinianus'lar ve diğeri de Proculianus'lardır. Bu okullara tabi bulunan hukukçular, hukuki konulara ilişkin temel prensiplerde birleşmekle beraber, somut olaylarda, bazı noktalarda birbirlerinden ayrılıyorlardı. Schwarz, a.g.e., s.122 vd.

24 Cornil, a.g.m., s.246.

diren mesele ise, I.3,19,19'da belirtildiği üzere, bir cezai şartın kararlaştırıldığı üçüncü kişi lehine sözleşmelerdir. Acaba böyle bir cezai şart, gerçekten de üçüncü kişi lehine sözleşmeye hukuki bir etki sağlıyor muydu? Bu sorunu irdeleyebilmemiz için önce I.3,19,19 'daki metni gözden geçirmek gerekir: Metinde şöyle söylenmektedir:

“*Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc fecere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit; sed si addiderit de poenae «nisi dederis, tot aureos dare spondes?», tunc comittitur stipulatio.*”

“Yukarıda söylenmiş olduğu gibi, başkası hesabına *stipulatio* yapmak mümkün değildir: gerçekten bu nevi borç ilişkileri, herkesin iktisap etmekte menfaat gördüğü şeyi, bizzat elde edebilmesi için düşünülmüştür: başka birisine bir şey verilmesi halinde ise, *stipulatio* yapanın bir menfaati yoktur. Bununla birlikte, bunu yapmak isteyen kimse, bir ceza taahhüt ettirir; bu suretle taahhütte bulunan vaat ettiğini yerine getirmese, *stipulatio* cezası menfaati olmayan kimsenin lehine tahakkuk eder: hakikaten bir ceza *stipulatio*'su yapıldığı zaman, vaat ettirilenin menfaatine değil, vaat ettirilen ceza miktarına ve şartına bakılır. Demek ki bir kimse Titius'a verilmesi hususunda bir *stipulatio* yaparsa, geçerli değildir; fakat ceza ilave ederek: «vermezsen bana şu kadar altın vermeyi taahhüt ediyor musun?» derse, *stipulatio* borç doğurur.”

Metinde sözleşme dışı bir kimse olan Titius'a vermek hususunda bir *stipulatio* yapılırsa, bunun geçersiz olduğu belirtilmiş; fakat bir ceza eklenerek, “Titius'a vermezsen, bana şu kadar altın vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde yapılan *stipulatio*'nun ise, geçerli olacağı ifade edilmiştir. Metin, ilk bakışta, sanki, üçüncü kişi lehine bir *stipulatio*, cezai şarta bağlı olarak yapılırsa, geçerli olacakmış gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Zira bu noktadan hareket eden bir görüş; cezai şart sayesinde, üçüncü kişi lehine sözleşmelerin geçersizliği kuralının gözden kaybolduğunu da ileri sürmüştür²⁵. Biz bu fikre katılmıyoruz. Bize göre; Ro-

²⁵ Cuq, a.g.m., s.1519.

ma'da cezai şart, üçüncü kişi lehine sözleşmenin geçerli olmasını sağlayacak bir etkiye ya da bir işleve sahip değildir. Nitekim, bir an için cezai şarta bağlı üçüncü kişi lehine sözleşmenin yapıldığını düşünelim. Örneğin, "Köle Stichus'u Titius'a vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer vermezsen bana on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?" gibi. Dikkat edilirse, burada cezai şart, asıl borca ilişkin sözleşmede kararlaştırılmış, yani, tek bir *stipulatio* ile hem asıl borç konusu hem de cezai şart kararlaştırılmıştır. Bu *stipulatio*, üçüncü kişi lehine olması sebebiyle geçersiz olacaktır. O halde bu geçersiz *stipulatio*'ya konulan kayıtlar da hüküm doğurmayacak, kendiliğinden geçersiz olacaktır. Borçlunun köle Stichus'u verme gibi bir borcu yoktur, ayrıca burada köle Stichus verilmezse, vaat ettirene on altın verileceğine dair şart da, bu geçersiz *stipulatio* ile kararlaştırıldığı için, yine hüküm doğurmayacaktır.

Burada asıl tartışılması gereken nokta; iki ayrı *stipulatio*'nun yapılması halidir. İlk *stipulatio* ile asıl borç konusu kararlaştırılır, buna eklenen ikinci *stipulatio*'da da cezai şart kararlaştırılır. Örneğin, "Köle Stichus'u Titius'a vermeyi taahhüt ediyor musun?", hemen arkasından yapılan ikinci *stipulatio* ile de "köle Stichus'u Titius'a vermezsen, bana on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?" denilerek cezai şart kararlaştırılır. Fikrimize göre; burada da yine cezai şart, üçüncü kişi lehine sözleşmeyi geçerli hale getirmez. İlk *stipulatio*, üçüncü kişi lehine olduğu için geçersizdir. Oysa ikinci *stipulatio* ilk *stipulatio*'dan bağımsız olarak yapılmış ve bir şarta bağlanmıştır. Bu şart da köle Stichus'un Titius'a verilmemiş olması şartıdır. Şart gerçekleşince borçlu, vaat ettirene on altın ödemek zorunda kalacaktır. Her ne kadar ikinci *stipulatio* geçerli olup bundan doğan dava açılrsa da, cezai şartın feri niteliğinin unutulmaması gerekir. Buna göre; asıl borç geçersiz ise, asıl borcun kaderine tabi olan cezai şarttan doğan borç da geçersiz olacaktır. O halde ikinci *stipulatio*'dan doğan dava, aslında ilk sözleşmenin ifa edilmemesinin bir cezası olarak görülmemelidir. Burada başlı başına köle Stichus'un, Titius'a verilmemesi olumsuz şartına bağlı bir borç vardır; yani, ikinci *stipulatio*'da borcun geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmayıp, sadece şartın gerçekleşmiş olmasına bakıldığından, ödenen para aslında bir ceza olarak değil, tamamen ikinci *stipulatio*'dan doğan borcun ifası şeklinde düşünülmelidir. Bu yüzden de ikinci *stipulatio*'nun sırf kendisine ait geçerlilik koşullarını taşıması ve bu sebeple geçerli olmasını bir an için unutup, ilk borç yerine getirilmeyince cezanın

ödeneceğini ve bunun da, dolaylı olarak üçüncü kişi lehine sözleşmeyi geçerli hale getireceğini kabul etmek doğru değildir.

