

Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Örneğinde Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu Hükümlerinin Anglo Sakson ve Türk Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi

Eine Bewertung der Schadensersatz- und Vertragsstrafeklauseln in Technologietransferverträgen aus der Sicht des angelsächsischen und türkischen Rechts

Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR*

ÖZ

Türkiye'nin de dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sistemi arasındaki yaklaşım farklılıkları, teknolojinin ve internetin gelişimi ile birlikte, özellikle teknoloji transferini konu alan ticari ilişkilerde kullanılan sözleşmelerde, daha da belirgin bir hal almaktadır. Her ikisi de sözleşme özgürlüğü prensibini esas almasına rağmen, Kara Avrupası hukuk sisteminin, sözleşmelerde ceza koşuluna yer verme hususundaki liberal yaklaşımı ile Anglo Sakson hukukunun ceza koşulunu yasaklayıcı bakış açısı, anılan iki hukuk sisteminin bu konudaki önemli bir yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Anglo Sakson hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine -kural olarak- Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer verilmiyor olması, iki hukuk sistemi arasında bu konuda mevcut olan önemli bir diğer ayrışmayı oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Teknoloji transferi sözleşmeleri, ceza koşulu, götürü tazminat, cezalandırıcı tazminat*

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, (mukerrerem.basar@izu.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5002-6132.

An Assessment of Liquidated Damages and Penalty Clauses in the Example of Technology Transfer Agreements from the Perspective of Anglo Saxon and Turkish Law

ABSTRACT

The differences in approach between the Continental European legal system, including Turkey, and the Anglo-Saxon legal system, become more apparent with the development of technology and the internet, especially in contracts used in commercial relations on technology transfer. Although both are based on the principle of freedom of contract, the liberal approach of the Continental European legal system to include penal clauses in contracts and the prohibitive point of view of the Anglo-Saxon law on the penal clause reveal an important difference in approach in this regard. On the other hand, the fact that punitive compensation arrangements in Anglo Saxon law are not included in the Continental European legal systems as a rule, which constitutes another important divergence between the two legal systems in this regard.

Keywords: *Technology transfer agreements, penal clause, liquidated damages, punitive compensation*

I. TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ ÖRNEĞİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZA KOŞULU HÜKÜMLERİNİN ANGLO SAKSON VE TÜRK HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Teknoloji Transferi Sözleşmeleri

Teknoloji transferi terimi, patent ve/veya know-how lisanslarının verilmesinden, teknik yardım ve bir takım teknik ekipman teminini içeren daha karmaşık işlemlere kadar çok çeşitli durumları kapsayabilmektedir. Teknoloji transferi sözleşmeleri, bazı durumlarda, geliştirilen bir teknolojinin kullanılmasına veya bazı durumlarda ise söz konusu teknolojinin bir başka ürün ile birleştirilmesine veyahut da söz konusu teknoloji kullanılarak başkaca bir ürünün geliştirilmesine - üretilmesine olanak tanıyan sözleşmelerdir¹. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmeleri,

¹ International Chamber of Commerce, *ICC Model Technology Transfer Contract*, ICC Publication, Paris 2009 s. 9.

teknolojik yeniliklerin üçüncü kişilerin kullanımına olanak tanıyan bir tür lisans sözleşmeleridir². Teknoloji transferi ile bu teknolojiyi ihraç eden bu teknoloji ile iktisadi gelir elde etmekte, teknolojiyi transfer alan ise bu teknolojiden yararlanarak kalkınma sağlamaktadır.

Teknoloji transferi sözleşmeleri, teknoloji transfer edenin, sözleşme konusu hakları kullandırma ve teknik bilgi verme yükümlülüğü, lisansa konu hakkın kullanımının devamlılığını sağlama yükümlülüğü, sözleşme konusu haklardan vazgeçmeme yükümlülüğü, teknik gelişme ve iyileştirmeleri bildirme yükümlülüğü ve lisansa konu hakkın varlığını garanti yükümlülüğü gibi çeşitli yükümlülükleri kapsamakta; öte yandan, transfer alanın yükümlülüklerini ise transfer bedelinin ödenmesi yükümlülüğü, hesap verme yükümlülüğü, teknik gelişmeler ve iyileştirmelerden lisans vereni haberdar etme yükümlülüğü, lisansa konu hakka tecavüzleri lisans verene bildirme ve dava açma yükümlülüğü, reklam yapma yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü gibi çeşitli yükümlülükler oluşturmaktadır³. Nitekim Birleşmiş Milletler Ticaret ve Gelişim Konferansı da yayınlamış olduğu teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin raporda, teknoloji transfer sözleşmelerini, ürün üretimi için lazım gelen sistematik bilginin transferini, bir prosedürün uygulanmasını, bir hizmetin sunulmasını konu alan ve tek başına bir ürünün kiralanması veya satın alınmasını asli edim olarak düzenlemeyen sözleşmeler olarak tanımlamaktadır⁴. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmeleri, özellikle ticari projelere ilişkin fizibilite çalışmalarını, planları, diyagramları, formülleri, basit ve karmaşık mühendislik dizaynlarını, teknik danışmanlık ve eğitim hizmetleri gibi çeşitli teknik hususları konu almaktadır⁵. Bir başka deyişle, teknoloji transferi sözleşmeleri fikri mülkiyet hakları, know-how ve teknolojik tecrübe gibi gayri maddi varlıkların hukuka uygun olarak

² Gülmelihat Doğan, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2020, s. 41.

³ Doğan, s. 91.

⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Transfer of Technology*, Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2023, <https://digitalibrary.un.org/record/453299?ln=en>

⁵ Avni Tiwari, "Transfer of Technology Agreements and Competition Law", *Supremo Amicus*, 2019, Volume 13, 45-50, s. 45.

kullanılmasının hükümlerini düzenleyen sözleşmeleri oluşturmaktadır⁶. Nitekim teknoloji transferini konu alabilecek ilişkiler bakımından WIPO’da model sözleşme örnekleri yayınlamıştır⁷.

Teknoloji transferi sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık rejimi sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflarca düzenlenebilmekte olup; sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda tarafların iade yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılık durumunda tarafların tazminat sorumluluğu gibi konular ayrıntılı hükümlerle ilgili sözleşmelerde düzenlenmektedir. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukuklarında ceza koşulunun geçersiz kabul edilmesi kuralı göz önünde tutularak götürü tazminat hükümleri ile teknoloji transferi sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık durumunda oluşabilecek tazminat sorumluluğunun düzenlenmesi tercih edilirken, Kara Avrupası hukuklarında ceza koşuluna yer verilmesi suretiyle sözleşmeye aykırılığın önüne geçilmesi bilhassa hedeflenmektedir.

B. Teknoloji Transferi Sözleşmesi ve Tarafların Menfaatlerinin Korunmasına Yönelik İhtiyaç

Teknoloji transferi sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesine yönelik karşılıklı, birçok farklı konuya ve kişiye aynı anda temas eden ve çoğu zaman önemli ekonomik meblağlara tekabül eden menfaatleri bulunmaktadır⁸.

⁶ Manuel Guerrero Gaitán, “Licensing as a Central Structure of Technology Transfer Agreements – Joint Venture and Franchising Agreements”, *GRUR International Journal of European and International IP Law*, 2021, Volume 70, Issue 5, 427-439, s. 427.

⁷ WIPO Technology Transfer Agreements, Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2023, <https://www.wipo.int/technology-transfer/en/agreements.html>

⁸ Teknoloji transferi sözleşmelerinde tarafların, bu menfaatlerini korumak için öngördükleri bazı hükümler, tarafların menfaatlerinin ne kadar çeşitli alanlara yayıldığını göstermek bakımından aydınlatıcı olabilir. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmelerinde; transfer edilene teknolojinin kullanımı bağlamında sağlanan münhasır kullanım yetkisine, kimi zaman transfer edilene yüklenen münhasır kullanım zorunluluğuna, transfer edilenin bu teknolojiyi kullanımı için öngörülen coğrafi & zamansal sınırlamalara, transfer edilen teknolojinin teknoloji transferi sözleşmesinin amacı dışında başka bir amaçla kullanılmasının yasaklanmasına, transfer edilen teknolojinin kullanım amacı bağlamında,

Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, bilgisayar yazılımlarının, patenlerin ve benzeri teknoloji transferine konu olan ürünlerin kullanılmasına müsaade edilmesi ve bu kullanımın koşullarının tespit edilmesi, bahsi geçen sözleşmesel ilişkinin odak noktasını oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerde, taraflar (ve özellikle, bu teknolojinin kullanılmasına müsaade eden taraf), bu teknolojinin sözleşme sınırları (örneğin, kullanıma ilişkin coğrafi, zamansal, amaçsal sınırlar, vb.) dışına çıkılacak şekilde kullanılması, transfer edilen teknolojinin değiştirilmesinin, geliştirilmesinin veya çoğaltılmasının yasaklanması, ilgili tarafın ticari sırlarının korunması, ilgili teknolojinin üçüncü kişilere haksız olarak kullanılabilmesi, üçüncü kişilerin anılan teknolojinin kullanımı nedeniyle herhangi bir zarara uğramasının önüne geçilmesi, ilgili teknolojinin kullanımı hususunda ilgili tarafın ülkesindeki yasal düzenlemelere (örneğin; vergi, rekabet, kişisel verilerin korunması, bankacılık, savunma sanayi ve benzeri konulardaki mevzuat) tam bir uyumun sağlanması ve benzeri birçok farklı hususta, korunmaya değer birçok menfaate sahip olmakta, bu tarz ihlalleri fikri mülkiyet hukukunun ve ilgili ulusal hukukun (sözleşmelerin ifasına ilişkin) sınırlı koruma sunan hükümlerinin dışında, sözleşmede açıkça yer vereceği ceza koşulu veya götürü tazminat hükümleri ile daha sıkı bir sözleşmesel rejime bağlamayı tercih etmektedir. Taraflar bakımından bu tercihin başlıca sebepleri; bu tarz ihlaller nedeniyle

transfer edilenin, transfer edenle veya onun iştirakleriyle rekabet etmesinin yasaklanmasına, teknolojinin transfer edilen tarafından kullanım şeklinin transfer eden tarafından denetimine, transfer edilen teknolojinin, transfer edilen dışındaki 3. kişiler tarafından kullanılmasının yasaklanmasına, transfer edilen teknolojinin değiştirilmesinin, geliştirilmesinin veya çoğaltılmasının yasaklanmasına, ilgili tarafın ticari sırlarının korunmasına, transfer edilen teknolojinin kullanılması nedeniyle zarara uğrayabilecek 3. kişilerin zararlarının tazmin edilmesine, ilgili tarafın ülkesinde yürürlükte olan vergi, rekabet, kişisel verilerin korunması, bankacılık, savunma sanayi ve benzeri konulardaki mevzuata aykırı davranışların yasaklanmasına ve bunlar gibi birçok konuya dair hükümlere yer verilebilmektedir. Dikkat edilirse, bu tür hükümlerin ihlal edilmemesine yönelik olarak, teknoloji transferi sözleşmesinin taraflarının (kimi zamanda ilgili tarafın ülkesinin ve diğer bazı 3. kişilerin), büyük önem arz edebilecek ekonomik menfaatleri söz konusu olabilecektir. (Deniz Topçu, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021, s.127, 149; Doğan, s. 91, 106.)

kendilerinin veya üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararın miktarını ortaya koymakta karşılaşılabilecek olası güçlüklerin üstesinden gelmek, fikri mülkiyet hukukunun fikri haklarının korunması bağlamında sağladığı güvenceleri pekiştirmek ve aynı zamanda, sözleşmenin ihlali bakımından caydırıcı bir rejim oluşturmaktır⁹.

Yukarıda da açıklandığı üzere, bu tür sözleşmelerin ifası ve ihlal edilmemesi, taraflar bakımından büyük önem arz edebilmektedir. Buna mukabil, dünyadaki teknolojik gelişmelerin ve bu gelişmeler sayesinde ekonomik hayata kazandırılan ürünlerin -insanlık tarihi dikkate alındığında- görece oldukça yeni gelişmeler ve ürün-ler olması, iş hayatının olağan akışı ve benzeri nedenler, bu tür sözleşmelerin ifasının teminat altına alınması bakımından bazı güçlükler doğurmaktadır. Özellikle, taraflar, menfaatlerinin korunmasını ve zararlarının tazminini talep edebilmek için gerekli olan delillere ulaşma yolunda, anılan teknolojilerin niteliğinden kaynaklanan, teknik, teknolojik, zamansal, coğrafi, ekonomik ve benzeri zorluklar ile karşılaşabilmektedirler. Bu tür durumlarda, ülkelerin usul hukukunda öngörülen geleneksel delil toplama ve sunma yöntemleri çoğu zaman yetersiz kalmakta veya bunların temini için gerekli olan süreler, zorunlu harcamalar ve benzeri olumsuzluklar dikkate alındığında, bu delil toplama yöntemleri pratik olarak faydasız hale gelmektedir. Aynı şekilde taraflar, teknoloji transferi sözleşmelerinin niteliğinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle, fikri mülkiyet hukukunun kendilerine sağladığı hukuki güvenceleri ve bunların içeriğini pekiştirmek istemektedirler. Teknoloji transferi sözleşmelerine taraf olanların, hukuki ve ekonomik menfaatlerini koruma hususunda karşılaştığı bu tür zorluklar ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında sahip oldukları güvenceleri pekiştirme istekleri nazara alındığında, ulusal hukuk sistemlerinin, teknoloji transferi sözleşmelerinde uygulanması gündeme gelen bazı hukuki düzenlemeleri arasındaki farklılıklar, her zamankinden fazla şekilde dikkat çekebilme ve önem arz edebilmektedir. Bu çerçevede ve yukarıdakiler gibi olumsuzlukları bertaraf etme potansiyelleri nedeniyle, ilk akla gelen

⁹ Teknoloji transferi sözleşmeleri taraflarının, menfaatlerini korumak için fikri mülkiyet hukuku bağlamında sahip oldukları hukuki koruma imkânları, bu makalenin konusu dışında kaldığından, bu çalışmamızda anılan hususlarda detaylı değerlendirilmelere yer verilmemiştir.

ulusal hukuk düzenlemeleri de -haklı olarak- ceza koşulu ve götürü tazminat düzenlemeleri olmaktadır

