

GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMINA BİR BAKIŞ

THE INSTITUTION OF LIQUIDATED DAMAGES FROM A POINT OF VIEW

Şafak PARLAK BÖRÜ*

Özet: Götürü tazminat uygulamada ortaya çıkan, zaman içinde doktrinde de genel olarak kabul görmüş bir kurum olmakla birlikte, halihazırda yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Konuya ilişkin Kıta Avrupası hukukunda çok az bilimsel çalışma yapılmıştır. Bunun temel nedeninin ceza koşulu kurumunun yaygın uygulaması olduğu söylenebilir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur. Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden kararlaştırılmasıdır. Hukuki nitelik olarak, tek tarafa borç yükleyen, sui generis nitelikte bir anlaşmadır.

Anahtar Kelimeler: Götürü Tazminat, Kıta Avrupası Hukuku, Sui Generis Anlaşmalar, Zarar, Tazminat, Yan Anlaşma

Abstract: The liquidated damages is an institution, which appeared in practice and accepted in the doctrine generally, but has not protected by the legal provisions yet. There are just a few scientific studies regarding this subject in the common law. The main reason is the prevailing application of penal clauses in the agreements in civil law. Conversely, there is a long-established practice and there are comprehensive studies regarding the institution in the common law system. Liquidated damages is such an institution, that the parties agree on the amount of compensation in advance regarding the damage possibly to happen according to the breach of the contract. As to the legal nature, the liquidated damages contract is a unilateral and sui generis agreement.

Keywords: Liquidated Damages, Civil Law, Sui Generis Contracts, Damage, Compensation, Subsidiary Agreement

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Sözleşmeler hukukunda, özellikle uluslararası sözleşmelerde (spesifik olarak inşaat ve sigorta sözleşmelerinde) yaygın olarak kendisine başvurulduğu görülen götürü tazminat hakkında ülkemizde hali hazırda pek az bilimsel çalışma yapılmıştır. Diğer Kıta Avrupası ülkelerinde de durum benzerlik arz etmektedir. Bunun temelinde yatan sebebin, Kıta Avrupası hukuk sisteminde var olan ceza koşulu kurumunun götürü tazminatın önüne geçmesi olduğu söylenebilir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise aksine götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur. Götürü tazminatın anılan hukuk sisteminde bu denli yaygın olmasının sebebi ise bu hukuk sisteminin ceza koşulu kurumunu reddetmesidir.¹

Sözleşmeden doğan sorumlulukta ifa menfaatinin (asli/yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi) sağlanmasının yanısıra ifa menfaatine ulaşmanın mümkün olmadığı veya istenmediği durumlarda zararın karşılanması (tali edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi) gibi hususlar önem arz eder. İşte, götürü tazminat (anlaşması) ve ceza koşulu (cezai şart) bu konulara ilişkin olarak karşımıza çıkan ancak farklı yapı ve özelliklere sahip iki yan anlaşmadır.²

Tazminatta esas olan zarar görenin zararının karşılanmasıdır. Zarar görene ödenecek tazminatın hesaplanmasına ilişkin ölçütler TBK m.50 vd.'da belirtilmiştir. Anılan bu hükümler TBK m.114/II uyarınca sözleşmeden doğan sorumluluk alanında da uygulanır. Söz konusu hükümler emredici nitelik taşımamaktadır.³ Nasıl ki, taraflar, sözleşmenin diğer tarafını, şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip ise; yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin (muhtemel zarar) giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı aralarında yapacak-

¹ Bkz. Larry A. Dimatteo, 'Behavioural Case for Contractual Penalties under the Common Law', *European Review of Private Law*, 3-2015, s.327.

² Theres Oertli, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe), Luzern 2004, N.1-2, s.1; Berk Kapancı, 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bununun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655.

³ Kapancı, s.655.

ları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler.⁴ Bu anlaşma kapsamında yerine getirilecek edim 'götürü tazminat' olarak adlandırılmaktadır. Götürü tazminat anlaşması ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵ Bu anlaşmanın kendine özgü (sui generis) bir anlaşma olduğu kabul edilmektedir.

II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. Tanım ve Kavram

Götürü tazminat (liquidated damages, Schadenpauschalierung), sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlenmesidir.⁶ Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise götürü tazminat anlaşması denir ki; bu anlaşma kendine özgü nitelikte (sui generis)⁷ bir yan anlaşmadır. Söz konusu yan anlaşma taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir kaydı olabileceği gibi, anlaşmanın ayrı bir sözleşme olarak da akdedilmesi mümkündür.⁸

⁴ Bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, kural olarak zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m.50 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz; tazminat, borçlusu tarafından götürü tazminat alacaklısına ödenir.