III- Cezai Şartın Hukuki Niteliği

A- Genel Olarak

Roma hukukunda cezai şartın hukuki niteliği tartışmalıdır²⁶. Doktrinde hakim fikir; cezai şartın, bir “şart” olduğu yolunda olmakla birlikte²⁷, bu şartın bir ceza mı yoksa bir tazminat karakteri mi taşıdığı noktasında görüşler birbirinden ayrılmaktadır. Cezai şartın bir ceza olduğunu ileri süren görüşe göre²⁸, aslında cezai şartın konusu, borcunu ihlal eden borçluyu cezalandırmaktır; bu bakımdan borcunu ifa etmeyen bir borçlu, sanki suçlu gibi ele alınmaktadır. Buna karşı çıkan diğer görüş²⁹, cezai şartın aslında bir tazminat olduğunu kabul eder. Zira borç ifa edilmediği zaman, kararlaştırılmış olan bir miktar para alacaklıya ödenir ve böylece alacaklı zarar ve ziyanını telafi etmiş olur.

Bizim fikrimize göre; Roma’da cezai şartın hukuki niteliğini belirleyebilmek için, öncelikle nasıl kararlaştırıldığına dikkate alınması gerekir. Roma hukukunda cezai şart, en yaygın biçimde³⁰ *stipulatio* ile kararlaştırılır. *Stipulatio* yoluyla bir cezai şartın kararlaştırılabilmesi de başlıca iki biçimde olur: Birincisi taraflar, aralarında tek bir *stipulatio* yaparak, hem temel ilişkideki borcu hem de bu borcun ifa edilmemesi halinde bir miktar paranın ödenmesini taahhüt etmekte, yani, asıl borç konusu olan Pamphilus’un verilmemesi şartına bağlı olan bir borcun ödenmesini kararlaştırmaktaydılar³¹. Diğer biçimde ise, taraflar temel ilişkiye hiç değinmeksizin “eğer, Pamphilus’u vermezsen on vermeyi taahhüt ediyor musun?” diyerek sadece bir miktar paranın ödenmesi hususunda anlaşmaktaydılar³². Burada, taraflar arasında daha

²⁶ Türk Hukukunda cezai şartın hukuki niteliği için bkz. Tunçomağ, a.g.e., s.21 vd.; Veli Karagöz, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara, 2006, s.34 vd.

²⁷ Accarias, a.g.e., s.299; Cuq, a.g.e., s.597; Paul Frédéric Girard, Manuel Elémentaire De Droit Romain, 8.édition, Paris, 1929, s.702.

²⁸ Cuq, a.g.e., s.597; Accarias, a.g.e., s.299; Girard, a.g.e., s.702.

²⁹ Petit, a.g.e., s.493.

³⁰ Cezai şartın bir vasiyetname ve bir iyi niyet sözleşmesine ekli anlaşma ile de kararlaştırılabilmesi mümkündür. Di Marzo, a.g.e., s.374.

³¹ Cuq, a.g.e., s.598.

³² Cuq, a.g.e., s.598; Girard, a.g.e., s.702; Accarias, a.g.e., s.299,

öncesinde yapılmış ve konusu Pamphilus'un verilmesi borcu olan bir *stipulatio*'nun bulunduğunu söylemek gerekir. Görüldüğü üzere; her iki durumda da³³, bir şarta bağlı borç söz konusudur. Özellikle ikinci durumda şarta bağlı borç karakteri daha ağır basmaktadır. Bu bakımdan cezai şart, bir para cezası veya bir tazminat olarak değerlendirilmekten ziyade, ifası şarta bağlı borç şeklinde düşünölmelidir. Ancak bu borcun konusu, tamamen farklı bir edim olmakla birlikte, asıl borca da bağlıdır, yani, feri bir nitelik³⁴ taşır. Asıl borcun geçersiz olması veya sona ermesi halinde cezai şarttan doğan borç da ortadan kalkar³⁵. Bu şarta bağlı borcun konusu olan bir miktar para ise, hem ceza hem de tazminat karakteri taşımaktadır. Çünkü kararlaştırılan paranın, borçlu üzerinde, borcunu ifa etmesi yönünde psikolojik bir baskı oluşturacağı hiç şüphesizdir. Daha başlangıçta, götürü olarak belirlen-

33 Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Böyle bir ayrımın ne gibi bir pratik sonucu vardır? Birinci durumda, yani tarafların hem asıl borcu hem de cezayı kararlaştırdıkları *stipulatio*'da eğer borç, imkansızlık veya ahlaka aykırılık veya herhangi bir sebeple geçersiz olursa, akit "yok" hükmündedir ve borç doğmaz. Halbuki ikinci durumda, yani, sadece cezai şartın kararlaştırıldığı *stipulatio*'da bir geçersizlik sebebi varsa, sadece cezai şart yok hükmünde olacaktır. Accarias, a.g.e., s.299.