C. Kara Avrupası Hukuku ve Anglo Sakson Hukuku ile Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Konunun Önemi

Yukarıda açıklanan bağlamda, teknolojinin ve internetin gelişimi ile birlikte, özellikle teknoloji transferini konu alan ticari ilişkilerde kullanılan sözleşmelere ilişkin olarak, Kara Avrupası hukuku ile Anglo Sakson hukuku tarafından benimsenen yaklaşımlar arasındaki çatışma, daha da belirgin bir hal almaktadır. Günümüzde hızla gelişen ticari ilişkilerde belirginlik, hakların muhafazası ve ifası konusundaki öngörülebilirlik, globalleşen kâr odaklı ekonomik düzlemde daha da önem kazanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü prensibine dayanan Kara Avrupası hukuk sisteminin, hakların muhafazasını ve ifasını teminen ceza koşulu hususunda benimsediği liberal yaklaşım ile -yine sözleşme özgürlüğü prensibine dayanmasına rağmen- Anglo Sakson hukukunun benimsediği ceza koşulunu yasaklayıcı bakış açısı, bu iki hukuk sistemi arasında yer alan önemli bir yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Anglo Sakson hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine kural olarak Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer verilmiyor olması, iki hukuk sistemi arasında zararların tazmini hususunda önemli bir diğer ayrışmayı oluşturmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları bakımından sözleşmeler hukuku alanı önemli bir odak noktasını oluşturmaktadır. Nitekim sözleşmeler hukukunun belli alanlarında ve hatta genelinde yeknesaklaştırma çalışmaları yakın zaman itibarıyla yoğunluk göstermeye başlamıştır¹⁰. Bu yeknesaklaştırma gayretleri bakımından Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (bundan böyle "CISG" olarak anılacaktır) satım hukuku alanında önemli bir yeknesaklaştırma gayretini ve başarısını temsil etmektedir¹¹. Satım hukuku alanı

¹⁰ Mariana Pargendler, "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, 2018, Volume 43, 144-189, s. 144.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na, 2010/247 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete'de

dışında iflas, teminat ve tahkim hukuku alanlarında da yeknesaklaştırma çalışmaları dikkat çekmektedir¹². Nitekim bu makalemizin kısmen konusunu oluşturan ceza koşulu hakkında da 1973 yılında Ceza Koşulu Hakkında Benelux Konvansiyonu¹³ hazırlanmış ve akabinde 1978 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 20 Ocak 1978 yılında Avrupa Birliği üye devletleri kapsamında ceza koşulu uygulaması bakımından yeknesaklaştırmayı temin etmek maksadıyla karar almış ve bir açıklama notu yayınlamıştır¹⁴. Nitekim bir başka yeknesaklaştırma gayreti olarak Uncitral tarafından 19 Aralık 1983 tarihinde Sözleşmenin İhlal Edilmesi Durumunda Sözleşme ile Kararlaştırılan Ödemeler Hakkında Yeknesak Kurallar yayınlanmıştır¹⁵. Sonrasında milletlerarası antlaşmalara alternatif ve ulusal hukuklarda bağlayıcı etkiye sahip olmayan hukuki düzenlemeler olan Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri de konuya temas eden düzenlemeler getirmiştir¹⁶. CISG Danışma Kurulu'nun 10 numaralı görüşü de CISG'ye

yayımlanmasıyla katılmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr>). Erişim Tarihi: 10.03.2022, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

¹² Uncitral Sınır Aşan İflas Model Kanunu, Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>; Erişim Tarihi: 10.03.2022, Uncitral Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf; Erişim Tarihi: 10.03.2022, Uncitral Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

¹³ Bu konvansiyonu sadece Belçika, Hollanda ve Lüksemburg imza altına almıştır.

¹⁴ Erişim Tarihi 10.03.2022, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505599>.

¹⁵ Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/vol14-p272-273-e.pdf>.

¹⁶ Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler (Unidroit Principles of International Commercial Contracts) madde 7.4.13, Anglo Sakson hukukunda sadece götürü tazminat düzenlemelerinin kabul edilmesi ve ceza koşulu düzenlemelerinin geçersiz kabul edilmesi gerekçesiyle üst kavram olarak "*kararlaştırılan ödeme*" (agreed payment) ifadesini tercih etmiştir. Söz konusu

tabi sözleşmelerde borca aykırılık halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ödeme hususunda aydınlatıcı nitelikte görüşlere yer vermiştir¹⁷. Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından kapsayıcı bir yeknesaklaştırma çalışması bulunmamakla birlikte, Milletlerarası Ticaret Odası'nın bir model teknoloji transferi sözleşmesi taslağı bulunmakta olup ve ayrıca Avrupa Komisyonu'nun çıkardığı Teknoloji Transfer Sözleşmelerine İlişkin 316/2014 sayılı Tüzük bulunmaktadır¹⁸. Diğer taraftan Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'nın Başarılı Teknoloji Lisanslama Kılavuzu olarak ifade edilecek bir yol gösterici metin de bulunmaktadır¹⁹.

Çok uluslu teknoloji şirketleri, genellikle, kullandıkları ticari sözleşmelerini faaliyet gösterdikleri ülkelerin ulusal hukuklarıyla uyumlu hale getirmekle (bir başka anlatımla, o devletlerin özellikle emredici hukuk kurallarını gözetmekle) birlikte, ceza koşulu hükümleri gibi düzenlemeler söz konusu olduğunda, bu şirketler uygulamada bu hususta farklı eğilimler sergilemektedirler. Örneğin; bu şirketler, ceza koşulunun -Anglo Sakson hukukundan farklı olarak- Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kararlaştırılabiliyor olduğunu göz önünde tutmakla birlikte ve buna rağmen, bu konudaki tercihlerini genellikle ilgili sözleşmelerde

bu düzenlemeye göre sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi durumunda belli bir miktarın alacaklının zararından bağımsız olarak ödenmesini taraflar kararlaştırabileceklerdir. Bununla birlikte, kararlaştırılan ödeme, oluşan zarar karşısında aşırı derecede yüksek ise veya diğer mevcut koşullar itibariyle bir indirim tabi tutulması gerekiyor ise, bu indirimin yapılması mümkün olacaktır. Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Nitekim Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (Principles of European Contract Law) madde 9:509'da benzer düzenlemeyi ifade etmiştir. Erişim Tarihi: 10.03.2022, https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_153 Taslak Müşterek Çerçeve Referansları (Draft Common Frame Reference) madde 3:712'de benzer bir ilkeyi dile getirmiştir. Erişim Tarihi: 10.03.2022 https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

¹⁷ CISG Danışma Kurulu 10 Numaralı Görüşü, Erişim Tarihi: 10.03.2022, http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN> Erişim Tarihi: 23.09.2022

¹⁹ Successful Technology Licensing, Erişim Tarihi: 23.09.2022, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf

götürü tazminat hükümlerine yer verilmesinden yana kullanmaktadırlar. Bu tercih de, olası uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın çözümleneceği ülkeye ve uygulanacak hukuka bağlı olarak, bu tür sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda tereddütlere ve tartışmalara yol açmaktadır.

Kompleks ve önemli teknoloji transferi sözleşmeleri bakımından bu farklılıklar, forum shopping²⁰ faaliyeti ile bir başka deyişle, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir başka devlet hukuku; örneğin, Amerika Birleşik Devletleri New York Eyalet hukuku ve yabancı kurumsal tahkimin (örneğin, ICC Tahkim) uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsenmesi ile aşılmaya gayret edilmektedir. Bizler de, Anglo Sakson ve Türk hukuku perspektifinden ceza koşulu ve götürü tazminat kurumlarına bakışı makalemizde kısaca ele almaktayız.

II. KARA AVRUPASI VE ANGLO SAKSON SÖZLEŞMELER HUKUKU ARASINDAKİ TEMEL YAKLAŞIM FARKLILIKLARI

A. Genel Olarak

Yukarıda bahsi geçen yeknesaklaştırma gayretlerine rağmen, Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi arasında, sözleşmeler hukuku cephesindeki temel farklılıkların varlığını günümüzde de devam ettirdiğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Söz konusu bu farklılıkların ortaya çıkmasında tarihsel olaylar, toplumlar arasında var olan sosyal ve ekonomik farklılıklar gibi unsurlar önemli bir rol oynamaktadır²¹. Sözleşmeler hukuku bakımından Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi arasındaki dikkat çekici farklılıklar şu konularda yoğunlaşmaktadır: i) dürüstlük kuralı uygulamasının Kara Avrupası hukuk sisteminde daha güçlü olması²², ii) emredici hukuk

²⁰ Milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların, menfaatlerine en uygun ülke mahkemesini seçmeleri, Anglo-Amerikan hukukunda *forum shopping* olarak adlandırılmaktadır.(Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figenmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım, İstanbul, 2020, 8. Baskı, s. 407.)

²¹ Pargendler, s. 145

²² Her ne kadar Anglo Sakson hukuk sisteminde dürüstlük kuralının

kurallarının Kara Avrupası hukuk sisteminde yoğun bir şekilde var olması, iii) sözleşme hükümlerinin uyarlanmasının ve yorumlanmasının, Kara Av-rupası hukuk sisteminde Anglo Sakson hukuk sistemine nazaran daha liberal şekilde ele alınıyor olması, iv) Kara Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa asli bir hukuki imkan olarak nitelendirilirken, Anglo Sakson hukuk sisteminde tazminat sorumluluğunun asli bir hukuki

kodifikasyonu Kara Avrupası hukuk sistemi kadar yaygın olmasa da söz konusu bu ilkeye atıfta bulunan önemli hukuk metinleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletler düzeyinde satım ve diğer hukuki ilişkiler bakımından geçerli kuralları yeknesaklaştıran Yeknesak Ticaret Yasası (Uniform Commercial Code) önemli bir düzenlemeyi oluşturmaktadır. Yeknesak Ticaret Yasası madde 1-304 taraflara sözleşmelerden doğan borçların ifasında dürüstlük kuralına uygun davranmak yükümlülüğünü yüklemektedir. Erişim Tarihi: 14.03.2022, <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde Yeknesak Ticaret Yasasının uygulanması çerçevesinde verilmiş çeşitli yargı kararlarında da dürüstlük kuralına açıkça atıfta bulunulmuştur. Bu bağlamda, sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebini konu alan bir uyuşmazlıkta, mahkeme, dürüstlük kuralının ilgili tarafça dürüstlük ve adil bir ticari işlemin makul ticari standartlarının gözetilmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir. (KLT Industries, Inc. v. Eaton Corp., 505 F. Supp. 1072 (E.D. Mich. 1981), Erişim Tarihi: 14.03.2022, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/505/1072/1950596/>). Bununla birlikte, dürüstlük kuralı bakımından çok daha dışlayıcı bir tavır sergileyen ve milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde bu katı tutumu bir farklılık olarak takdim eden İngiliz Hukuku da bu katı tutumunu yumuşatmaya başlatmıştır. Nitekim Yam Seng Pte Ltd. v. Int'l Trade Corp. kararında yüksek mahkeme, belirli ve uzun süreli distribütörlük sözleşmeleri bakımından tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinde dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerektiğine temas ederek, İngiliz hukuku bakımından dürüstlük kuralını dışlayan katı yaklaşımını yumuşatmıştır. İngiliz hukuku perspektifinden mahkemelerin genel yaklaşımı, taraflar arasında var olan sözleşmesel ilişkiye mümkün olduğunca az müdahale etme yönündedir. Bu kararda mahkeme, dürüstlük kuralının objektif olarak tespit edilmesi gerektiğini ve bu bağlamda, dürüst ve makul bir kişi tarafından neyin ticari olarak kabul edilemez olduğunun, dürüstlük kuralının içeriğinin tespitinde ve yorumlanmasında önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Erişim Tarihi: 14.03.2022, https://www.translex.org/382600/_/yam-seng-pte-limited-v-international-trade-corporation-limited-01st-february-2013-%5B2013%5D-ewhc-111-/.

imkan olarak nitelendirilmesi²³, v) Kara Avrupası hukuk sisteminde, Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak, sözleşmenin ihlali halinde ceza koşulu ödenmesinin kararlaştırılabilirliği²⁴⁻²⁵, vi) Anglo Sakson hukuk sisteminde, konkordato veya iflas gibi icra ve iflas hukuku kurumlarının sözleşmelere etkisi bakımından daha esnek hükümler öngörülüyor olması, bu iki hukuk sistemi arasında var olan başlıca farklılıkları oluşturmaktadır²⁶²⁷.

²³ Öte taraftan, aynen ifanın, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sıklıkla başvurulmuş bir hukuki imkân olmadığını ifade eden görüşler de mevcuttur (Henrik Lando / Caspar Rose, “On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries”, *International Review of Law and Economics*, December 2004, Volume 24, Issue 4, 473-487, s. 473, 474.).

²⁴ Aristides N. Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *International Review of Law and Economics*, 2003, Volume 22, Issue 4, 381-406, s. 384; Jack Graves, “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, 2013, Volume 29, No: 3, 681-694, s. 681-684; Ignacio Marín García, “Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties”, *European Journal of Legal Studies*, 2012 Volume 5, Issue 1, 98-123, s. 82; Odetola Oluwadamilola, “Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position”, *AFE Babalola The Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2015, Volume:6, Issue: 1, 248-271, s.248; Lucinda Miller, “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, Vol. 53, No. 1, 79-106, s.79.

²⁵ Her ne kadar Anglo Sakson hukukunda ceza koşulu geçersiz kabul edilmekte ise de, sözleşmeye uygulanacak hukuk tahtında ceza koşuluna hükmeden yabancı tahkim mahkemesi kararları Anglo Sakson hukukunda icra edilebilmektedir. (García, s. 100 dpn 113)

²⁶ Pargendler, s. 146.

²⁷ Nitekim iflasta külli tasfiyeye ilişkin olarak, Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sistemi arasındaki farklılıkların giderilerek iflas hukukunun yeknesaklaştırılması gayretleri son zamanlarda yoğunluk kazanmaktadır. Bu şekilde, farklı devletlerde bulunan mal varlığı unsurlarının yeknesak bir hukuki rejimi ile tasfiyeye tabi tutulması amaçlanmaktadır (Gerard McCormack, “Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, Volume 32, No. 2, 325-347, s. 325, 326;)

Yukarıda kısaca temas edilen bu farklılıklar dışında sistematik olarak Kara Avrupası hukuk sisteminde borçlar hukuku genel hükümler ve özel hükümler ayrımı yer alırken, Anglo Sakson hukuk sisteminde borçlar hukuku bir bütün olarak ele alınmaktadır²⁸.

Bu farklılıkların ilk bakışta oluşturduğu izlenim, Kara Avrupası hukuk sistemine nazaran Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşme özgürlüğünün daha geniş ele alınmakta olduğu ve hâkimin sözleşmeye müdahalesinin daha sınırlı olarak gerçekleştiği yönünde olsa da; bu tespitin, bazı yönlerden yanıltıcı tarafları olduğu akla gelebilir.