⁵ Ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat kurumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'nda da götürü tazminata ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (Oertli, N.13).

⁶ Oertli, N.20, s.8; Gerrit De Geest/ Filip Wuyts, 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Encyclopedia of Law and Economics, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK, 2000, p.141; Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara 2003, s.49; Mehmet Erdem, 'Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi', Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.98; Tuba Birinci Uzun, Götürü Tazminat, Ankara 2015, s.68; Kapancı, s.656.

⁷ Erdem, s.109; Kapancı, s.657.

⁸ Götürü tazminatın kanun tarafından da öngörüldüğü hallerde rastlamak mümkündür. Örneğin, iş hukukundaki ihbar tazminatı. Yine hakim görüş uyarınca TBK m.120'de öngörülmüş olan temerrüt faizinin de kanuni bir götürü tazminat olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Thomas Fischer, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s.95; Oertli, N.366 ve dnp.562'de anılan yazarlar; Erdem, s.99; Kapancı, s.657, dnp.4; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 14.Bası, İstanbul 2016, s.491). Ancak kanun tarafından belirlenen bu götürü tazminat bünyesinde sözleşmesel götürü tazminattan farklı bir nitelik barındırmaktadır: Zira faizin talep edilebilmesi, zararın varlığının

Götürü⁹ ve tazminat sözcüklerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan götürü tazminat kavramı¹⁰, tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak kararlaştırılmasını ifade eder. Burada taraflar önceden, ilerde meydana gelebilecek olası sözleşme ihlallerinden doğabilecek zararın tazminini konu alan bir anlaşma yapmaktadırlar.¹¹ Götürü tazminat anlaşması tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir ki; bu anlaşmanın konusu asıl sözleşmeden doğan borca aykırılık halinde borçlu tarafından ödenecek tazminat edimidir. Bu tazminat ediminin miktarı baştan öngörülebilir (ex ante) zarar değeri üzerinden kararlaştırılmaktadır. Bu şekilde taraflar somut zararın miktarı konusunda doğabilecek olası ihtilafı baştan barışçıl şekilde çözümlene yolunu tercih etmiş olmaktadır.¹²

ispat edilmesini gerekli kılmaz. Bu hususta kanun tarafından bir kesin karine öngörülmüş olduğu ifade edilebilir, zira para borcunun ifasındaki gecikme paranın değer etkilenmesine bağlı olarak büyük olasılıkla bir zarar meydana getirecektir. Zararın varlığının ispat edilmesi gerekli olmamakla birlikte, daha fazla zarara uğradığını (aşkın zararını) ispat eden alacaklı TBK m.122 uyarınca talebini ileri sürebilecektir. Anılan hüküm (TBK m.122) kanun tarafından öngörülen bu götürü tazminatın kısmen nispi (sadece alt limit belirlenmiş, üst limit açık bırakılmış) bir nitelik taşıdığına işaret etmektedir (Bkz. Kapancı, s.657, dpn.4). Fischer de meydana gelen aşkın zararın istenebilmesi imkanı nedeniyle, temerrüt faizinin asgari bir (götürü) tazminat olarak ifade edilebileceğini belirtmektedir (Fischer, s.95).

⁹ 'Götürü' işin veya malın ücretinin taraflarca önceden kararlaştırılarak tahmin olunan değere göre belirlenmesi, yapılacak işin veya alınacak malın ayrıntısı ile hesap edilmeyip yuvarlak bir bedele göre yapılması veya alınması olarak tanımlanmaktadır (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 10.Bası, Ankara 2011, s.480).

Bir başka tanımda ise 'götürü', fiyatı veya ücreti toptan belirlenen iş vb. olarak ifade edilmektedir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5895ee8bb804a3.79594229, erişim tarihi: 05.11.2016).

¹⁰ Götürü tazminat kavramı doktrinde daha ağırlıklı olarak tercih edilmekle birlikte, bazı çalışmalarda götürü tazminat kavramı yerine 'belirlenmiş tazminat' kavramının kullanıldığı görülmektedir (Bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, 'Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXI, S.1-2, 2003, s.387 vd). Uygulamaya baktığımızda ise, Yargıtayın bazı kararlarında götürü tazminatı 'kira tazminatı' olarak adlandırdığı görülmektedir (Bkz. Y.15.HD, E.1990/300, K.1990/3422, T.18.9.1990; Y.15.HD, E.1993/5803, K.1994/3856, T.13.6.1994, Y.15.HD, E.1998/1797, K.1998/2279, T.28.05.1998).