34 Di Marzo, a.g.e., s.374; Rado, a.g.e., s.105.

35 Fikrimize göre, cezai şartın feri niteliğinin daima göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde, cezai şartı alelade şarta bağlı bir borç olarak değerlendirmek gerekecektir ki bu, yanlış olur. Çünkü taraflar, aralarında bir cezai şart niyeti olmaksızın sadece şarta bağlı bir borç da kararlaştırmak istemiş olabilirler. Örneğin, "eğer köle Pamphilus'u vermezsen on vermeyi taahhüt ediyor musun?" şeklindeki bir *stipulatio*'da, şarta bağlı bir borç mu, yoksa bir cezai şart mı kararlaştırdıklarını anlamak güçtür. Cezai şart, şarta bağlı bir borç olmakla birlikte, her şarta bağlı borç bir cezai şart değildir. Eğer taraflar, sadece şarta bağlı bir borç kararlaştırmayı hedeflemişlerse; köle Pamphilus'un verilmemesi şartının gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Halbuki cezai şartta feri bir nitelik bulunduğundan, sadece Pamphilus'un verilip verilmediğine bakılmaz, niçin verilmemiş olduğunun değerlendirmesi de yapılır. Örneğin, Pamphilus'u verme borcunun, geçersizlik veya ifa gibi herhangi bir sebeple ortadan kalktığını ispat eden borçlu, cezai şart ödemekten de kurtulur. Öte taraftan, D.44,7,44,5'te; cezai şart seçimlik yetkiye de benzetilmiştir. Seçimlik yetkide borcun konusu tektir, fakat onun yerine başka bir edim ikame edilmek suretiyle borç sona erer. Örneğin, köle Stichus yerine on altın verilmesi gibi. Burada asli edim köle Stichus'tur, onun yerine ikame edilebilecek tali edim ise on altındır. Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.213, dn.11; Di Marzo, a.g.e., s.356. Seçimlik yetki ile cezai şartı birbirinden ayırmak oldukça güç olmakla birlikte, denilebilir ki, seçimlik yetkide, eğer seçimlik yetki borçluya aitse, borçlu tali edimi ifa etmek suretiyle borcu sona erdirebilir. Cezai şartta ise, borçlunun cezai şartı ödeyerek akitten kurtulmak imkanı kural olarak yoktur, çünkü alacaklı cezai şartı almayı, esas borcu istemekte serbesttir. Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.214; Ayrıca bkz. Tunçomağ, a.g.e., s.33.

diğinden dolayı, genellikle zarar miktarının üzerinde olabilmesi de cezai bir nitelik taşıdığını destekler gibi gözükmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, ödenecek olan bu para, içinde bir tazminatı³⁶ da barındırmaktadır. Çünkü ceza amacıyla ödense bile, alacaklının uğradığı zarar ve ziyanı bir ölçüde de olsa karşılamakta, hatta bazen alacaklının daha fazla tatmin edilmesini de sağlayabilmektedir. O halde bu şarta bağlı borcun, tıpkı haksız fiilden doğan borçmuş gibi, sadece para borcu ya da sadece tazminat borcu olarak değerlendirilmesi fikrimize göre doğru değildir.

Cezai şartın bir başka açıdan hukuki niteliğini belirtmek gerekirse, denilebilir ki, bizzat borçlu tarafından verilen şahsi bir teminat karakteri de vardır³⁷.

Şimdi burada yeri gelmişken önemli bir noktaya değinmek gerekir. Cezai şart olarak ifade ettiğimiz bu şarta bağlı borcu, kararlaştırıp kararlaştırmama hususu tamamen tarafların iradesine tabidir. Zira bu durum şartın doğasından kaynaklanır. Bu bakımdan şart, hukuki muamelenin zorunlu bir unsuru olmayıp, arzi bir unsur, *accidentalialia negotii*'dir. Başka bir ifadeyle taraflar, "eğer köle Pamphilus verilmezse on ver" şeklinde borcun ifa edilmemesi şartına bağlı bir edim kararlaştırmak zorunda değildirler. Bununla beraber, bir *compromissum* (tahkim) söz konusu olduğunda, tarafların bu cezai şartı kararlaştırmak zorunda oldukları ileri sürülmüştür³⁸. Bu durumda acaba iradi olarak kararlaştırılan cezai şartın, bir tahkim anlaşması söz konusu olduğunda, esaslı unsur haline dönüşmesi söz konusu olabilecek midir? Bu sorunun cevabını verebilmek için önce *compromissum*'un karakterini belirlemek gerekir.

Roma hukukunda *compromissum*, tahkim anlaşması³⁹ anla-

36 Erdoğmuş, a.g.e., s.62.

37 Havva Ayyıldız, "Roma Hukukunda Ayni Teminat", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989, s.2.

38 Erkan Küçükgüngör, "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)", BATİDER, 1998, Cilt:19, Sayı:3, s.139. Bu görüşü savunanlar ve bu görüşe karşı çıkanlar ve gerekçeleri için ayrıca bkz. Roussier, a.g.m., s167 vd.

39 İlk devirlerde hakkın korunması bakımından görülen en önemli özellik, fertlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıkları yine kendi aralarında çözümlenmeleridir. Bu bakımdan haklarını koruyabilmek için, güç kullanmaları da söz konusu idi ve buna, bazı kaynaklarda "kuvvet ve yumruk rejimi" denmektedir. Schwarz, a.g.e., s.256. Öte yandan, bunun kesinlikle hukuk dışı bir kuvvet kullanma olduğu da zannedilmemelidir. Çünkü bu kuvvet kullanma, keyfi ve sınırsız olmayıp; toplumun yaşayışından, örf ve adetlerinden kaynaklanan sınırları vardır. Daha sonraları ise, fertlerin aralarındaki bu uyuşmazlıklara devlet müdahale etmeye başlamış, ancak, bu mü-