Böyle bir düşünceyi akla getiren bazı düzenlemelere şu örnekler verilebilir: Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda bir miktar paranın ceza koşulu olarak ödenmesinin kararlaştırılması mümkün değildir²⁹. Aynı şekilde; benzer bir durumda, aynen ifayı talep hakkı da, ancak tazminatın yeterli ve adil olmadığı hallerde devreye giren -istisnai- bir hukuki imkânı oluşturmaktadır. Oysa Kara Avrupası hukuk sisteminde, aynen ifayı talep hakkı temel prensiptir. Anglo Sakson hukuk sisteminde ise zararın tazmini kural olarak öncelikli

Erişim Tarihi: 16.02.2022, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

²⁸ Pargendler, s. 153

²⁹ Yukarıda bahsi geçen bu farklılıklara rağmen, Anglo Sakson hukuku ile hukuk sistemimizde yer alan birtakım hukuki kavramlar bakımından, ortak bir amacın güdüldüğü istisnai düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda, hukuk sistemimizde yer alan medeni ceza kurumu ile Anglo Sakson hukuk sisteminde yer alan cezalandırıcı tazminatın (punitive damages) benzer bir amaç güttüğü söylenebilir. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 68’de ele alınan, esere ilişkin olarak mali haklara tecavüz halinde eser sahibinin “...sözleşme yapılmış halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.” hükmü hukukumuzda yer alan ve özel hukuk sahasına müdahaleci bir yapısı olan hükümlerin önemli bir örneğini oluşturmaktadır. Zira bu düzenleme, zararı aşan bir miktarın, ihlalde bulunan tarafından hakkı ihlal edilen kişiye ödenmesine imkân tanıyan istisnai bir hükümdür. Bu bağlamda, bu hüküm, tazminatın zarar görenin zararını karşılaması prensibinden ayrılmakta ve zarar görene, zararını aşan bir miktarı talep etme imkânı tanımaktadır.

ilkedir³⁰. Kara Avrupası hukuk sisteminde ifayı talep hakkı, alacaklının sahip olduğu temel haktır ve “*pacta sunt servanda*” prensibinin de bir yan-sımasını oluşturmaktadır³¹. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere Anglo

³⁰ Ingeborg Schwenzer / Pascal Hachem/ Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 1st Edition, 2012, s. 563-566; Stefan Kröll / Loukas Mistelis / Pilar Viscasillas Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck, München, 1st Edition, 2011, s. 372, 687; Peter Schlechtriem, / Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford: 3rd Edition, 2010, s. 483; Martin Davies / David V. Snyder, *International Transactions in Goods, Global Sales in Comparative Context*, (Oxford University Press, New York: 1st Edition, 2014, s. 404; Ulrich Magnus, “The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law – Best of All Worlds?”, *Journal of Civil Law Studies*, 2010, Volume 3, Issue 1, 67-97, s.76; Ece Baş, “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan Volume 8, 623-655, s. 623,624; Lachmi Singh / Benjamin Leisinger, “A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge”, *Pace International Law Review*, 2008, Volume 20, 161-189, s. 172; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn: 3rd Edition, 2008, s. 109; Peter Huber / Alastair Mullis, *The CISG A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Resenbourg: 1st Edition, 2007, s.186; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlalinde Alıcının Hakları*, Yetkin Yayınları , Ankara, 1. Baskı, 2013, s. 110; Pargendler, s. 146.

³¹ Pacta Sunt Servanda ilkesine göre taahhütler bağlayıcıdır. Söz konusu bu ilke kişilerin taahhütlerini yerine getirmesini ahlaki bir yükümlülüğün gereği olarak algılamaktadır. Bu nedenle, pacta sunt servanda ilkesi sadece temel bir hukuksal norm değildir, aynı derecede etik bir ilkedir, yani bir ahlaki yükümlülüğü de temsil etmektedir. Öte taraftan Anglo Sakson hukukunda ve özellikle Amerikan hukukunda, sözleşmenin kurulmasına imkân veren tarafın taahhütlerine ahlaki bir açıdan yaklaşılmasından ziyade, taraf taahhütleri tamamen hukuki açıdan ele alınmakta ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın, tazminat ödeme yükümlülüğünü göze almak suretiyle, taahhüdünü yerine getirip getirmemekte özgür olduğu ifade edilmektedir (Richard Hyland, “Pacta Sunt Servanda: A Mediation”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1994, Volume 34, 405-433, s.406, 429, 430). Nitekim, Anglo Sakson hukukunda sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesinin, yani sözleşmenin ihlal

Sakson hukuk sisteminde ifayı talep hakkı, tazminatın yeterli ve adil olmadığı hallerde devreye giren istisnai bir hukuki imkândır³²³³.

Yukarıda örnek olarak sunulan bazı karşılaştırmalar, Anglo Sakson hukuk sisteminin sözleşme özgürlüğü bağlamındaki liberal yaklaşımı hakkında soru işaretleri yaratsa da, Kara Avrupası hukuk sisteminde genel işlem koşulları ile sözleşmenin içerik denetiminin yapılabiliyor olması gibi, temel bazı konulardaki kısıtlayıcı ve emredici hükümler, Kara Avrupası hukuk sisteminin Anglo Sakson hukuk sistemine göre özünde daha müdahaleci bir yapısı olduğunu ortaya koymaktadır³⁴.

Öte taraftan, örneğin Türk Borçlar Kanunu (bundan böyle “TBK” olarak anılacaktır) madde 115’te yer alan, borçlunun ağır kusurundan

edilmesinin tazminat sorumluluğuna sebep olduğu ve bunun ötesinde bir analiz yapılmasına ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir (Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 1987, Volume 10, No:8, 457-478, s. 5.) Bu durum itibariyle, pacta sunt servanda ilkesinin Anglo Sakson hukuku perspektifi itibariyle salt hukuki bakış açısı ile ele alınıp analiz edildiğini beyan etmek yanıltıcı bir ifade olmayacaktır.

³² Theodore Eisenberg / Geoffrey P. Miller, “Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2015 Volume 12, Issue 1, 29-69, s. 29; Magnus, s. 76; Schwenzer/Hachem/Kee, s. 566; Schlechtriem/Schwenzer, s. 483; Davies/Snyder, s. 399,400,404; Pargendler, s. 167.

³³ Tazminatın yeterli olmaması, özellikle koşullar itibariyle tazminat miktarının ortaya konulmasının oldukça güç olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır (Eisenberg / Miller, s. 33). Örneğin, teknoloji sektöründe yatırım yapan bir girişim sermayesi kurumunun, ürün ve iş geliştirmemiş bir kişinin girişimine nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak yatırım yapmak borcu üstlendiği bir ihtimalde, girişim sermayesinin üstlenmiş olduğu bu edimi yerine getirmediği takdirde, bu ihlalin ortaya çıkaracağı zararı tespit etmek kolay olmayacaktır.

³⁴ Örneğin, İsviçre Haksız Rekabet Federal Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) madde 8 ve Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) madde 305-310 hükümleri genel işlem koşullarına ilişkin detaylı düzenlemeler öngörmektedir. Bu düzenlemelerin odak noktasını, genel işlem koşulları tahtında, tüketici sözleşmelerinin içerik denetimi oluşturmaktadır. Bu iki hukuk düzenlemesiyle karşılaştırıldığında; Türk Borçlar Kanunu madde 20-27 hükümleri, genel işlem koşulları bakımından, içerik denetimini tüketici sözleşmeleri ile sınırlandırmamaktadır.

sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmelerin kesin hükümsüz olması, TBK madde 145 uyarınca takas hakkından önceden feragat edilmesinin mümkün olmaması veya TBK madde 160 uyarınca zamaşımı savunmasından önceden feragat edilmesinin mümkün olmaması gibi hükümler, Kara Avrupası hukuk sisteminin taraflar arasında var olan sözleşmesel ilişkinin sınırlarını belirlemek konusundaki müdahaleci yaklaşımının bazı örneklerini oluşturmaktadır.

Özetle, Anglo Sakson hukuk sisteminde sözleşmeler hukukuna yaklaşım çok daha liberal iken, Kara Avrupası hukuk sisteminin eğilimi, emredici hukuk kuralları ile sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması yönündedir³⁵. Bununla birlikte, her ne kadar bahsi geçen iki hukuk sisteminde farklılıklar bulunsa da, her iki hukuk sisteminin de sözleşmeler hukuku çerçevesinde pacta sunt servanda ve sözleşme özgürlüğü prensiplerine dayanmakta olduğunu ifade etmekte yarar bulunmaktadır³⁶.

Yukarıda bahsi geçen bu farklılıklar, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler düzleminde de kendini göstermekte, ceza koşulu ve götürü tazminat konularına iki farklı hukuk sisteminin bakış açısı özellikle sözleşme müzakerelerinde önemli bir odak noktasını oluşturmaktadır.

³⁵ Pargendler, s. 147

³⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 4 Şubat 2021 tarihli 2020/6904 esas 2021/921 karar nolu kararında ceza koşulu miktarının indirimi meselesinde pacta sunt servanda ilkesine temas etmiş ve “*Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde Vefa- Pacta Sunt Servanda) yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu kurala göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet edilmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartlarının sözleşmenin tümü, birlikte yorumlanarak değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunundaki genel kural; tarafların bu sözleşme ile gerçek ve ortak amacın varlığını ortaya koyabilecek şekilde bir düzenleme ve yorum, tüm sözleşmede belirlenen amaç da gözönüne alınarak yapılmalıdır.*” görüşü ile pacta sunt servanda ilkesine açıkça temas etmiştir. (Erişim Tarihi: 11 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2020-6904-k-2021-921-t-04-02-2021/4048677/>). Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 3 Nisan 2019 tarihli esas 2017/5855 karar 2019/2884 nolu ceza koşuluna ilişkin bir başka kararında da pacta sunt servanda ilkesine ilişkin olarak aynı açıklamaya yer vermiştir. (Erişim Tarihi: 11 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2017-5855-k-2019-2884-t-03-04-2019/3581844/>)

B. Ceza Koşulu ve Götürü Tazminatına İlişkin Olarak Anglo Sakson Hukuku ve Hukuk Sistemimiz Arasındaki Yaklaşım Farklılığının Teknoloji Transferini Konu Alan Sözleşmeler Bakımından Taşıdığı Önem

Anglo Sakson hukuk sistemi ile bizim hukuk sistemimiz arasında, teknoloji transferini konu alan sözleşmelerin müzakereleri çerçevesinde, özümsemesi zor konulardan bir tanesini, Anglo Sakson hukuk sisteminin ceza koşuluna müsaade etmemesi prensibi oluşturmaktadır. Bizim hukuk sistemimiz, Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak, ceza koşuluna müsaade etmektedir. Sözleşme müzakereleri aşamasında, sözleşmenin taraflarının bu bakış açısı farklılığını anlamlandırması ve sözleşmeye yansıtması kimi zaman zorluklar yaratmaktadır.

Taraflar bir sözleşme ilişkisi kurarken sözleşmenin ihlali durumunda ihlal neticesinde oluşacak zararların ispatına ilişkin olarak, olası bir yargılamada güçlükler oluşabileceğine dair tedirginlikler taşımaktadırlar. İşte bu noktada, taraflar cephesinde var olan bu tür hassasiyetleri gidermek noktasında başvurulmuş ve sözleşmede yer verilen başlıca iki kurum, ceza koşulu ve götürü tazminat düzenlemeleridir.

Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, lisansa konu hakkın sahipleri ilgili sözleşmelere aykırılığın tabi olduğu sözleşmesel rejim bakımından öngörülebilirlik ve caydırıcılığı esas almakta ve aşına oldukları hukuk sisteminin bakış açısını sözleşme müzakerelerine yansıtmakta ve hatta kimi zaman karşı tarafa bu anlayışı ve yaklaşımı dayatmaya gayret etmektedirler. Bu durum da, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farkların ortaya konulması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Nitekim teknoloji transferini konu alan sözleşmeler tahtında sözleşme konusu hakkı kullandırma ve teknik bilgi verme yükümlülüğü, söz konusu hakkın varlığını ve devamlılığının taahhüdü, transfer bedelinin ödenmesi, sır saklama yükümlülüğü ve teknik gelişmeler ve iyileştirilmelerin bildirilmesi, üçüncü kişilerin tecavüzlerinin bildirilmesi ve söz konusu tecavüzlere karşı hukuki himaye tedbirlerine başvurulması gibi yükümlülükler riayet bilhassa ceza koşulu veya götürü tazminat düzenlemelerine konu edinmektedir.

III. ANGLO SAKSON HUKUKU VE HUKUK SİSTEMİMİZDE CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. Hukuk Sistemimizde Ceza Koşulu

Ceza koşulu (stipulatio poenae) düzenlemeleri Kara Avrupası hukukunda Roma hukuku döneminden itibaren varlığını sürdürmekte ve muhafaza edilmektedir³⁷. Ceza koşulu Roma hukukunda bir borç kaynağı olan stipulatio ile kararlaştırılmakta ve böylece bir miktar cezanın para olarak ödenmesi Roma hukukunda da var olan bir hukuki düzenlemeyi oluşturmaktadır³⁸. Öte taraftan, Roma hukukunda, belli miktar paranın ödemesi yerine, kararlaştırılan edimin birkaç katının ceza olarak ifa edilmesinin sıklıkla kararlaştırıldığı ifade edilmektedir³⁹. Roma hukukunda ceza koşulunun iki işlevi bulunmakta idi. Ceza koşulunun en önemli işlevi, alacaklıyı meydana gelen zararın ispatından kurtarma işlevi idi⁴⁰. İlerleyen dönemlerde Roma hukukunda ceza koşulunun borçlu üzerinde bir baskı aracı olma özelliğini barındırdığı ve tazmin işlevi üstlendiği de kaydedilmektedir⁴¹.

Günümüzde de ceza koşulunun bu iki işleve hizmet ettiğini ifade etmek yanlış bir tespiti oluşturmayacaktır. Ceza koşulu, özellikle borçlu üzerinde borcunu ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturmakta ve borçlunun borcunu ifa etmemesini güçleştirmektedir⁴². Öte taraftan, götürü

³⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press Oxford: 1st Edition, 1996, s. 95; Sevgi Kayak, "Roma Hukukunda Ceza Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası", 2006, Cilt LXIV, Sayı 1, 237-258, s. 238-240; Raluca Antoanetta Tomescu, "Tort Liability. Damages and Penalty Clause", *Perspectives of Law and Public Administration*, 2018, Vol. 7 No. 2, 254-259, s. 254-256; García, s. 85; Hatzis, s. 399.

³⁸ Roger Halson, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford University Press, Oxford, 1st Edition, 2018, s. 1.06; Kayak, s. 239, 240.

³⁹ Halson, s. 1.06.

⁴⁰ Nilgün Dinçer Araz, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2018, s. 103; Hatzis, s. 399.

⁴¹ Araz, s. 107-110; Hatzis, s. 399.

⁴² Erol Cansel / Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu" *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan, 2013, Volume 8, 713-733, s. 715; Seda Öktem Çevik, "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", *Prof. Dr. İsmet Sunğurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III*, 26-27 Mayıs

tazminatta öncelikli amaç zararın tazminidir. Bir başka anlatımla, götürü tazminat alacaklının zararının giderilmesi yönünde bir temel amaca hizmet ederken; ceza koşulunun birincil amacı borçlunun borca aykırı davranmasını önlemektir⁴³. Nitekim geçmişten günümüze kadar geçen bu süre zarfında, bu bakış açısı bakımından herhangi bir değişim yaşanmadığı söylenebilir.