¹¹ Oertli, N.19.

¹² Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR, Freiburg 1994, s.19; Kocağa, s.52; Kapancı, s.658; Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesinin Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1-2, 1999, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf), s.91.

B. Unsurları

Götürü tazminattan bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasında sözleşmeden doğan geçerli bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Bu borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlenmesi suretiyle, götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmeye bağlı, bir yan anlaşma olarak ortaya çıkmaktadır. Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği bir yükümlülüğün ihlal edildiği haller için kararlaştırılır.¹³ Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği bütün yükümlülüklerle ilişkin olabileceği gibi, bazı yükümlülükler veya tek bir yükümlülüğe de ilişkin olabilir. Bu anlaşmanın ilgili olduğu sözleşmesel yükümlülüğün belirlenmesi önem arz eder¹⁴, zira götürü tazminatın talep edilebilmesi için, münhasıran götürü tazminat anlaşmasında belirtilen yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekir.¹⁵

Götürü tazminattan bahsedebilmek için varlığı aranan diğer bir unsur, asıl borç ilişkisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının ihlalden doğan zararını gidermeye yönelik olarak borçlu tarafından alacaklıya ödenecek tazminatın taraflarca¹⁶ baştan götürü bir edim olarak kararlaştırılmasıdır.¹⁷ Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmadığı hallerde, götürü tazminat anlaşmasından bahse-

¹³ Oertli, N.36.

¹⁴ Hangi yükümlülüğün ihlali için götürü tazminat kararlaştırılmış olduğu konusunda tarafların gerçek iradeleri tespit edilemiyorsa, güven prensibi çerçevesinde farazi iradeleri belirlenmelidir (Erdem, s.101'den naklen).

¹⁵ Aksi takdirde, yani borçlu tarafından ihlal edildiği tespit edilen yükümlülük götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç değilse, TBK m.50 vd. hükümleri uyarınca zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi gündeme gelir.

¹⁶ Taraflar götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesini üçüncü bir kişiye de bırakabilirler; örneğin götürü tazminat ediminin belirlenmesi uzman bir heyete bırakılabilir. Yine bu tespit sözleşmenin taraflarından birine de bırakılabilir, ancak bu çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Zira TMK m.23/1 uyarınca kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği gibi; maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Aksi takdirde, sözleşme özgürlüğünün sınırları aşılmış olacağı için götürü tazminat anlaşması TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz olur (Oertli, N.124; Birinci Uzun, s.73).

¹⁷ Oertli, N.43.

dilemez.¹⁸ Götürü tazminat ediminin miktarı taraflarca doğrudan belirlenebilir. Bunun yanısıra, tarafların götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesinde nasıl bir yöntem izleneceğini kararlaştırması da yeterlidir; bu durumda götürü tazminat edimi dolaylı olarak¹⁹ belirlenmiş olur.²⁰ Götürü tazminat edimi kural olarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zarar, deyim yerindeyse tipik beklenen zarar göz önüne alınarak kararlaştırılır.²¹ Yine götürü tazminat miktarının bu tipik beklenen zarara ilişkin 'makul bir tahmin'²² ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının makul bir zarar

¹⁸ Oertli, N.111. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmadığı hallerde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak TBK m.50 vd hükümleri uygulama alanı bulur. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise anılan hükümler devre dışı kalır; sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda alacaklı borçludan kural olarak yalnızca götürü tazminat ediminin ifa edilmesi yönünde talepte bulunabilir, borçlu da kural olarak yalnızca götürü tazminat edimini alacaklıya ifa etmekle yükümlü olur.

¹⁹ Taraflar götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesini sözleşme konusunun piyasa değeri, ifada gecikme süresi vb. objektif kriterlere bağlı kılabilirler. Bu tür düzenlemeler içeren anlaşmalara İsviçre uygulamasında sıkça rastlanmaktadır (Oertli, N.121).