mina gelmektedir⁴⁰. Bir uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığı devletin yargı organları önüne götürmek yerine, bir üçüncü kişi tarafından karara bağlanması hususunda anlaşmalarına *compromissum* ya da tahkim denir⁴¹. Bu anlaşma şekilsiz basit bir anlaşmadan ibarettir ve bu yüzden de herhangi bir borç doğurmaz. Hakemin vereceği karara uyma şeklinde bir borç doğması, bu basit anlaşmanın ardından yapılacak karşılıklı *stipulatio*'lara bağlıdır. Taraflar hakem tarafından verilecek karara uyacaklarını birer *stipulatio* ile taahhüt ederek, tahkim anlaşmasını teminat altına almış olurlardı. Söz konusu *stipulatio* ile taahhüt edilen şey, hakem kararına uymamaları halinde birbirlerine bir miktar para ödemeleri hususuydu. Verilen karara uyulmadığı takdirde, diğer taraf karara uymayan tarafa karşı, *stipulatio*'dan doğan dava olan *actio ex stipulatu*'yu açarak bu parayı talep ederdi⁴². İşte burada *compromissum*'un tamamlanmış sayılması için, bu cezai şartın mutlaka ve her zaman kararlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir⁴³. Bununla birlikte *compromissum*'un cezai şart kararlaştırmadan da yapılabileceği ve böyle bir *compromissum*'un hukuki bir etkiye sahip olduğu karşı görüş olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşü benimseyenler; D.4,8,27,7'de, cezai şartsız olarak yapılan bir tahkim anlaşması için bir *actio incerti*⁴⁴ açılabilceğinden bahsedildiğini söylerler. Onlara göre; *actio incerti*, burada *actio iudicati*⁴⁵ görevini üstlenmiş ve bunun sonucu olarak da, hakemin (*ar-*

dahale birdenbire olmamıştır. Devlet, yine fertlerin kuvvet kullanmalarına ses çıkarmamış, fakat bu defa fertlerin kullanacakları kuvvetin sınırlarını çizmeye başlamıştır. Daha sonra bir adım daha öteye gidilerek, uyuşmazlık halindeki tarafların bu uyuşmazlığı üçüncü bir kişi önüne götürmeleri usulü yerleşmeye başlamıştır ki, işte *compromissum* bu şekilde ortaya çıkmıştır. *Compromissum* ilk ortaya çıktığında ihtiyari tahkim şeklindeydi, yani taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı, üçüncü bir kişiye havale etmek hususunda, isterlerse anlaşılırdı. Öte taraftan ihtiyari tahkim, gerek bu tahkime başvurmanın serbest olması gerek verilen kararın yerine getirilmesinin zorunlu olmaması yüzünden fazla etkili olamamıştır. Devlet bu sakıncayı gidermek için tahkimi zorunlu hale getirmiştir. Umur, Roma Hukuku, a.g.e., s.501 vd.; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri İstanbul, 2005, s.214 vd.

40 Umur, Lügat, a.g.e., s.41.

41 Küçükgüngör, a.g.m., s.138; Umur, Lügat, a.g.e., s.41.

42 Küçükgüngör, a.g.m., s.138.

43 Küçükgüngör, a.g.m., s.139.

44 *Actiones incertae*; Davacının iddiasının belirsiz olması nedeniyle, hakime geniş bir takdir yetkisi tanıyan davalara verilen ortak isimdir. Umur, Lügat, a.g.e., s.15

45 *Actio iudicati*, mahkum olduğu halde, bu mahkumiyet kararını yerine getirmeyen kimseye karşı açılan bir icra davasıydı. Umur, Lügat, a.g.e., s.9.

biter) verdiği kararın etkisi, hakimin (*iudex*) verdiği kararın hukuki etkisine yaklaştırılmıştır. Öte yandan, *actio incerti*'ye başvurmak yerine, *stipulatio poenae*'ya daha çok başvurulması, cezai şartsız bir *compromissum*'un olamayacağı fikrinin benimsenmesine yol açmıştır⁴⁶. *Compromissum*'da cezai şarta başvurulmasının çeşitli sebepleri olmakla birlikte, en önemlisi, *actio incerti*'nin açılma prosedürünün daha uzun sürmesi ve daha zahmetli olması, buna karşılık *stipulatio poenae*'ın, daha kolay, güvenilir ve daha hızlı bir çözümü sağlayabilmesidir⁴⁷.

B- Cezai Şartın Benzer Müesseselerden Farkı

1- *Arra*⁴⁸ *Confirmatoria* (Pey Akçesi)'nden Farkı

Bir anlaşma nedeniyle, taraflardan birinin diğerine ödediği bir miktar para veya verdiği bir mala *arra* (pey akçesi) denir⁴⁹. Roma hukukunun değişik dönemlerinde *arra*'nın çeşitli fonksiyonlara sahip olduğu bilinmektedir. Nitekim klasik devirde *arra*, sözleşmenin mevcut olduğuna dair bir delil olma görevini üstlenmişti. Başka bir ifadeyle, sadece bir ispat vasıtasıydı ve bu dönemde henüz, ne cezai ne de akitten dönme hakkını kazandıran bir fonksiyona sahipti⁵⁰. Bu durumu Gai.3,139'dan da açıkça anlamak mümkündür: Buna göre;

Gai.3,139: "*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.*"

"Alım-satım (*emptio et venditio*) akdi; semen (*pretium*) üzerinde anlaşılınca teşekkül eder, henüz ne semen ödenmiş ne de pey akçesi (*arra*) verilmiş olsa bile. Zira pey akçesi adı altında verilen, alım-satımın akdedildiğine bir delil teşkil eder."