Ceza koşulu sözleşmenin bir tarafının menfaatine hizmet ederken, götürü tazminat düzenlemeleri sözleşmenin her iki tarafının da menfaatine hizmet etmektedir. TBK madde 179/f.3'te "*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*" düzenlemesi ile ifade bulan dönme cezası bakımından ise, menfaati korunan taraf borçludur. Zira borçlu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Bu bağlamda, ceza koşulunun her hâlükârda borcun ifası konusunda mutlak bir baskı unsuru oluşturduğunu ifade etmek, dönme cezasının kararlaştırıldığı durumları kapsamaması nedeniyle, isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Ceza koşulu, götürü tazminat hükümlerinden farklı olarak, TBK madde 177-182 arasında ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Bu hükümler kural olarak emredici niteliğe sahip hükümler niteliğini taşımamaktadır. Bununla birlikte, kararlaştırılan ceza miktarının indirilmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanıyan TBK madde 182/f.3 düzenlemesi emredici nitelikte bir hükümdür.

2012, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, 97,112, s. 97; Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi Türk Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003, C. LXI, S. 1-2, 357-414, s. 383; Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 2, 159-186, s.167; Zeynep Damla Taşkın, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerine Etkisi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, Cilt 26, Sayı 2, 1305-1348, s.1307; Bahar Öcal Apaydın / Nurten İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S. 1, 220-260, s.234.

⁴³ Apaydın / Akman, s. 234; Cansel / Özel, s. 715; Çevik, s. 98; Taşkın, s. 1307; Yıldırım, s. 37.

Ceza koşulu, asıl borç olarak nitelendirilen bir borcun, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı ifa etmekle yükümlü olduğu, alacaklının doğacak muhtemel zararlarını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlaya, muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan ekonomik bir değer taşıyan edim borcudur⁴⁴. Hukuk sistemimiz itibariyle ceza koşulu, borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi veya kararlaştırılan belli bir zaman ya da belli bir yerde yerine getirilmemesi durumlarında, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olan asıl borca bağımlı nitelikte bir edim niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu, her ne kadar uygulamada genellikle bir miktar paranın ödenmesi olarak kararlaştırılıyor olsa da bu zorunlu değildir. Ekonomik değeri olmak koşuluyla, bir verme borcu, yapma borcu veya kaçınma ya da katlanma borcu da ceza koşulu olarak belirlenebilir⁴⁶. Ceza koşulu borçlunun borcunu ifa etmemesi olasılığına ilişkin olarak caydırıcı bir etki taşımakta ve alacaklının alacağına ifa edileceğine ilişkin beklentisini güçlendirmektedir. Bu bağlamda, ceza koşulu ile borçluya bir baskı uygulanmakta ve borçlu, borca aykırı davranması halinde tazminat yükümlülüğünü aşan ve kendi üzerinde cezai etki oluşturan bir edimle yüzleşme ihtimaliyle karşılaşmaktadır.

Bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, TBK madde179/f.3'te yer alan dönme cezası borçlunun borcunu ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturmamakta, bilakis ilgisine söz konusu borç ilişkisini sona erdirmesi imkânı tanımaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere; kanaatimizce dönme cezasının borçluyu da koruyucu bir yapı olduğu dikkate alındığında, teknik olarak ceza koşulu olarak nitelendirilmesi isabetli bir yaklaşımı oluşturmayabilir. Zira dönme cezasının, borçlunun borcunu ifa etmesi hususunda bir baskı oluşturma özelliği bulunmamaktadır.

Ceza koşulunun en önemli fonksiyonu, alacaklıyı, borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi veya kararlaştırılan belli bir zaman ya da belli bir yerde yerine getirilmemesi durumunda oluşan zararı ispat

⁴⁴ Burcu Yağcıoğlu, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2022, s. 23; Hüseyin Can Aksoy, "Ceza Koşulunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S.2, 999-1018, s. 1000; Cansel / Çağlar, s. 714.

⁴⁵ Cansel / Özel, s. 715; Tekelioğlu, s. 165.

⁴⁶ Aksoy, s. 1; Tekelioğlu, s. 167.

etme yükümlülüğünden kurtarmasıdır⁴⁷. Türk hukukunda kimi yazarlar⁴⁸, cezanın, borçlunun kusuru ile sözleşmeye aykırı hareket ettiği durumlarda talep edilebileceğini kabul ederken, kimi yazarlar ise ceza koşulunun ifasının borçlunun kusurunu gerektirmediğini savunmaktadır⁴⁹. Ceza koşulu olarak kararlaştırılan miktarı aşan bir zararın tazmininin talep edilebilmesi için, TBK madde 180/f.2 uyarınca ceza koşulu alacaklısının, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, bu düzenleme bir yönü ile ispat yükü kuralını ortaya koymaktadır⁵⁰.

Ceza koşulu, hukuki niteliği itibariyle, borca aykırı davranışın ortaya çıkması geciktirici koşuluna bağlı bir edim borcudur. Yukarıda ifade

⁴⁷ İspat yükü kendi üzerinde olan taraf iddiasını ispat edecek delilleri ileri sürmez veya ileri sürdüğü delillerle hâkimi inandırma faaliyetinde başarılı olmazsa, artık bir ispatsızlık halinden bahsetmek gerekecektir. Bu durumda hâkim, ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verecektir (Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, 2021, s.480; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021, s. 3562; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021, s. 859; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2020, s. 615.

⁴⁸ Kemalettin Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 16. Baskı, 2021 s. 550; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara: 25. Baskı, 2021, s. 1003 Selahattin Sulhi Tekinay / Haluk Burcuoğlu / Sermet Akman / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 6. Baskı, 1988, s. 348; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 18. Baskı, 2021, s. 532; Cevdet İlhan Günay, *Cezai Şart* Turhan Kitapevi, Ankara, 1. Baskı, 2001, s. 29; Necip Bilge, *Cezai Şart*, Güzel Matbaası, Ankara, 1. Baskı, 1957, s.108; Kenan Tunçomağ, *Cezai Şart*, Baha Matbaası, İstanbul, 1. Baskı, 1963, s.101; Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2015, s. 22; Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu*, (Sözleşme Cezası), Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s. 233; Zafer Kahraman, *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Baskı, 2017, s. 83; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, *Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 58; Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2015, s. 278.

⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 26. Baskı, 2021, s. 1211; Tuba Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2015, s. 150; Cansel / Özel, s. 726.

⁵⁰ Tunçomağ, s. 124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Kılıçoğlu, s. 813-814; Günay, s. 163; Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, s. 346-347.

edildiği üzere, ceza koşulu fer'i nitelik taşımaktadır⁵¹. Nitekim TBK madde 182/f.2 uyarınca, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz hale gelir ise, ceza koşulu da geçersiz kabul edilecektir. Bununla birlikte, sözleşmede öngörülen koşul gerçekleştiği anda ceza koşulu olarak öngörülen edim muaccel olmakta ve asıl borçtan bağımsız bir borca dönüşmektedir.

Öte taraftan, ceza koşulunun geçersiz olması, bizleri, bu geçersizlik sebebinin asıl borca sirayeti söz konusu olmadığı müddetçe, asıl borcun geçersizliği sonucuna götürmemektedir. Ceza koşulu, taraflarca asıl sözleşme ile birlikte kararlaştırılabileceği gibi, asıl sözleşmenin kurulmasından sonra da kararlaştırılabilir. Bu bağlamda, asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise ceza koşulu anlaşmasının da bu şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁵². Bununla birlikte, TBK'da konu itibarıyla ceza koşulu kararlaştırılmasına imkân tanınmayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, TBK madde 346 uyarınca konut ve çatılı işyerlerinin kiralanmasına ilişkin hukuki ilişkiler bakımından ceza koşulu kararlaştırılması mümkün olmadığı gibi, TBK madde 420 uyarınca hizmet sözleşmeleri bakımından da işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmasına müsaade edilmemiştir⁵³. Bu

⁵¹ Apaydın / Akman, s. 233; Tekelioğlu, s. 166.

⁵² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 24 Mayıs 2016 tarihli esas 2015/17632 karar 2016/9261 nolu kararında “Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Asıl borç, mevcut ve geçerli ise, cezai şart da borç doğurur. Asıl borç sona ermiş ya da geçersiz doğmuşsa, cezai şart bağımsız bir borç oluşturamaz. **Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir.** Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır. Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder.” ifadesiyle asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise ceza koşulu anlaşmasının da bu şekle uygun olarak yapılması gerektiğini teyit etmiştir. (Erişim Tarihi: 14 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-19-hd-e-2015-17632-k-2016-9261-t-24-05-2016/2502725/>.)

⁵³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 1 Haziran 2015 tarihli esas 2014/8596 karar 2015/19057 nolu kararında “Somut olayda davacı davalıya ait tıp merkezinde 20.06.2012-02.11.2012 arasında kadın doğum doktoru olarak çalışmıştır. 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki düzenleme karşısında, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut 18.06.2012 tarihli bir yıllık doktor sözleşmesinin 4. maddesinde “ücret çalışılan ayı takip eden ayın ilk haftası ödenir, hekime çalıştığı her ay için 16.000 TL ödenir, gecikmelerden dolayı sözleşme akdinin feshi halinde sözleşmenin toplam bedeli 192.000 TL hekime ödenir.”

tarz emredici kurallar bir kenara bırakılacak olursa, her türlü sözleşmede herhangi bir edimle ilgili olarak ceza koşulu kararlaştırılması hukuk sistemimiz tahtında -Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak- mümkün bulunmaktadır. Bu bağlamda, Türk hukuk sisteminde, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da, cezai koşul kararlaştırılması noktasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Teknoloji transferi sözleşmeleri, konusunu oluşturan teknolojinin kullanımı, bu hakkın üçüncü kişilere devri ve gizlilik konularında oldukça katı düzenlemeler öngörmekte ve söz konusu bu düzenlemelere aykırılıklar caydırıcı olması maksadıyla oldukça yüksek tutarlar içeren ceza koşulları ile katı düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Ayrıca, teknoloji transferi sözleşmelerinde projelerin belli aşamalarının, belli zaman dilimleri içerisinde tamamlanmasını temin etmek maksadıyla, katı ceza koşullarına tabi kılınması da sıklıkla karşılaşılan bir durumu oluşturmaktadır. Bu şekilde, teknoloji transferini konu alan sözleşmelerin ihlalinde ortaya çıkabilecek zararın miktarının ispatlanması bakımından gündeme gelebilecek olası güçlükler de ceza koşulu düzenlemeleri ile aşılmaya gayret edilmektedir. Bununla birlikte, bu yaklaşım, Anglo Sakson hukukunun ceza koşuluna müsaade etmemesi gerçeği karşısında sözleşme müzakereleri aşamasında üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir konuyu oluşturmaktadır.

B. Hukuk Sistemimizde Götürü Tazminat

Taraflar, bir sözleşme kurarken, bu sözleşmeden doğan borçların ifa edileceği beklentisi ve niyeti ile bir hukuki ilişkiyi tesis etmektedirler. Bununla birlikte, tarafların sözleşmeye aykırılığının söz konusu olduğu; bu bağlamda, sözleşmenin hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmediği durumlar ile de karşılaşılmaktadır.

düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durumda söz konusu sözleşme ile ücretin geç ödemesi ya da ödenmemesi halinde iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda işçi lehine cezai şart kararlaştırılmıştır. Dosya kapsamından belirsiz süreli iş sözleşmesi işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğinden davacının sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartı talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemece cezai şart talebi kabul edilmelidir, ancak bu alacaktan Borçlar Kanunu 182/son maddesi gereği davacının cezai şart alacağı hesaplanırken sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken süreler de dikkate alınmak suretiyle uygun bir indirim yapılmalıdır.” ifadesiyle işçi aleyhine ceza şart kararlaştırılmayacağını ortaya koymuştur. (Erişim Tarihi: 14 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2014-8596-k-2015-19057-t-01-06-2015/2415465/>.)

Türk Borçlar Kanunu madde 26 “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” düzenlemesini öngörmektedir. Söz konusu bu düzenleme, özel hukuk sistemimizin önemli bir esasını oluşturmakta ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 24’te yer alan tasarruf ilkesi de özü itibarıyla bu prensibinin medeni usul hukuku sahasında yer alan önemli bir yansımasını oluşturmaktadır⁵⁴. Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilmektedirler⁵⁵. Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar, sözleşmenin ihlali durumunda borçlunun ödemesi gerekecek ve alacaklının muhtemel zararlarını karşılayacak tazminatı da aralarındaki sözleşmede önceden kararlaştırabilmektedirler⁵⁶. Bir başka anlatımla, taraflar, sözleşmelerinde sözleşmenin ihlali durumunda yerine getirilecek edim olarak götürü tazminatı önceden belirleyebilmekte ve tazminat miktarı üzerinde mutabık kalabilmektedirler. Böylelikle taraflar, sözleşmenin ihlalinde oluşabilecek zararın miktarının belirlenmesi ve ispat edilmesi bakımından ortaya çıkabilecek olası güçlükleri, sözleşmenin kuruluşu aşamasında asgariye indirmekte ve bu hususta oluşabilecek olası bir uyuşmazlığın doğumuna engel olmaktadır.

Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği tüm yükümlülüklerle ilişkin olabileceği gibi, bu borç ilişkisinde yer alan belirli yükümlülüklerle veya sadece tek bir yükümlülüğe ilişkin de olabilir. Sözleşmeden doğan bu borç ilişkisinde yer alan yükümlülüğün ihlali durumunda, alacaklı, kural olarak sadece götürü tazminat

⁵⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 24:

“(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.”

⁵⁵ Hatice Kübra Erçoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 2, 709-737, s.709; Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228, s.196.

⁵⁶ Börü, s. 197; Tekelioğlu, s. 175.

ediminin ifa edilmesini talep edebilirken, borçlu da kural olarak yalnızca götürü tazminat edimini alacaklıya ifa etmekle yükümlü olmaktadır. Doktrinde baskın görüş, götürü tazminat düzenlemelerinin kendine özgü (sui generis) nitelikte bir anlaşma olduğunu ifade etmektedir⁵⁷. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda, ceza koşulunun aksine götürü tazminatı düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır^{58,59}.

Tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi, götürü tazminat ile asıl borç ilişkisi arasında bir fer'ilik ilişkisi bulunmakta olup götürü tazminatın doğumu, devamı ve sona ermesi asıl borcun doğumuna, devamına ve sona ermesine bağlıdır⁶⁰. Götürü tazminatın ortaya çıkabilmesi, asıl

⁵⁷ Berk Kapanıcı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, 655-684, s.656; Börü, s. 203; Apaydın / Akman, s. 224; Uzun, s.68.