46 Bu görüş ve karşı görüş ve tartışmaları için bkz.Roussier, a.g.m., s.180 vd.

47 Roussier, a.g.m., s.179-180.

48 "*Arra*" sözcüğü, aslında Latin dili kökenli değildir. *Arra* kelimesinin ve ifade ettiği hukuki kurumun Yunan ve Fenike menşeli olduğu ve özellikle Yunanlılarla olan ticari ilişkiler neticesinde Roma Hukukuna girmiş olduğu tahmin edilmektedir. Serpil Altop, "Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi «Arra»", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s.36 vd. ve s.129.

49 Umur, Lügat, a.g.e., s.26.

50 Altop, a.g.t., s.34.

Metinden de anlaşıldığı üzere; *arra*'nın en önemli fonksiyonu, şekilsiz bir sözleşmeyi ispat etmeye yaramasıydı ve bu sözleşme ifa edilince *arra*, ya iade edilirdi ya da veren kişinin ediminden mahsup edilirdi⁵¹. *Arra confirmatoria* olarak bilinen bu çeşit *arra*, sözleşmenin kurulması esnasında verilen bir miktar para veya herhangi bir maldır⁵². Bu açıdan cezai şarttan tamamen farklıdır. Çünkü cezai şart, sözleşmenin kurulması esnasında ödenmeyip, borcun ifa edilmemesi halinde ödenir.

2- *Arra Ponitentialis*'ten Farkı

Iustinianus Hukukuna gelindiğinde, *arra*'nın sözleşmenin kanıtı olma fonksiyonunun yanı sıra, *arra ponitentialis* denilen bir biçime büründüğünü görüyoruz. Bu çeşit *arra*'nın verilmesiyle taraflar, akitten dönme hakkını kazanmış olmaktadır⁵³. *Arra* veren, akitten dönerse, verdiği şeyi geri isteyemez, *arra* alan sözleşmeden dönecek olursa, aldığı iki katını ödemek zorunda kalacaktır. Bu durum I.3,23, pr.'da açıkça ifade edilmiştir:

“...hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere cempellitur, licet nihil super arris expressum est.”

“...pey akçesi verilmişse, alım satım akdi ister yazılı olarak ister yazısız olarak yapılmış olsun, akdin ifasından kaçınan kimse, pey akçesi hususunda hiçbir şey düzenlenmemiş bile olsa, eğer alıcı ise, verdiği kaybeder, satıcı ise iki mislini iade ile mükellef olur.”

Görüldüğü üzere; *arra ponitentialis*, pişmanlık akçesinin rolünü oynamaktadır ve bu da, cezai şarttan tamamen farklıdır. Nitekim kararlaştırılan cezai şart, sözleşmeden dönme hakkını vermez.

3- *Arra Poenalis*'ten Farkı

Burada asıl olarak cezai şartın, cezai bir karakter taşıyan *arra poenalis* ile karıştırılması söz konusu olabilir. Nitekim *arra po-*

51 Altop, a.g.t., s.130.

52 Altop, a.g.e., s.32 vd.; Umur, Lügat, a.g.e., s.26.

53 *Arra ponitentialis*'in pişmanlık akçesi olup olmadığı tartışması için bkz. Altop, a.g.t., s.79 vd.

enalis tıpkı cezai şartta olduğu gibi, sözleşmenin ifa edilmemesi halinde, ifa etmeyi cezalandırma amacı güder. Eğer *arra* veren taraf sözleşmeyi ifa etmiyorsa, verdiği şey karşı tarafta kalacak, eğer *arra* alan sözleşmeyi ifa etmeyecek olursa aldığı iki katını vermek zorunda kalacaktır⁵⁴.

Bununla birlikte, fikrimize göre; *arra poenalis* her ne kadar cezalandırıcı bir fonksiyona sahip olması nedeniyle cezai şarta yaklaşırsa da, sözleşmenin kurulması esnasında ödenmesi gereken bir miktar para veya verilmesi gereken bir mal olduğundan, cezai şarttan ayrılır. Çünkü cezai şart, sözleşmenin kurulması esnasında götürü bedel olarak tespit edilir⁵⁵, ancak karşı tarafa verilmez, çünkü verilmesi için borçlunun borcunu ifa etmemesi şartının gerçekleşmesi gerekir.

IV- Cezai Şartın Konusu

Cezai şartın konusu kural olarak bir miktar paradır⁵⁶; taraflar, isterlerse bir mal veya başka bir şeyi de cezai şartın konusu olarak kararlaştırabilirler⁵⁷. Bu para miktarının tutarını belirleme yetkisi taraflara aittir. Bununla birlikte, belirlenen miktarın alacaklının menfaatini tam olarak karşılamaya yeterli bir miktar olması gerekir⁵⁸. Ödenecek olan miktarın taraflarca kararlaştırılması nedeniyle, ilk borcun miktarından daha az veya daha fazla bir tutar elde edilmesi mümkündür⁵⁹. Böyle bir durumda asıl sorun, kararlaştırılan cezai şart miktarının, asıl borç miktarını karşılayacak şekilde tayin edilse bile, borcun ihlali dolayısıyla, alacaklının uğradığı zarar ve ziyanın altında kalması halidir. Başka bir deyişle; zararın, kararlaştırılan miktarı aşmasıdır. Aşan kısmın istenip istenemeyeceğine ilişkin, kaynaklarda net bir bilgi bulunmamakla beraber, bazı metinlerde⁶⁰ asıl edime ilişkin davanın açılması suretiyle farkın istenebileceğine ilişkin işaretler olduğu kabul edilmektedir⁶¹.

54 Altop, a.g.t., s.82 vd.

55 Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.214.

56 Petit, a.g.e., s.493.

57 Di Marzo, a.g.e., s.374.

58 Bu tutarın hesabında dikkate alındığı tahmin edilen unsurlar için bkz. Petit, a.g.e., s.493, dn.1.

59 Cuq, a.g.e., s.597.

60 D.19,1,28; D.17,2,71 pr.

61 Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.214, dn.3

V- Cezai Şartın Hükümsüzlüğü

Asıl borç, hukuka, ahlaka aykırı ya da imkansız ise, bu borcun kararlaştırıldığı *stipulatio* hükümsüz olur. Örneğin, “Köle Pamphilus’u vermeyi taahhüt ediyor musun? Eğer vermezsen on altın vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklindeki bir *stipulatio*’da, köle Pamphilus ölü bir köle ise, sözleşmenin konusu baştan itibaren imkansızdır. Dolayısıyla bu geçersiz *stipulatio*’da kararlaştırılan cezai şart da herhangi bir hüküm doğurmayacaktır⁶². Bununla beraber, soyut bir *stipulatio* ile cezai şart konulduğu zaman, asıl borç geçersiz olsa bile, cezai şartın kararlaştırıldığı *stipulatio*, kendisine ait geçerlik koşullarını taşıyorsa, cezai şart da hüküm doğuracaktır. Bu durumda cezai şart, olmayan bir borcun ifasını dolaylı olarak sağlamaya hizmet etmektedir⁶³. Bununla birlikte, fikrimize göre; aslilik-ferilik ilkesinden hareket ederek, asıl borç geçersiz ise, ona bağlı olan borcun da asıl borcun geleceğine tabi olarak geçersiz olacağını kabul etmek gerekir.

Cezai şartın ahlak ve adaba aykırı olması halinde de borç doğmaz⁶⁴. Roma Hukukunda, ahlak ve adaba aykırı olan cezai şartlara, en fazla evlenme bakımından rastlanmaktaydı. Yalnız bu noktada farklı bir tarihi gelişim yaşandığı için, bu konuya ayrıca değinmek gerekir.

Roma Hukukunda evlilik öncesi bir aşama olarak kabul edilen nişanlanma (*sponsalia*)⁶⁵ bir evlenme vaadi, yani bir ön akit olarak kabul ediliyordu⁶⁶. Nişanlanma, Roma’nın ilk devirlerinde şekle bağlıydı ve *stipulatio* ile yapılıyordu⁶⁷. Dolayısıyla bu dö-

62 Petit, a.g.e., s.495, dn.1; Girard, a.g.e., s702.

63 Girard, a.g.e., s.702.

64 Petit, a.g.e., s.495, dn.1; Girard, a.g.e., s702.

65 *Sponsalia* “*spondere*=taahhüt etmek” sözcüğünden gelmektedir. Bildiğimiz gibi, *spondere* kelimesinden türeyen bir başka sözcük daha vardır ki bu da, *sponsio*’dur ve kefalet akdini ifade edecek şekilde kullanılır. Roma’nın ilk devirlerinde nişanlanma, sanki bir kefalet akdiymiş gibi düşünülmüştür. Çünkü *pater familias*’ın, kendi hakimiyeti altında bulunan kadını damada vermeyi taahhüt ettiği ve bu taahhüdün *sponsio* ile yapılan bir taahhüt gibi algılanarak, hakimiyeti altındaki kadın evlenmekten vazgeçerse, *pater*’e bu taahhüdünü yerine getirmesi için dava açılabilirdiği görülmektedir. Belgin Erdoğan, “Roma Hukukunda Nişanlanma”, *Argumentum*, Kasım 1991, Yıl:2, Sayı:16, s.239.

66 Erdoğan, a.g.m., s.238; Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri*, Aile Hukuku, Ankara, 1960, s.7; Pervin Somer “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Sayı:2, s.155.

67 Serpil Altop, “*Arra Sponsalicia*”, *İ.Ü.H.F.M.*, 1996, Cilt:LV, Sayı:1-2, s.370.

nemde nişanlanma, Borçlar Hukuku alanına dahil, dava edilebilir bir muameleydi. Klasik devirde ise nişanlanma, tamamen hukuki niteliğini değiştirmiş ve *stipulatio* usulü terk edilerek, sadece karşılıklı rıza ile yapılabilmeye başlanmıştır⁶⁸. Bu doğrultuda nişanın bozulması da yine serbest bir şekilde ve tek taraflı bir irade beyanı ile mümkün olmaya başlamıştır⁶⁹. İşte burada nişanın serbestçe bozulabilmesi taraflara fazla bir güvence vermediğinden, evlenmeye zorlamak için, cezai şart kararlaşdırmasına gidilmeye başlanmıştır. Roma Hukukunda evlenmeye zorlamak amacıyla konulan bu tür cezai şartların, evlenme özgürlüğü ile bağdaşmadığı ve bu sebeple de ahlaka ve adaba aykırı olduğu kabul edilmiştir⁷⁰. Nitekim D. 45,1,134 pr.'da, buna ilişkin bir metin yer almaktadır:

D.45,1,134 pr. (*Paulus libro quinto decimo responsorum*)

“Titia, quae ex alio filium habebat in matrimonium coit Gaius Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia, Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum noptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.”

D.45,1,134 pr. (Paulus'un cevaplarının 15. kitabından)

“Başka birinden bir oğlu olan Titia, bir kızı olan Gais Seius ile evlenmiştir. Evliliğin devamı sırasında taraflar Gaius Seius'un kızı ile Titia'nın oğlunun nişanlanmasını kararlaşdırılmışlardır. Bu hususta belge düzenlenmiş ve taraflardan birisinin bu evliliğe engel olması hali için ceza ilave edilmiştir. Sonradan, evlilik devam ederken Gaius Seius ölmüş ve kızı evlenmek istememiştir. Soruyorum: Gais Seius'un mirasçuları *stipulatio*'dan sorumlu tutulabilir mi? Cevap Şöyledir: taraflardan biri mevcut *stipulatio*'dan dolayı dava açarsa ona karşı *exceptio doli* (hile defii) ileri sürülebilir, çünkü *stipulatio* iyi ahlak kurallarına göre yapılmamıştır: Mevcut veya müstakbel evliliklerin ceza bağına dayandırılması ahlaki değildir.”⁷¹

68 Erdoğan, a.g.m., s.239.

69 Erdoğan, a.g.m., s.239; Altop, a.g.m., s.370.

70 Altop, a.g.m., s.386; Somer, a.g.m., s.158.

71 Çeviri için bkz. Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.228.