⁵⁸ Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta bağlayıcı etkiye sahip olmayan hukuki düzenlemeler olan Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri konuyla ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler madde 7.4.13/1 "Sözleşmede borcunu ifa etmeyen tarafın ihlale uğrayan tarafa söz konusu ifa etmeme için belirli bir miktar ödemeyi kararlaştırmış olması durumunda, ihlale uğrayan taraf güncel bir zararının oluşup oluşmamasından bağımsız olarak kararlaştırılan miktarı talep edebilir." (Erişim Tarihi: 15 Mart 2022, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.)

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri madde 9:509/1 "Sözleşmede borcunu ifa etmeyen tarafın ihlale uğrayan tarafa söz konusu ifa etmeme için belirli bir miktar ödemeyi kararlaştırmış olması durumunda, ihlale uğrayan tarafa güncel bir kaybının oluşup oluşmamasından bağımsız olarak kararlaştırılan miktar ödenir." (Erişim Tarihi: 15 Mart 2022 <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/9.509.html>.)

⁵⁹ Doktrinde bir görüş götürü tazminat ile ifade edilen müessesenin, ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini oluşturduğunu savuna gelmektedir. Suat Sarı, "Götürü Tazminat" Kavramı Üzerine", *Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2011, 299-304, s. 303.

⁶⁰ Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, 97-124, s. 100; Erişim Tarihi: 15 Mart 2022, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf. Börü, s. 204; Tekelioğlu, s. 176.

sözleşmenin ihlal edilmesi geciktirici şartına bağlıdır⁶¹. Alacaklı asıl sözleşme ihlal edilene kadar götürü tazminatın ödenmesi hususunda herhangi bir hak ileri süremez; sadece bu konuda bir beklenen hakkı oluşmaktadır. Asıl borç ilişkisinin ihlal edilmesi neticesinde, götürü tazminat ödeme borcu doğarak muaccel olmakta ve asıl borçtan bağımsız bir nitelik kazanmaktadır⁶².

Götürü tazminatın asli amacı, borcunu yerine getirmesi hususunda borçlu üzerinde bir baskı oluşturmak değil, olası bir sözleşme ihlalinde tazminat sorumluluğunun miktarının ortaya konulması ve ispat edilmesindeki güçlükleri bertaraf etmektir. Örneğin, bir teknoloji girişim sermayesi kurumunun, henüz bir ürün ve iş geliştirmemiş bir kişinin girişimine yönelik nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak yatırım yapma borcu üstlendiği bir ihtimalde, girişim sermayesinin üstlenmiş olduğu bu edimi yerine getirmemesi halinde, bu ihlalin ortaya çıkaracağı zararın varlığını ve miktarını ortaya koymak kolay bir mesele oluşturmayacaktır. Bir başka anlatımla, bu nakdi sermaye taahhüdü yerine getirilmiş olsaydı, bu girişim sermayesinin başarılı olup olmayacağı belirsiz bir husus olup böyle bir ihtimalde zararın miktarını ortaya koymak da kolay bir mesele değildir. İşte götürü tazminat hükümleri, bu sorunun olası olumsuz etkilerini en aza indirmekte, borçlu götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat borcundan kurtulmakta ve müstakbel bir yargılamada tahkikat hızlı ve seri bir şekilde ilerleyebilmektedir.

Bu bağlamda, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, Anglo Sakson hukukunun sözleşmelerde ceza koşuluna müsaade etmediği gerçeği ve teknoloji ihraç eden şirketlerin önemli bir kısmının silikon vadisinde yerleşik olduğu (bu nedenle gerek sözleşme müzakeresi gerekse uyuşmazlık aşamasında Amerika Birleşik Devletleri'nin konuyla irtibat içerisinde olan bir eyalet hukuku düzenlemelerinin gündeme gelebileceği) göz önünde tutulduğunda, teknoloji transferi sözleşmelerinde götürü tazminat hükümleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu nedenle de, Anglo Sakson hukuk ekolü perspektifinden ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki ayrıma hâkim olunması ihtiyacı doğmaktadır.

⁶¹ Börü, s. 207; Erdem, s. 101; Kapancı, s. 665.

⁶² Apaydın / Akman, s. 225.

Teknoloji transferi sözleşmeleri düzleminde götürü tazminatın tercih edilmesinin en önemli nedeni, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ve hızla gelişen teknoloji sektöründe öngörülebilirliğe olan ihtiyaçtır. Bu çerçevede, tarafların, götürü tazminat sorumluluğunu sözleşmenin kuruluş aşaması itibariyle öngördükleri zararlarla sınırlandırması isabetli bir yaklaşım oluşturmaktadır⁶³. Nitekim milletlerarası satım hukukunu yeknesaklaştırma gayretleri bakımından önemli bir düzenlemeyi oluşturan CISG kapsamında da, tazmin edilebilir olması için, zarar miktarının, sözleşmenin kurulması anında sözleşme ihlalinin muhtemel bir sonucu olarak öngörülebilir olması ilkesi tazmin edilecek zararları sınırlandıran bir mekanizma olarak öngörülmüştür^{64,65}.

⁶³ Apaydın / Akman, s.226.

⁶⁴ Sözleşmenin ihlalinde tazminat sorumluluğunun, bir başka anlatımla tazmini talep edilebilecek zararın sınırlandırılması bakımından iç hukuk sistemlerinde farklı mekanizmalar öngörülmüştür. Bu bağlamda, öngörülebilirlik ("foreseeability"), nedensellik ("causation"), kusur ("fault"), ispat ölçüsü bakımından zararın kesinliği ("certainty of damages") talep edilecek zararın sınırlandırılması ile ilgili olarak, ulusal hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılan mekanizmalardır (Alexander Komarov, "The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008, s. 250-254; Ayşe Elif Ulusu, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2011, s.35). Bunların dışında, zarar gören tarafın zararı azaltma külfetinin bulunması da önemli bir zararı sınırlandırma mekanizmasıdır (Komarov, s. 256.). Ulusal hukukta, zararın ispat edilmiş kabul edilebilmesi için geçerli olan ispat ölçüsünün de, zararın sınırlandırılmasına hizmet eder nitelikte bir fonksiyon görmesi oldukça mümkündür (Djahongir Saidov, "Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008, s. 402.).

⁶⁵Tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin bir ölçüt olan öngörülebilirlik ilkesi, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkindir. Sözleşmenin uyarlanması şartlarından olan, önceden öngörülemezlik ise sorumluluğa ilişkin değil, risk paylaşımına ilişkindir. Tazminatın belirlenmesinde öngörü zarara ilişkindir.

CISG madde 74, CISG'nin temelinde yatan genel bir ilke olan tam tazmin ilkesini, zararın satım sözleşmesinin kurulduğu anda öngörülebilir olması prensibi ile sınırlandırmaktadır⁶⁶. Zararın tazmini bakımından öngörülebilirlik ilkesinin amacı, sözleşmeyi ihlal eden tarafı, sözleşmenin ihlalinin çok uzak sonuçlarından korumaktır⁶⁷. Bir diğer deyişle, öngörülebilirlik kriterinin temelinde yatan mantık, tarafların sözleşme kurarken belirli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki edim - karşı edim dengesini oluşturduklarıdır⁶⁸. Götürü tazminat bakımından da, CISG'nin tazminat sorumluluğuna yaklaşımı ile benzer bir bakış açısıyla hareket edilebileceğini ifade etmekte bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim taraflar sözleşmenin kuruluşu aşamasında öngörebildikleri durumları, koşulları ve olası gelişmeleri dikkate alarak muhtemel zararları tahmin etmektedirler. Bu bağlamda, götürü tazminat miktarının beklenen zarara ilişkin makul bir tahmin ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir⁶⁹. Bir başka anlatımla, sözleşmeye aykırılıkta uğranılabilecek muhtemel zarara ilişkin olarak tahmin yapılmak suretiyle tazminat miktarı daha sözleşme kurulurken ve götürü olarak kararlaştırılmaktadır. Bu bağlamda, götürü tazminat hükmünün var olduğu bir teknoloji transferini konu alan sözleşmede, zararın miktarının ortaya konulmasında, TBK madde 51 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesi ve TBK madde 52 uyarınca tazminat miktarının indirilmesi hükümlerinin uygulama ihtimalinin sınırlandırılmış olduğunu ifade etmekte de yarar bulunmaktadır.

İşlem temelini çökmesi şartlarından olan öngörülemezlikte ise öngörü durum değişikliklerine, olaya ilişkindir (Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2009, s. 176.).

⁶⁶ Franco Ferrari, "Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, (Oregon, 1th Edition, Hart Publishing, 2008), s. 311; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2015, s. 300; Yılmaz, s. 181.

⁶⁷ Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2005, s. 440; Magnus, s. 84.

⁶⁸ Atamer, s. 441; Ulusu, s. 109.

⁶⁹ Börü, s. 200.

Ceza koşulundan farklı olarak taraflar götürü tazminat düzenlemesi ile sözleşmenin kuruluşu sırasında olası zararlara ilişkin olarak bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu noktada, şayet götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktar olası zararları oldukça aşan bir miktar ise, tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı amaçlayıp amaçlamadığı bir değerlendirme konusu yapılabilir⁷⁰. Götürü tazminat anlaşması sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılabileceği gibi, sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilir. Bununla birlikte, sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği ve zararın oluştuğu bir durumda, tarafların tazminat tutarı hakkında anlaşması artık bir götürü tazminat anlaşması değil, olsa olsa bir sulh anlaşması olarak nitelendirilebilir.

Anglo Sakson hukuk sistemi, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşme ilişkilerinde ceza koşulunu geçersiz kabul etmekte dolayısıyla sözleşmelerde yaygın olarak götürü tazminat hükümlerine yer verilmektedir. Teknoloji transferini konu alan sözleşmelerde, sözleşme tarafı eğer Anglo Sakson hukuk kültüründen gelmekte ise, söz konusu taraf ilgili sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırılmasına sıcak bakmamakta, sorun götürü tazminat hükümleri ile çözümlenmektedir. Günümüzde, globalleşme ve teknoloji kullanımının artması gerçeği karşısında, bu yaklaşımın gittikçe yaygınlaşan bir eğilim olacağını ifade etmekte yarar bulunmaktadır.

IV. ANGLO SAKSON HUKUK SİSTEMİNİN CEZALANDIRICI TAZMİNAT, CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNATA BAKIŞI

A. Anglo Sakson Hukuku Perspektifinden Cezalandırıcı Tazminat

Anglo Sakson hukuk sisteminde cezalandırıcı (punitive/ exemplary) tazminat, tazminat hukukunun egemen ilkelerinden bir tanesini oluşturan zarara uğrayanın zararının tamamen giderilerek eski hale iade edilmesi (restitutio in integrum) prensibine istisna oluşturmakta ve zararı aşan bir tazminat sorumluluğunu mümkün kılmaktadır. Her ne kadar bizler makalemizde “*cezalandırıcı tazminat*” ifadesini kullanılıyor olsak da, özel hukuk müessesesi olan tazminat sorumluluğunun temel işlevi zararların giderilmesi olup tazminat sorumluluğunun cezalandırıcı herhangi bir

⁷⁰ Apaydın ve Akman, s. 226.

işlevi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, bizim hukuk sistemimiz bakış açısıyla “cezalandırıcı tazminat” terminolojisinin yalın bir tercüme olduğunu kabul ederek konuyu ele almakta yarar bulunmaktadır.

Anglo Sakson hukuk sisteminde, zararı aşan bir tazminat sorumluluğunu mümkün kılan cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna üç ana amaç için hükmedilmektedir: i) hukuk kuralını ihlalde bulunan tarafı cezalandırmak, ii) hukuk kuralını ihlal eden tarafı ve diğer kişileri bir daha bu tarz bir ihlalde bulunmamaya sevk etmek, iii) hukuk sisteminin ilgili hukuk kuralının ihlalinin açıkça kınadığını ortaya koymak⁷¹. Sıralanan bu amaçlar göz önünde tutulduğunda, her ne kadar cezalandırıcı tazminat özel hukuk alanında ele alınıyor olsa da, cezalandırıcı tazminatın niteliği itibarıyla tazmin edici değil, cezalandırıcı yönü ağır basmakta ve adeta bir ceza hukuku yaptırımını andırmaktadır.

Medeni ceza kurumu bir yana, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine yer verilmemekle birlikte, Anglo Sakson hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat hükümleri yer almaktadır⁷²⁻⁷³. Bununla birlikte, Anglo Sakson hukukunun geleneksel

⁷¹ Jason Taliadoros, “The Roots of Punitive Damages at Common Law”, *Cleveland State Law Review*, 2016, Volume 64, 251-302, s. 253; Fred W. Morgan / Karl A. Boedecker, “Punitive Damages after BMW v. Gore”, *Journal of Public Policy & Marketing*, Spring 1997, Vol.16, No.1, 163-172, s. 164; Joan T. Schmit / S. Travis Pritchett / Paige Fields “Punitive Damages: Punishment or Further Compensation”, *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, No. 3, 453-466, s. 454; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 87.

⁷² David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova Law Review*, 1994, Volume 39, Issue 2, 363-463, s. 364; Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in the United States”, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives by Helmut Koziol Vanessa Wilcox*, Springer Verlag, Vienna, 1th Edition, 2009, 155-189, s. 155; İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 170; Odetola, s. 248; Merhacı, s. 78, 171.

⁷³ Türk hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatı andıran en önemli tazminat, itirazın iptal davasında İcra İflas Kanunu madde 67/f.2 uyarınca hükmedilen icra inkâr tazminatıdır (Tarık M. Güleriyüz / Ayça Yılmaz Zorluoğlu, “Bir Anglo-Amerikan Hukuk Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk

olarak cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna mesafeli yaklaştığını ifade etmekte de yarar bulunmaktadır⁷⁴. Örneğin, Amerikan hukuk sisteminde birçok eyalette cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için sözleşme ihlalinin aynı zamanda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek nitelikte bir haksız fiil teşkil etmesi gerekmektedir⁷⁵. Bu bağlamda, sözleşmenin ihlali aynı zamanda bir haksız fiil oluşturmuyorsa, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün olamamaktadır⁷⁶. Nitekim bu yaklaşım Amerikan sözleşmeler hukukunun ceza koşuluna müsaade etmemesi yaklaşımı ile de uyum göstermektedir⁷⁷. Diğer yandan, Amerikan hukuk

Hukuku Müessesleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 141, 325-362, s. 347,348; Gül, s. 336). İcra inkâr tazminatı ile güdülen temel amaçlardan bir tanesi, borçlunun borcu olduğunu bilerek itiraz etmek suretiyle yargı sistemini meşgul etmesi ve alacaklının alacağına zamanında kavuşmaması nedeniyle oluşan mağduriyeti gidermektir (Cenk Akil, “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, 317-337, s. 321). Öte taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 58/f.2’de yer alan “Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” düzenlemesi ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 68’de ele alınan esere ilişkin olarak mali haklara tecavüz halinde eser sahibinin “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.” düzenlemesi de adeta bir cezalandırıcı tazminatı andıran medeni ceza düzenlemeleridir. (Gül, s. 341)

⁷⁴ William S. Dodge, “The Case for Punitive Damages in Contracts”, *Duke Law Journal*, 1999, Volume 48, Number 4, 629-699, s. 630.