Post-klasik devirde ise, nişanlanmanın serbestçe bozulabileceği kuralından vazgeçilerek, eski devirlerdeki anlayışa geri dönmeye başlamıştır. Nitekim bu devirde, Doğu hukuklarının etkisiyle “*arra sponsalicia*”denilen bir tür *arra*’nın, nişanlanmanın esaslı bir unsuru haline dönüştüğünü görüyoruz⁷². Böylece nişan yapılırken; erkek, kadına *arra sponsalicia* denilen bu bir miktar para ya da malı verir ve nişanın bozulması halinde de, eğer erkeğin kusuru varsa, *arra sponsalicia* kadına kalır; eğer kadının kusuru varsa, kadın da kendisine ödenmiş *arra sponsalicia*’nın iki katını ödemek zorunda kalırdı. Görüldüğü üzere; *arra sponsalicia*’nın da tıpkı cezai şartta olduğu gibi, evlenmeye zorlamak gibi bir amacı vardır. Nitekim bu amaç ve etki, Roma hukukçularının da gözünden kaçmamış ve bu sebeple *arra sponsalicia*’ya ilişkin hükümlerin, nişanlılar arasındaki cezai şart yasağını ortadan kaldırmadığını özellikle vurgulama ihtiyacını hissetmişlerdir⁷³.

VI- Cezai Şartın Hükümleri

Daha önce de belirttiğimiz gibi cezai şart, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi olasılığına karşı, alacaklının kendisini teminat altına almak için, gösterilen bir değeri ödemesi hususunda borçluya kabul ettirdiği şarta bağlı bir borç karakterini taşır. Alacaklının cezai şarta başvurabilmesi, her şeyden önce bu alacağın muaccel olmasıyla mümkün olur.

Asıl borç, vadeye bağlı değilse, borçlu, ifa zamanını öğrendiği andan itibaren, yani, edimi ifa etmesi gerektiğini bildiği andan itibaren cezai şarttan doğan borca maruz kalır. Bununla beraber, *litis contestatio*⁷⁴ yapılana kadar asıl borcu ödeme imkanı mevcut-

⁷² Altop, a.g.m., s.382; Ayiter, *arra sponsalicia*’nın bir cezai şart olarak nişanlanmaya bağlandığını kabul etmektedir. Ayiter, a.g.e., s.8.

⁷³ Altop, a.g.m., s.381.

⁷⁴ *Litis contestatio*, hakim önüne götürülecek bir uyuşmazlığın esaslarını tespit etmekten ibaret olan bir muameledir. *Litis contestatio*’nun hukuki niteliği çok tartışılmış ve üzerinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bugün kabul edildiği üzere; *litis contestatio*’nun hukuki niteliği, Roma usul hukukunun iki ayrı dönemi olan *Legis Actio*’lar ve *Formula* usulü dönemlerinde farklı farklı belirtilmiştir. *Legis actio*’lar döneminde, uyuşmazlığın, bu uyuşmazlığa yönelik olarak, tarafların iddia ve savunmalarının neler olduğunu belirten bir tespitten ibaret olarak kabul edilirken, *formula* usulü döneminde bir akit olduğu ve bu akdin genellikle davacı tarafından *magistra* nezaretinde hazırlanan *formula*’nın davalı tarafından kabul edilmesiyle meydana geldiği belirtilmiştir. Schwarz, a.g.e., s.261 vd.; Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku, a.g.e., s.232. *Litis contestatio*’nun yapılmasıyla taraflar

tur. Vadeye bağlı borçlarda ise, vadenin dolmasıyla cezai şart da muaccel olur⁷⁵.

Cezai şarttan doğan borç muaccel olduğunda, alacaklının alacağını talep etme bakımından, kural olarak bir seçimlik hakkı vardır. Ya ifa davasını açarak bizzat ifayı ister ya da cezai şarttan doğan davayı açarak kararlaştırılmış olan bir miktar parayı ister. Öte yandan, her iki davayı da açarak hem ifayı hem cezai şarttan doğan alacağı talep edemez. Başka bir deyişle, burada davaların yığılması değil, davaların yarışması söz konusu olur⁷⁶. Bu kuralın tek istisnası ise, temerrüde düşme halidir. Nitekim cezai şart, edimin geç yerine getirilmesi için kararlaştırılmışsa alacaklı, hem asıl edimi talep eder hem de cezai şartı ister⁷⁷. Yalnız bu halde, de cezai şartın aslında temerrüt faizinin yerine geçtiği söylenebilir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda ödenecek olan para; cezai şartı değil, gecikme faizlerini temsil eder⁷⁸.

SONUÇ

Roma Hukukunda cezai şart, tıpkı bugünkü hukukumuzda olduğu gibi, alacağı teminat altına alma amacı güden hukuki müesseselerden biridir. Sözleşmeden doğan bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi olasılığına karşı, alacaklının, daha sözleşme yapılırken, borçluya kabul ettirdiği ve borcun ifa edilmesinin şartına bağladığı bir miktar paranın ödenmesi borcu, cezai şartın konusunu oluşturmaktadır.