⁷⁵ Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı (American Restatement 2nd of Law of Contracts) madde 355 “Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda cezalandırıcı tazminat hükmedilebilir değildir meğer ki ihlali oluşturan eylem cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanıyan bir haksız fiil olsun” düzenlemesini öngörmektedir. (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, https://www.translex.org/450300/_american-restatement-2nd-of-the-law-of-contracts/)

⁷⁶ Emily Nordin, “The Penalty Clause Bias”, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2014, Vol.21 No.1, 162-187, s. 179; Dodge, s. 646.

⁷⁷ Charles Calleros, “Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses

sisteminde kimi eyaletler (Nebraska, Louisiana, Michigan ve Washington), kural olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanımamaktadır⁷⁸. Bununla birlikte, Amerikan hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminat sorumluluğu tanınmakta; fakat cezalandırıcı tazminat uygulaması eyaletten eyalete farklılık göstermekte, kimi eyaletlerde cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak açık yasal düzenlemeler bulunurken, kimi eyaletler bakımından konu içtihat hukuku çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁹.

Amerikan hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminata ilişkin olarak, Amerikan Anayasa Mahkemesi (U.S Supreme Court) hukukilik (due process) denetimi yapabilmektedir⁸⁰. Amerikan Anayasa Mahkemesi, cezalandırıcı tazminata ilişkin önemli bir karar olan *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararında hiç kullanılmamış yeni BMW markalı bir aracın sonradan bir kaza sebebiyle boyandığının ortaya çıkması ve satıcının satım sözleşmesi kurulurken bu durumu alıcıya bildirmemesi ve satma konu aracı yeni bir araç olarak tanıtıp satması üzerine açılan tazminat davasında, cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak hukukilik denetimi yapmıştır⁸¹. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesi bu uyuşmazlıkta 4.000 Amerikan Doları tazminata ve 4 milyon Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata hükmetmiş; Alabama Yüksek Mahkemesi söz konusu cezalandırıcı tazminatı 2 milyon Amerikan Dolarına indirmesine rağmen Amerikan Anayasa Mahkemesi hükmedilen 2 milyon Amerikan Doları tutarındaki cezalandırıcı tazminatın miktarını aşırı derecede ölçsüz ve hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁸².

Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, Volume 32 Issue 1, 67-119, s. 69.

⁷⁸ William A. Lovett, “Exxon Valdez, Punitive Damages, and Tort Reform”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 2003, Vol.38 No.4, 1071-1085, 1106; Dodge, s. 646; Sebok, s. 155; Merhacı, s. 85.

⁷⁹ Taliadoros, s. 256; Morgan / Boedecker, s. 169.

⁸⁰ Morgan / Boedecker, s. 169.

⁸¹ Morgan / Boedecker, s. 168.

⁸² Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>.

Amerikan Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen kararında, özellikle davalının ihlalinin ne ölçekte kınanabilir olduğunu ve oluşan zarar ile cezalandırıcı tazminatın miktarı arasındaki ilişki ve oranı, ayrıca benzer bir ihlale ceza hukukunda ne tarz bir yaptırım öngörülebileceğini değerlendirmiş ve bu çerçevede detaylı bir analiz yapmıştır. Nitekim Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin cezalandırıcı tazminat talepleri ile ilgili olarak vermiş olduğu başkaca kararlarında da bu ilkeler çerçevesinde değerlendirmeler yapılmıştır⁸³.

⁸³ Sigortacının sorumluluğuna ilişkin bir davada Amerikan Anayasa Mahkemesi 145 milyon Amerikan Doları miktarındaki cezalandırıcı tazminatın makul ve ihlal ile orantılı olmadığı, keyfi ve orantısız olduğunu ifade ederek hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003), Erişim Tarihi: 15 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>); Çok işlevli bir aletin pazarlanmasına ilişkin olarak haksız rekabet ve fikri mülkiyet hukuku ihlallerine ilişkin olarak verilen 4,5 milyon Amerikan Doları miktarında cezalandırıcı tazminatı Amerikan Anayasa Mahkemesi hukuka uygun bulmuştur. (Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001), Erişim Tarihi 16 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/>); Satılan bir arazi vasıtasına ilişkin olarak açılan ürün sorumluluğu davasında hükmedilen 5 milyon Amerikan Doları miktarındaki cezalandırıcı tazminata dair olarak cezalandırıcı tazminatın hukuki denetiminin esas olduğunu Amerikan Anayasa Mahkemesi ifade etmiştir. Bu bağlamda, Oregon Anayasa Mahkemesi'nin hükmedilen cezalandırıcı tazminatın miktarının makul olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin talebin reddedilmesini mülkiyet hakkının keyfi ihlaline yol açabileceği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. (Honda Motor Co. v. Oberg, 512 U.S. 415 (1994) Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>); Sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıkta Amerikan Anayasa Mahkemesi gerçekleşen zararın dört katı tutarına isabet eden 1 milyon Amerikan Doları tutarındaki cezalandırıcı tazminatı hukuka uygun bulmuştur. (Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991) Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>); (Rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta Amerikan Anayasa Mahkemesi hükmedilen 6 milyon Amerikan Doları tutarına isabet eden cezalandırıcı tazminatın orantısız olmadığına hükmetmiştir. (BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989) Erişim Tarihi: 19 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>)

Bu vesile ile belirtmek isteriz ki, İngiliz hukukunda da tek başına sözleşmenin ihlali nedeni ile cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, güncel yargı kararları ışığı altında, tıpkı Amerikan hukuk sisteminde olduğu gibi mümkün bulunmamaktadır⁸⁴. İngiliz hukuk sisteminde *Rookes v. Barnard* davasında verilen karar, cezalandırıcı tazminatın temel esaslarını ortaya koymaktadır⁸⁵. Bu davada verilen karar ile, haksız fiil temelli bir talebe ilişkin cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olup İngiliz Hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminata aşağıda sıralanan üç halden herhangi birinin oluşması durumunda hükmedilebileceği ifade edilmiştir: i) hükümet görevlilerinin baskıcı, keyfi ve anayasaya aykırı eylemleri, ii) davalının eyleminin kendisine kâr elde etmek maksadıyla icra edilen planlanmış ve hesap edilmiş bir eylem olması ve bu kârın bu eylem nedeniyle oluşabilecek zararların oldukça üstünde olması, iii) yastada cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin öngörölmüş olması halleridir⁸⁶. Yukarıda belirtildiğı üzere, tek başına sözleşmenin ihlali nedeniyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi İngiliz hukuk sisteminde mümkün bulunmamaktadır. Nitekim bu yaklaşım, *Addis v Gramophone Co. Ltd.* kararında iş sözleşmesinin haksız sona erdirilmesi dava sebebine dayanan bir tazminat davasında cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün bulunmadığı ifade edilerek teyit edilmiştir⁸⁷.

Gerek Amerikan hukuku ve gerekse İngiliz hukuku tahtında salt sözleşmenin ihlalinin başlı başına cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna hükmedilmesi için hukuki bir gerekçe oluşturmaması yaklaşımı dikkate alındığında, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da salt sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezalandırıcı tazminat sorumluluğundan bahsetmek pek de mümkün gözükmemektedir.

⁸⁴ Vanessa Wilcox, *Punitive Damages in England, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Verlag, Wien, 1th Edition, 2009, s. 21.

⁸⁵ Erişim Tarihi: 20 Nisan 2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>.

⁸⁶ Ray W. Hodgkin / Edward Veitch, "Punitive Damages: Reassessed", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1972, Vol.21, No.1, 119-132, s.119; Wilcox, s. 8-9; Merhacı, s. 99.

⁸⁷ Erişim Tarihi: 20 Nisan2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html>

B. Anglo Sakson Hukuku Perspektifinden Ceza Koşulu ve Götürü Tazminat

1. Anglo Sakson Hukukunda Ceza Koşuluna Müsaade Edilmesi Prensipleri

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığı altında, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler tahtında cezalandırıcı tazminat meselesi bir sorun oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, asıl meseleyi, Anglo Sakson hukukunun götürü tazminat ve ceza koşuluna yaklaşımının tahlil edilmesi oluşturmaktadır. Anglo Sakson hukuku, sözleşmenin ihlal edildiği durumda, karşı tarafın olumlu zararının tazminini esas almaktadır⁸⁸. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukuku, sözleşmelerde kararlaştırılan götürü tazminat hükümlerini cezai karakter taşımadıkları ve zararın makul bir tahminini oluşturdukları müddetçe geçerli kabul etmektedir⁸⁹. Sözleşmelerde yer alan götürü tazminat düzenlemelerinin olası zararın miktarını matematiksel bir kesinlikle belirlemesi aranmamakta; sadece götürü tazminat miktarının zarara kıyasla aşırı ve rahatsız edici bir miktarda olmaması aranmaktadır⁹⁰. Öte taraftan, herhangi bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat hükümlerinin cezai karakterinin ağır basması, Anglo Sakson hukuku perspektifinden tazminat alacaklısının hiçbir tazminat talep etmesine engel olmamakta, ilgili sözleşme hükmü geçersiz kabul edilmekle birlikte, alacaklı, ispat edebildiği zararlarının tazminini talep edebilmektedir⁹¹.

⁸⁸ Michael Pressman, "The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate", *Virginia Law Business Review*, 2013, Vol.7, Number 4, 651-708, s. 657,666; Lisa A. Fortin, "Why there Should be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses", *Hofstra Law Review*, 2009, Vol. 38, No. 1, 285-318, s. 297; Nordin, s. 172.

⁸⁹ Wong Wen Jian, "Penalty Clauses Lessons From Australia and England and Possible Legislative Reforms", *Singapore Journal of Legal Studies*, March/September 2018, 104-127, s. 104-105; Conor McEneaney, "Penalty Clauses and Liquidated Damages: The Divergence in English and Irish Jurisprudence", *King's Inns Law Review*, 2019, Vol: 8, s. 1; Nordin, s. 163; Pressmann, s. 664.

⁹⁰ Benjamin B. Reed, "Liquidated Damages Provisions: Strategic Drafting and Enforcement Issues", *Franchise Law Journal*, 2018, Vol. 37, No. 4, 523-552, s. 537-539; Jian, s. 104-105; Fortin, s. 305.

⁹¹ Albert H. Choi, "Deal Protection Devices", *The University of Chicago Law Review*, 2021, Volume 88, No 4, 757-827, 784-786 dipnot 109; Rebecca Stone, "Economic

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anglo Sakson hukuk sisteminde, ceza koşulu düzenlemeleri geçersiz kabul edilmekle birlikte, götürü tazminat düzenlemeleri geçerli kabul edilmektedir⁹². Bununla birlikte, taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılan bir götürü tazminat hükmünün geçerli kabul edilebilmesi için, götürü tazimat miktarının gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararlar karşısında ve ayrıca söz konusu zararın miktarının ispatlanması bakımından makul olması gerekmektedir⁹³. Bu vesile ile belirtmekte yarar bulunmaktadır ki, Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlali durumunda ihlal eden tarafı cezalandırma amacı güden düzenlemeler ceza miktarından bağımsız olarak geçersiz kabul edilmektedir⁹⁴. Ayrıca, Anglo Sakson hukuk sisteminde sözleşmelerde yer alan sorumluluğun sınırlandırılması bakımından, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin aksine, herhangi bir müdahaleci düzenleme bulunmamaktadır⁹⁵. Dolayısıyla Anglo Sakson hukuk sisteminde

Anaylsis of Contract Law from the Internal Point of View", *Columbia Law Review*, December 2016, Vol. 116, No.8, 2005-2057, s. 2039.

⁹² Ugo Mattei, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, 1995, Vol. 43, No.3, 427-444, 433; Charles J. Goetz / Robert E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, May 1977, Vol. 77, No. 4, 554-594, s. 560; David Thomas, "Penalties and Liquidated Damages in English Law: A Centenary Review by the Supreme Court", *Construction Law International*, March 2016, Volume 11, Issue 1, s. 37; Jonathan S. Solorzano, "An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses", *Law & Business Review of the Americas*, 2009, Volume 15, Number 4, 779-818, s. 780; Bruno Zeller, "When Is a Fixed Sum Not a Fixed Sum but a Penalty Clause", *Journal of Law and Commerce*, 2012, Vol.30, 173-184, s. 174; Maria-Elena Armandola, "Liquidated Damages in Clauses in International Arbitration", *International Business Law Journal*, 2013, No. 2, s. 99; Eric L. Talley, "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", *Stanford Law Review*, 1994, Vol, 46, No. 5, 1195-1243, s. 1196; Jian, s. 104-105; Choi, s. 784-785; McEneaney, s. 3; Pressman, s. 659.

⁹³ Choi, s. 784-785; McEneaney, s. 3-4.

⁹⁴ Choi, s. 785-786; McEneaney, s. 3-4.

⁹⁵ Jan Hellner, "Consequential Loss and Exemption Clauses", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, Vol 1, No 1, 13-49, s. 13-18.

sorumluluğun sınırlandırılması mümkün olup, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğu vermiş olduğu zarardan daha az bir miktar ile sınırlandırılmakta; bununla birlikte, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ceza koşulu kararlaştırılması mümkün olamamaktadır⁹⁶.

2. İngiliz Hukuk Sistemi Perspektifinden Ceza Koşuluna ve Götürü Tazminata Kısa Bir Bakış

İngiliz hukuk sisteminde götürü tazminat düzenlemeleri kabul edilmekle birlikte, ceza koşulu düzenlemeleri -tıpkı Amerikan hukukunda olduğu gibi- kabul edilmemektedir⁹⁷. Bu bağlamda, önemli mesele tarafların sözleşmede yer alan iradelerinden sözleşmede yer verdikleri düzenlemenin ceza koşulu mu götürü tazminat düzenlemesi mi olduğu hususunun ortaya konulmasıdır⁹⁸. Bir başka anlatımla, böyle bir durumda tespit edilmesi gereken; sözleşmede tarafların kararlaştırdıkları düzenlemenin, sözleşmenin ihlali ile uğranılan zararın miktarını tahmini olarak ortaya koymayı mı amaçladığı, yoksa bu düzenlemenin, olası bir ihlali önlemek ve(ya) cezalandırmak maksadıyla mı kararlaştırılmış olduğu hususudur. Söz konusu bu irade tespit edilirken ihlalin olduğu andaki değil; sözleşmenin kurulduğu andaki vakıalar ve gelişmeler dikkate alınarak bir sonuca varılmaktadır.

İngiliz hukuku çerçevesinde, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd kararı ceza koşulu - götürü tazminat ayrımı bakımından temel ilkeleri tespit eden bir karardır⁹⁹. Bu karar, İngiliz hukukunun ceza koşuluna yaklaşımına dair temel bir içtihat olup bu kararın, İngiliz içtihat hukukunun bu konudaki en temel kararı (locus classicus) olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰. Karara konu olan olayda, davalı alıcı davacı sa-

⁹⁶ Choi, s. 785-786.

⁹⁷ Patricia Wade "United Kingdom - Outside the Penalty Box - The Latest on Liquidated Damages", *Construction Law International*, 2009, Vol. 4, No. 2, s. 11-13; Miller, s. 80.

⁹⁷ Pargendler, s. 146.

⁹⁸ Miller, s. 80.

⁹⁹ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd Erişim Tarihi: 17 Nisan 2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>

¹⁰⁰ Halson, s. 1.26; Jian, 104-105; McEneaney, s. 6,11; Thomas, s. 38; Armandola, s. 99.

tıcıdan almış olduğu lastikleri kararlaştırılan fiyattan daha düşüğe satmamayı ve şayet daha düşük bir fiyata satar veya satmaya teşebbüs eder ise, her bir satış veya satma teklifi için 5£ ödemeyi kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda davalı alıcı lastikleri 5£'den daha düşük bir fiyata piyasaya satmıştır. Yerel mahkeme davalının lastikleri 5£'den daha düşük fiyata piyasaya sattığını ve sözleşmede öngörülen 5£ ödenmesi sorumluluğunun bir götürü tazminat düzenlemesi oluşturduğunu tespit etmiş, bu kararın temyizi üzerine yüksek mahkeme, sözleşmede kararlaştırılan miktarın bir ceza koşulu oluşturduğuna ve geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

Bu karara karşı kanun yolu başvurusu üzerine Lordlar Kamarası kanun yolu incelemesinde; i) sözleşmede götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarın, sözleşmenin ihlali neticesinde oluşabilecek zarar karşısında ölçüsüz ve aşırı bir miktar oluşturup oluşturmadığı, ii) sözleşmenin ihlali sonucunda sadece bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılıp, ödenmesi kararlaştırılan bu miktarın normalde ödenmesi gereken miktardan daha fazla bir miktar oluşturup oluşturmadığı, iii) sözleşmenin tek veya birden fazla esaslı veya esaslı olmayan her türlü ihlali için götürü bir miktarın ödenmesinin kararlaştırılmış olup olmadığı ve iv) sözleşmenin ihlali neticesinde oluşabilecek zararın miktarının kesin bir şekilde ortaya konulmasının mümkün olup olmadığı kriterleri çerçevesinde sözleşmede kararlaştırılan miktarın götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu mu olduğu hususunu değerlendirmiştir. Ayrıca, bu kararda, sözleşmede kararlaştırılan bu tarz düzenlemelerin götürü tazminat mı ceza koşulu mu olduğu hususunda tarafların ilgili düzenlemeye ne ad verdiklerinin tek başına belirleyici olmadığı, sözleşmenin diğer hükümleriyle birlikte, sözleşmenin ihlalinin gerçekleştiği zamandaki değil; sözleşme kurulurken var olan çevresel vakıaların değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰¹.

a. İngiliz Hukuk Sisteminde Ceza Koşuluna İlişkin Yakın Tarihli Gelişmeler

Diğer yandan, İngiliz hukukunda ceza koşulu ve götürü tazminat ayrımına ilişkin güncel bir karar olarak, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi kararına temas etmekte yarar bulunmaktadır. Bu kararda, Cavendish Square Hol-

¹⁰¹ Halson, s. 1.28; Jian, 104-105; McEneaney, s. 8-9.

ding BV, Talal El Makdessi'nin hissedarı olduğu medya ve iletişim sektöründe faaliyet gösteren bir grubun %47'ye varan paylarını satın almayı taahhüt etmiş, bunun karşılığında da satıcının bu sektörde belli süre faaliyet göstermemeyi ve rekabet etmemeyi üstlendiği bir hisse devir sözleşmesi imzalamıştır. Taraflar, hisse devir sözleşmesi kapsamında, bu taahhüdün ihlali durumunda, bakiye hisse devir bedelinin ödenmemesi ve satıcının diğer paylarının indirimli bir fiyat üzerinden alıcıya satılması hususunda mutabık kalmışlardır. Satıcı rekabet etmeme taahhüdünü ihlal etmiş ve çıkan uyuşmazlıkta davalı satıcı bu hükmün bir ceza koşulu oluşturduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.

İlgili kararda yüksek mahkeme, asıl incelenmesi gereken hususun, ceza koşulu oluşturan hükmün caydırıcı veya oluşabilecek zararın sarmimi bir tahmini olup olmadığı hususunun değil, ilgili sözleşme hükmünün ihlali sonucunda talep edilen ikincil yükümlülüğün, sözleşmenin diğer tarafının meşru menfaatlerine kıyasla sözleşmeyi ihlal eden tarafın orantısız bir şekilde zararına neden olup olmadığına irdelenmesi olduğunu ifade etmiştir¹⁰². Öte taraftan, söz konusu bu kararda, ilgili sözleşme hükmü ile herhangi bir ticari menfaatin korunup korunmadığı ve bu menfaat karşısında ilgili sözleşme hükmünün abartılı, fahiş ve mantıksız olup olmadığına irdelenmesi temel alınmaktadır. Özetle, bu kararda, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, sözleşmede kararlaştırılan miktarın ifasını talep eden kişinin bu talebinde meşru ve korunmaya değer bir menfaati olması ve bu menfaat ile kararlaştırılan miktar arasında makul bir orantının bulunması gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁰³. Bu bağlamda, örneğin sözleşme tarafının kendi sunduğu mal ve(ya) hizmetlere ilişkin fiyat istikrarının korunması, müşteri portföyünün korunması, sözleşme tarafının borçlarını vadesinde yerine getirebiliyor olması gibi hususlar, meşru ve korunmaya değer menfaat olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁴.

¹⁰² Erişim Tarihi: 18 Nisan 2022, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>

¹⁰³ Janet O'Sullivan, "Lost on Penalties", *The Cambridge Law Journal*, November 2014, Vol.73, No.3, 480-483, s. 482; Halson, p. 2.43; Jian, 108; McEneaney, s. 14; Thomas, s. 39,40.

¹⁰⁴ Jian, s. 120.

İngiliz hukukunda bu karar, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd kararını ortadan kaldıran değil, onu destekleyen ve onu yeniden yorumlayan bir karar olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁵.

Bununla birlikte, İngiliz hukukunda yakın tarihli içtihatlar ile ceza koşuluna ilişkin katı yaklaşımda bir esneme olduğu fark edilmektedir. Cavendis kararı ile Dunlop kararında karşılaştırılan götürü tazminat miktarının olası zararın gerçekçi bir tahmini olması hususu değil, tarafların menfaati değerlendirilmekte ve benzer pazarlık gücüne sahip yeteri derecede konu hakkında görüş sahibi taraflar arasında ilgili düzenlemelerin icrasına cevaz verilmesine yönelik bir eğilimin olduğu gözlenmektedir¹⁰⁶. Nitekim Cavendish kararında ve doktrinde ceza koşulunun geçersiz olmasının sözleşme özgürlüğü prensibine bir müdahale oluşturduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁷⁻¹⁰⁸. Bu yaklaşımın, gelecekte, özellikle teknoloji transferini konu alan sözleşmelerde yer alan götürü tazminat hükümlerinin değerlendirilmesi tahtında daha liberal yeni bir bakış açısını gündeme getirebileceği söylenebilir.

Diğer yandan, eser sözleşmesine konu işlerin, karşılaştırılan tarihlere tamamlanmaması durumunda, müteahhit tarafından belli bir miktar paranın iş sahibine ödenmesini öngören sözleşme hükmünün ihlaline ilişkin Philips Hong Kong Ltd v AG of Hong Kong davasında verdiği kararda yüksek mahkeme, ceza koşulunun geçersiz kabul edilmesinin sözleşme öz-

¹⁰⁵ Jian, s. 108; McEneaney, s. 13; Thomas, s. 39.

¹⁰⁶ O'Sullivan, s. 482; Halson, s. 1.29; Jian, s. 109,110.

¹⁰⁷ Robert E. Scott / George G. Triantis, "Embedded Options in the Case Against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004, Vol.104, 1428-1491, s. 1470,1476; Kenneth W. Clarkson / Roger Leroy Miller / Timothy J. Muris, "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?", *Wisconsin Law Review*, 1978, Issue 2, 351-390, s. 351, 356; Halson, s. 1.24; Jian, s. 109,114; Pressman, s. 661.

¹⁰⁸ Bazı yazarlar tarafından, hukukun ekonomik analizi çerçevesinde, Anglo Sakson hukuku perspektifinden ceza koşuluna müsaade edilmemesi eleştirilmekte ve sözleşme serbestisinin olduğu liberal ekonomiler bakımından ceza koşulunun karşılaştırılmasına müsaade edilmemesi ekonomik olarak isabetli bulunmamaktadır (Paul H. Rubin, "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *The Journal of Legal Studies*, 1981, Vol.10, No.2, 237-247, s. 241)

gürlüğü prensibine açık ve rahatsız edici bir müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹. Kanaatimizce de ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki ayrım, ceza koşuluna ilişkin katı yaklaşımdan beklenen yararları azaltmamakta, yeknesak ve tutarlı uygulamaya ilişkin haklı endişeleri gündeme getirmektedir. Her ne kadar bu karar ceza koşulu yasağına eleştirel bir bakış açısı getirirse de, İngiliz hukukunun ceza koşuluna yaklaşımı bakımından ciddi bir değişikliği ortaya koyan radikal bir karar da değildir. Bu yaklaşımın, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da muhafaza edildiğini söylemek isabetsiz bir yaklaşım oluşturmayacaktır.

C. Amerikan Hukuk Sistemi Perspektifinden Ceza Koşulu ve Götürü Tazminata Kısa Bir Bakış

Amerikan hukukunun ceza koşuluna yaklaşımı bakımından, Banta v. Stamford Motor Co. kararı, ayırt edici kriterleri ortaya koyması bakımından önemli bir emsal teşkil etmektedir. Bu karara göre; geçerli bir götürü tazminat sorumluluğunun doğması için; i) ihlal sonucunda oluşması muhtemel zararların miktarının belirsiz veya ispatlanmasının çok zor olmaması, ii) tarafların önceden sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkabilecek zararları belirleme niyetini taşıması ve iii) kararlaştırılan miktarın olası zararlara göre makul ve aşırı derecede ölçüsüz olmaması koşullarının karşılanıyor olması gerekmektedir¹¹⁰. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda günümüzde, bu karar ile ortaya konan ikinci koşula artık esaslı bir önem atfedilmemekte; üçüncü koşul ise mahkeme kararlarında daha esnek yorumlanmaktadır¹¹¹.

Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı madde 356'da, götürü tazminat miktarının beklenen veya oluşan zararlar karşı-

¹⁰⁹ Erişim Tarihi: 20 Nisan 2022, [https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-\(1993\)-at-49/](https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-(1993)-at-49/)

¹¹⁰ Erişim Tarihi: 23 Nisan 2022, <https://casetext.com/case/banta-v-stamford-motor-co>

¹¹¹ Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı madde 356: "*Taraflardan herhangi birinin ihlali durumunda tazminat, ihlalin neden olduğu gerçekleşen veya gerçekleşmiş zarar karşısında makul miktarda olması, zararın ispatlanmasının arz etmiş olduğu güçlükler olması durumunda sözleşmede götürü olarak belirlenebilir. Makul olmayan surette aşırı götürü tazminat kamu düzenine aykırılık nedeniyle ceza koşulu olarak icra edilemez*".

sında ve ispat güçlükleri bakımından makul olması prensibi vurgulanmıştır¹¹². Nitekim Amerikan Yeknesak Ticaret Yasası madde § 2-718 de aynı prensibi ortaya koymaktadır¹¹³. Bu bağlamda, makul olmayan miktarlar, ceza koşulu oluşturmaları ve kamu düzenine aykırı olmaları nedeni ile geçersiz kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda, İngiliz hukukundan farklı olarak, kararlaştırılan tazminatın bir ceza koşulu oluşturup oluşturmadığı değerlendirmesinde, zaman dilimi olarak salt sözleşmenin kurulduğu an değil, aynı zamanda ihlalin olduğu zaman dilimini de dikkate alınabilmektedir¹¹⁴. Amerikan hukukunda, özellikle sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan sözleşmeden dönme bedelleri götürü tazminat olarak değerlendirilmekte; bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerin cezai karakter taşımasına müsaade edilmemektedir¹¹⁵.

Özetle; Amerikan hukuku perspektifi bakımından, ceza koşulu götürü tazminat ayrımı bakımından, kararlaştırılan götürü tazminat oluşabilecek zararların makul bir tahmini olup olmadığı önemli bir unsur olmaktadır. Makul sınırları aşacak şekilde kararlaştırılan götürü tazminat miktarı, ceza koşulu olarak nitelendirilmekte ve böyle bir tazminatın icrası mümkün olmamaktadır¹¹⁶.

Amerikan hukukundaki bu temel yaklaşım, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

¹¹² Pressman, s. 657; Solorzano, s. 781.

¹¹³ Yeknesak Ticaret Yasası (Uniform Commercial Code) madde 2-718'de *"Taraflardan herhangi birinin ihlali durumunda tazminat, ihlalin neden olduğu gerçekleşen veya gerçekleşmiş zarar karşısında makul miktarda olması, zararın ispatlanmasının arz etmiş olduğu güçlükler ve başka bir şekilde yeterli bir hukuki korunmanın mümkün olmaması veya uygun olmaması durumunda sözleşmede götürü olarak belirlenebilir. Makul olmayan surette aşırı götürü tazminat ceza koşulu olarak geçersizdir"*.

¹¹⁴ Talley, s. 1201, 1202; Fortin, s. 289, 305; Reed, s. 524.

¹¹⁵ Choi, s. 784-785, 823.

¹¹⁶ Reed, s. 524.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Begriff Technologietransfer deckt ein breites Spektrum von Sachverhalten ab, von der Gewährung von Patenten und/oder Know-how Lizenzen bis hin zu komplexeren Transaktionen, die technische Unterstützung und die Bereitstellung einiger technischer Ausrüstungen beinhalten.

Gegenstand einer Technologietransfervereinbarung ist die Vergabe von Technologierechten in Form einer Lizenz, wie beispielsweise die Nutzung einer entwickelten Technologie oder die Nutzung der gewissen Technologien im Zusammenhang mit einem anderen Produkt sowie die Entwicklung und Herstellung eines Produktes unter Verwendung dieser Technologie.