Roma Hukukunda cezai şartı tam olarak karşılayan bir kavram yoktur. Metinlerde kullanılan *poenae*, *clausula*, *stipulatio poenae* gibi ifadelerin her biri cezai şartın bir özelliğini yansıtmaktadır. Günümüz Hukukunda olduğu gibi Roma Hukukunda da, cezai şartın, bir ceza mı yoksa bir tazminat mı olduğu hususu tar-

arasında temel ilişkiden doğan borç sona ermekte ve artık yeni bir borç, yani, uyuşmazlığı hakim önüne götürme borcu doğmaktadır. Özbek, bu özellikten hareket ederek; *litis contestatio*'nun biri sona erdirici, diğeri de ihdas edici olmak üzere iki fonksiyonu olduğundan bahseder. Selçuk Özbek "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları", İ.Ü.H.F.M., 1985, Cilt:51, Sayı: 1-4, s.354.

75 Petit, a.g.e., s.494; Accarias, a.g.e., s.303.

76 Petit, a.g.e., s.495; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.214.

77 Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, a.g.e., s.214.

78 Petit, a.g.e., s.495.

tışmalıdır. Nitekim borçluyu cezalandırma amacının ağır bastığı ifade edilmekle birlikte, ödenecek olan paranın, alacaklının zarar ve ziyanını telafi etmesi bakımından, daha çok bir tazminata yaklaştığı da ileri sürülmektedir.

Cezai şartın, borçluyu ifaya zorlaması nedeniyle, sözleşmenin ihlalden caydırmaya yönelik bir fonksiyonu vardır. Öte yandan alacaklı, borç ifa edilmediğinde, doğrudan doğruya cezai şarta başvurabilecek, böylece zararı ispat güçlüğünden kurtulmuş olacaktır. Cezai şartın, Roma Hukukunda geçersiz olarak kabul edilen üçüncü kişi lehine sözleşmeleri, dolaylı da olsa, geçerli hale getirdiği de ileri sürülmüş bulunmakla birlikte; bizim fikrimiz, cezai şartın böyle bir fonksiyonu bulunmadığı yönündedir.

Cezai şart, Roma Hukukunda bir *stipulatio* yoluyla kararlaştırılabilirdi. *Stipulatio*'nun hukuka ya da ahlaka aykırı bir sebeple geçersiz olması halinde, cezai şart da hükümsüz olurdu.

Roma Hukukunda cezai şarttan doğan borç, muaccel olduğu zaman, alacaklı, ya cezai şarttan doğan davayı açarak, kararlaştırılmış olan bu götürü bedeli ister ya da ifa davasını açarak, asıl borç konusunu ister. Bu bakımdan cezai şartın kararlaştırılmış olması, asıl borcu ortadan kaldırmaz, bir seçim hakkı verir. Buna karşılık, hem asıl borç hem de cezai şart birlikte istenemez. Öte taraftan, borçlu, temerrüt halinde bulunuyorsa, cezai şart olarak kararlaştırılmış paranın, gecikme faizinin yerine geçebileceği belirtilmekte ve bu durumda alacaklının hem asıl borç konusunu hem de cezai şartı birlikte isteyebileceği kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Accarias, C.: **Précis De Droit Romain**, 3.édition, Tome Second, Paris, 1882.
- Altop, Serpil: "**Roma Malvarlığı Hukukunda Pey Akçesi «Arra»**", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994.
- "**Arra Sponsalicia**" İ.Ü.H.F.M., 1996, Cilt:LV, Sayı:1-2, (s.369-388).
- Ayiter, Kudret: **Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku**, Ankara, 1960.
- Ayyıldız, Havva: "**Roma Hukukunda Ayni Teminat**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989.
- Cornil, Georges: "**Explication Historique De La Règle Alteri Stipulari Nemo Potest**" Studi In Onore Di Salvatore Riccobono, Nel. XL Anno Del Suo Insegnamento, IV, Palermo, 1936, (s.243-258).
- Cuq, Edouard: **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2.édition, Paris, 1928.
- "Stipulatio", Dictionnaire Des Antiquités Grecques Et Romaines Tome IV, Partie II, (R-S), Paris, 1926, (s.1516-1521).
- Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, Çeviren: Ziya Umur, 2.baskı, İstanbul, 1959.
- Erdoğan, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 2005.
- "**Roma Hukukunda Nişanlanma**", Argumentum, Kasım 1991, Yıl:2, Sayı:16, (s.238-240).
- Girard, Paul Frédéric: **Manuel Elémentaire De Droit Romain**, 8.édition, Paris, 1929.
- Honig, Richard: **Roma Hukuku Dersleri**, Çeviren:Şemsettin Talip, İstanbul, 1938.
- Karagöz, Veli : **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, 2006.
- Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, 1993.

- Küçükgüngör, Erkan: **"Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)"**, BATİDER, 1998, Cilt:19, Sayı:3, (s.137-150).
- Mommsen, Théodore: **Le Droit Pénal Romain**, Çeviren: J.Duquesne, Tome Premier, yy., 1907.
- Petit, Eugène: **Traité Élémentaire De Droit Romain**, 9.édition, Paris, 1925.
- Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2001.
- Roussier, J.:**"Du Compromis Sine Poena En Droit Romain Classique"**, Revue Historique De Droit Français Et Etranger, 4.série, Dix-huitième année,1939.
- Schwarz, Andreas B.: **Roma Hukuku Dersleri**, Cilt:1, 7.bası, İstanbul, 1965.
- Somer, Pervin: **"Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları"**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, Sayı:2, (s.155-180).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, 1963.
- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğmuş, Belgin: **Roma Hukuku Meseleleri**, 3.bası, İstanbul, 2003, **(Meseleler)**.
- Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2005, **(Roma Hukuku)**.
- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, 1983, **(Lügat)**.
- Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mevhumlar-Hakların Himayesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, **(Roma Hukuku)**.