Die Erfüllung und Nichtverletzung solcher Vereinbarungen sind für die Vertragsparteien von großer Bedeutung. Die Einhaltung der Technologietransfer Vereinbarungen ist jedoch mit gewissen Schwierigkeiten verbunden, da viele dieser Technologien den Gegenstand der Technologietransfervereinbarungen darstellen und relativ neu auf dem Markt sind.

Insbesondere können die Vertragsparteien auf technische, technologische, zeitliche, geografische, wirtschaftliche und ähnliche Schwierigkeiten stoßen, die sich aus der Natur der oben genannten Technologien ergeben, um die erforderlichen Beweise zu erlangen, um ihre Interessen zu schützen und Schadensersatz zu verlangen.

Die Vertragsparteien einer Technologietransfervereinbarung haben Erwartungen hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des Vertragsbruchs. In diesem Zusammenhang erwarten die Vertragsparteien klare Schadensersatzregelungen in den Technologietransfer Vereinbarungen. Genauer gesagt liegen die Erwartungen in den genauen Vorstellungen darüber, was genau passieren wird, wenn die andere Vertragspartei die Vereinbarung bricht. Darüber hinaus ist es wichtig, dass die eindeutigen Regelungen für den Fall der Nichterfüllung der Technologietransfer Vereinbarung als Schutzmechanismus vorgesehen werden.

Obwohl multinationale Technologieunternehmen ihre Handelsverträge in der Regel an den nationalen Gesetzen der Länder, in denen sie tätig sind, ausrichten (d.h. die zwingenden Rechtsvorschriften dieser Staaten einhalten) ziehen sie es dennoch vor, in Technologietransfer Vertragsklauseln über einen

pauschalen Schadensersatz aufzunehmen, obwohl sie durchaus verstehen, dass die Vereinbarung einer solchen Klausel dem angelsächsischen Recht widerspricht.

Dies führt auch zu Unklarheiten und Diskussionen über die Auslegung und Anwendung solcher Vertragsbestimmungen, je nachdem, in welchem Land die Streitigkeit beigelegt wird und welches Recht im Falle einer möglichen Streitigkeit gültig wird.

Das Vertragsrecht im angelsächsischen Rechtsraum ist deutlich liberaler, während im kontinentaleuropäischen Rechtskreis die Tendenz besteht, die Vertragsfreiheit durch zwingende gesetzliche Vorschriften einzuschränken. Trotz der Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsordnungen liegen den beiden Rechtssystemen die Grundsätze von pacta sunt servanda und der Vertragsfreiheit im Rahmen des Vertragsrechts zugrunde. Diese Unterschiede sind auch im Rahmen der Technologietransfer Verträge bemerkenswert, was insbesondere bei den Vertragsverhandlungen zu beachten ist.

Aus verschiedenen Gründen, die sich aus der Natur von Technologietransfer Vereinbarungen ergeben, erwarten die Vertragsparteien die rechtlichen Schutzmechanismen, die durch das Gesetz über geistiges Eigentum gewährt sind. Da diese Schutzmechanismen oft nicht ausreichen, werden die Schadensersatzklauseln sowie Vertragsstrafen vereinbart, um mehr Rechtssicherheit der Vertragsparteien zu garantieren. Aus dieser Situation ergibt sich die Notwendigkeit, die Unterschiede zwischen der Vertragsstrafe und Schadenersatz aufzuzeigen.

Die möglichen Schwierigkeiten beim Nachweis der Schadenshöhe, die bei einer Verletzung der Technologietransferverträge entstehen können, werden zudem durch Vertragsstrafe zu überwinden versucht. Da das angelsächsische Recht die Vertragsstrafe nicht zulässt, ist dies im Stadium der Vertragsverhandlungen sorgfältig abzuwägen.

KAYNAKÇA

Akil Cenk, "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, 317-337

Aksoy Hüseyin Can, "Ceza Koşulunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S.2, 999-1018.

Apaydın Bahar Öcal / Akman Nurten İnce, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S. 1, s. 220-260.

Araz Nilgün Dinçer, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu*, Yetkin Yayınları, Ankara: 1. Baskı, 2018.

Arslanyürek Yasemin Kabaklıoğlu, *Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Atalı Murat / Ermenek İbrahim / Erdoğan Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, 2021.

Atamer Yeşim M., *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2005.

Baş Ece, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan Volume 8, s. 623-655.

Baysal Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2009.

Bilge Necip, *Cezai Şart*, Güzel Matbaası, Ankara, 1. Baskı, 1957.

Börü Şafak Parlak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228.

Calleros Charles, "Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code", *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, Volume 32, Issue 1, 67-119

Cansel Erol / Özel Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu" *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan, 2013, Volume 8, s. 713-733.

Choi Albert H., "Deal Protection Devices", *The University of Chicago Law Review*, 2021, Volume 88, No 4, 757-827.

Clarkson Kenneth W. / Miller Leroy Roger / Muris Timothy J., "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?", *Wisconsin Law Review*, 1978, Issue 2, 351-390

Çevik Seda Öktem, "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III*, 26-27 Mayıs 2012, *İstanbul Barosu Yayınları*, 2014, s. 97-112.

Davies Martin / Snyder David V., *International Transactions in Goods, Global Sales in Comparative Context*, Oxford University Press, New York: 1st Edition, 2014.

Dodge William S., "The Case for Punitive Damages in Contracts", *Duke Law Journal*, 1999, Volume 48, Number 4, 629-699, s. 630.

Doğan Gülmelihat, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.

Eisenberg Theodore / Miller Geoffrey P., "Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts", *Journal of Empirical Legal Studies*, 2015 Volume 12, Issue 1, s. 29-69.

Ekinci Hüseyin, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2015.

Erdem Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 97-124.

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 26. Baskı, 2021.

Ferrari Franco, "Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Oregon, 1th Edition, Hart Publishing, 2008.

Fortin Lisa A., "Why there Should be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses", *Hofstra Law Review*, 2009, Vol. 38, No. 1, 285-318.

Gaitán Manuel Guerrero, "Licensing as a Central Structure of Technology Transfer Agreements – Joint Venture and Franchising Agreements", *GRUR International Journal of European and International IP Law*, 2021, Volume 70, Issue 5, 427-439.

García Ignacio Marín, "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties", *European Journal of Legal Studies*, 2012 Volume 5, Issue 1, s. 98-123.

Goetz Charles J. / Scott Robert E., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a

Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, May 1977, Vol. 77, No. 4, 554-594.

Graves Jack, “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, 2013, Volume 29, No: 3, s. 681-694.

Gül İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Güleryüz Tark M. / Zorluoğlu Ayça Yılmaz, “Bir Anglo-Amerikan Hukuk Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 141, 325-362.

Günay Cevdet İlhan, *Cezai Şart*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1. Baskı, 2001.

Halson Roger, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford University Press, Oxford: 1st Edition, 2018.

Hatzis N. Aristides, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *International Review of Law and Economics*, 2003, Volume 22 Issue 4, s. 381-406.

Huber Peter / Mullis Alastair, *The CISG A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Resenbourg: 1st Edition, 2007.

Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2015.

Hodgin Ray W. / Veitch Edward, “Punitive Damages: Reassessed”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1972, Vol.21, No.1, 119-132.

Holmes Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 1987, Volume 10, No:8, 457-478.

Hyland Richard, “Pacta Sunt Servanda: A Mediation”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1994, Volume 34, s. 405-433.

International Chamber of Commerce, *ICC Model Technology Transfer Contract*, ICC Publication, Paris 2009.

Jan Hellner, “Consequential Loss and Exemption Clauses”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, Vol 1, No 1, s. 13-49.

Jian Wong Wen, “Penalty Clauses Lessons From Australia and England and Possible Legislative Reforms”, *Singapore Journal of Legal Studies*, March/September 2018, 104-127, s. 104-105.

Kahraman Zafer, *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Baskı, 2017.

Kapancı Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 655-684.

Kayak Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt LXIV, Sayı 1, s. 237-258.

Kocaağa Köksal, *Ceza Koşulu, (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s. 233.

Komarov Alexander, "The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and Internaitonal Instruments", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008.

Kröll Stefan / Mistelis Loukas / Viscasillas Perales Pilar, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck, München, 1st Edition, 2011.

Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2020, s. 615.

Lando Henrik / Rose Caspar, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", *International Review of Law and Economics*, December 2004, Volume 24, Issue 4, s. 473-487.

Lookofsky Joseph, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn: 3rd Edition, 2008.

Magnus Ulrich, "The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law – Best of All Worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, 2010, Volume 3, Issue 1, s. 67-97.

Mattei Ugo, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, 1995, Vol. 43, No.3, 427-444.

McCormack Gerard, "Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, Volume 32, No. 2, s. 325-347.

McEaney Conor, "Penalty Clauses and Liquidated Damages: The Divergence in English and Irish Jurisprudence", *King's Inns Law Review*, 2019, Vol: 8

Merhacı Selin Özden, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.87

Miller Lucind, "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, Vol. 53, No. 1, s. 79-106.

Morgan Fred W. / Boedecker Karl A., "Punitive Damages after BMW v. Gore", *Journal of Public Policy & Marketing*, Spring, 1997, Vol.16, No.1, 163-172.

Nomer Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 18. Baskı, 2021.

Nordin Emily, "The Penalty Clause Bias", *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2014, Vol.21 No.1, 162-187.

Oğuzman Kemalettin / Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 16. Baskı, 2021.

Oluwadamilola Odetola, "Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position", *AFE Babalola The Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2015, Volume:6, Issue: 1, s. 248-271.

O'Sullivan Janet, "Lost on Penalties", *The Cambridge Law Journal*, November 2014, Vol.73, No.3, 480-483.

Owen David G., "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", *Villanova Law Review*, 1994, Volume 39, Issue 2, 363-463.

Pargendler Mariana "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, 2018, Volume 43, s. 144-189.

Pressman Michael, "The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate", *Virginia Law Business Review*, 2013, Vol.7, Number 4, 651-708.

Reed Benjamin B., "Liquidated Damages Provisions: Strategic Drafting and Enforcement Issues", *Franchise Law Journal*, 2018, Vol. 37, No. 4, 523-552.

Rubin Paul H., "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *The Journal of Legal Studies*, 1981, Vol.10, No.2, 237-247.

Sarı Suat, "'Götürü Tazminat' Kavramı Üzerine", *Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2011, 299-304.

Saidov Djakhongir, "Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008.

Schlechtriem Peter / Schwenger Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford: 3rd Edition, 2010.

Schmit Joan T. / Pritchett S. Travis / Fields Paige, "Punitive Damages: Punishment or Further Compensation", *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, No. 3, 453-466.

Schwenger Ingeborg/ Hachem Pascal / Kee Christopher, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 1St Edition, 2012.

Scott Robert E. / Triantis George G., "Embedded Options in the Case Against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004, Vol.104, 1428-1491.

Sebok Anthony J., "Punitive Damages in the United States", *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* by Helmut Koziol Vanessa Wilcox, Springer Verlag, Vienna, 1th Edition, 2009, 155-189.

Solorzano Jonathan S., "An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses", *Law & Business Review of the Americas*, 2009, Volume 15, Number 4, 779-818.

Stone Rebecca, "Economic Anaylsis of Contract Law from the Internal Point of View", *Columbia Law Review*, December 2016, Vol. 116, No.8, 2005-2057.

Şanlı Cemal /Esen Emre / Figenmeşe Ataman İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım, İstanbul, 2020, 8. Baskı, s. 407.

Şenol Hatice Kübra Erçoşkun, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 2, 709-737, s.709.

Taliadoros Jason, "The Roots of Punitive Damages at Common Law", *Cleveland State Law Review*, 2016, Volume 64, 251-302.

Talley Eric L., "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", *Stanford Law Review*, 1994, Vol, 46, No. 5, 1195-1243, s. 1196

Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku Cilt I, Yetkin Hukuk Yayınları*, Ankara, 4. Baskı, 2021.

Taşkın Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerine Etkisi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, Cilt 26, Sayı 2, 1305-1348.

Tekelioğlu Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 2, 159-186.

Tekinay Selahattin Sulhi / Burcuoğlu Haluk / Akman Sermet / Altop Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul: 6. Baskı, 1988.

Tiwari, Avni, "Transfer of Technology Agreements and Competition Law", *Supremo Amicus*, 2019, Volume 13 45-50.

Tomescu Raluca Antoanetta, "Tort Liability. Damages and Penalty Clause", *Perspectives of Law and Public Administration*, 2018, Vol. 7 No. 2, s. 254-259.

Topçu Deniz, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021.

Tunçomağ Kenan, *Cezai Şart*, Baha Matbaası, İstanbul, 1. Baskı, 1963.

Ulus Ayşe Elif, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2011.

Uzun Tuba Birinci, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2015.

Wade Patricia, "United Kingdom - Outside the Penalty Box - The Latest on Liquidated Damages", *Construction Law International*, 2009, Vol. 4, No. 2, s. 11-13.

Wilcox Vanessa, *Punitive Damages in England, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Verlag, Wien, 1th Edition, 2009.

Yağcıoğlu Burcu, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2022.

Yıldırım Ayça Akkayan, "Cezai Şartın İşlevi Türk Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003,C. LXI, S. 1-2, 357-414.

Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara: 4. Baskı, 2021.

Yılmaz Süleyman, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlalinde Alıcının Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2013.

Zeller Bruno, "When Is a Fixed Sum Not a Fixed Sum but a Penalty Clause", *Journal of Law and Commerce*, 2012, Vol.30, 173-184.

Zeytin Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2015.

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press Oxford: 1st Edition, 1996.

İnternet Kaynakları

<https://casetext.com/case/banta-v-stamford-motor-co>

<https://digitallibrary.un.org/record/453299?ln=en>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/505/1072/1950596/>.

<https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2020-6904-k-2021-921-t-04-02-2021/4048677/>

<https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2017-5855-k-2019-2884-t-03-04-2019/3581844/>

<https://legalbank.net/belge/y-19-hd-e-2015-17632-k-2016-9261-t-24-05-2016/2502725/>.

<https://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2014-8596-k-2015-19057-t-01-06-2015/2415465/>

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docId=0900001680505599>.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/vol14-p272-273-e.pdf>.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>

- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html>
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>
http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf
<https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/9.509.html>
<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>
<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>
https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_153
https://www.trans-lex.org/450300/_/american-restatement-2nd-of-the-law-of-contracts/
https://www.trans-lex.org/382600/_/yam-seng-pte-limited-v-international-trade-corporation-limited-01st-february-2013-%5B2013%5D-ewhc-111-/
[https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-\(1993\)-at-49/](https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-(1993)-at-49/)
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf
<https://www.wipo.int/technology-transfer/en/agreements.html>