²⁰ Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklının uğradığı zararı tazmin edeceğine ilişkin bir sözleşme hükmünün götürü tazminat anlaşması olarak değerlendirilmesi ise yerinde değildir. Zira bu yönde bir sözleşmesel düzenleme, ifa edilecek tazminat edimine ilişkin hiçbir bilgi içermemektedir. Diğer bir deyişle, götürü tazminat ediminin miktarı belirli olmadığı gibi, belirlenebilir de değildir (Oertli, N.118; Birinci Uzun, s.72).

²¹ Oertli, N.119; Ozanoğlu, s.93; Kapancı, s.665.

²² Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor Co Ltd (1915) A.C.79, 86-87 : '...The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage...' (Matthew Bell/Richard Manly, 'Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties: Rethinking The War on Terrorem', *The International Construction Law Review*, Part 4, October 2012, s. 396). Oertli, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına göre önceden belirlenmiş, beklenen zarara ilişkin değerlendirmelerin geçerli götürü tazminat kaydı niteliğinde olacağını ifade etmiştir: 'eine nach Treu und Glauben angemessene antizipierte Schadensschätzung' (Oertli, N.232). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; Neil Andrews /Malcolm Clarke/Andrew Tettenborn/Graham Virgo, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*, London 2011, s.496; Oluwadamilola Odetola, 'Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', *Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy*, Vol. 6:1, 2015, s.248 vd; Tess Wilkinson-Ryan, 'Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment', *Michigan Law Review*, Vol. 108, No.5, 2010, s.642.

tahmini olarak kabul edilebilmesi durumunda²³, bu edim geçerli bir götürü tazminat edimi olarak değerlendirilmelidir.

Götürü tazminata ilişkin bir anlaşma ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir.²⁴ Asıl borcun ihlal edilmesi halinde borçlunun götürü tazminat edimini ifa borcu altında olduğu kesin olarak belirlenmiş olmalıdır. Zira götürü tazminat edimi, götürü tazminat anlaşmasının objektif esaslı unsurudur; bu çerçevede, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması durumunda, götürü tazminat gündeme gelmez.²⁵

Götürü tazminat edimi, genellikle sözleşme ihlalinin belli bir türü için kararlaştırılır ise de, bazı hallerde götürü tazminat anlaşmasında ihlal türü üzerinde durulmaz. Bu gibi hallerde, sözleşmenin yorumlanması suretiyle farklı şekillerdeki sözleşme ihlali için de aynı götürü tazminat ediminin ödenip ödenmeyeceğine ilişkin değerlendirme yapılır. Örneğin, bir makinenin tesliminde temerrüde düşülmesi haline ilişkin olarak kararlaştırılan götürü tazminat edimi duruma bağlı olarak makinenin ayıplı olması halinde de ödenebilir. Çünkü makinenin zamanında teslim edilmemesi ile makinenin ayıplı olması nedeniyle işlevsiz hale gelmesi, yani kullanılamaması-makineden yararlanılamaması kural olarak aynı zarara yol açar; her ikisinde de makinenin kullanımından mahrumiyet gündeme gelir. Bunun tersi de düşünüle-

²³ Götürü tazminatın makul bir zarar tahmini olup olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana göre belirlenir. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, bu soyut kriteri somut olaya uygulayabilmek o kadar kolay değildir. Önem arz eden husus, tahminin gerçekçi olmasıdır. Bu çerçevede, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı zamandaki ve yerdeki piyasa ve pazar koşulları, arz ve talep hususları, yine taraflara ait niteliklerin dikkate alınması gerekir. Bunun yanında, her iki tarafın da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat arasında söz konusu olabilecek belirli bir orandaki farklılığa katlanması, diğer bir ifadeyle hoşgörü göstermesi (hoşgörü sınırı) gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ortaya çıkacak zararın önceden kesin şekilde tahmin edilmesi, bu yönde önceden miktar yönünden birebir örtüşen bir değerlendirme yapılması çoğunlukla mümkün değildir. Sonuç olarak, götürü tazminatın kararlaştırılması birtakım riskleri beraberinde getirir; taraflar bu yönde bir anlaşma yapmak istediklerinde, bu tür belirsizlikleri göze almak durumundadırlar (Ayrıntılı olarak bkz. Oertli, N.318; Birinci Uzun, s.76 vd).

²⁴ Oertli, N.110.

²⁵ Oertli, N.111.

bilir: Yani makinenin ayıplı olması halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin tesliminde temerrüt hali için de geçerli olabilir.²⁶

Asıl borç ilişkisinin tarafları kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarını oluşturur. Buna göre, asıl borcun alacaklısı ve borçlusunu kural olarak götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur. Bu noktada, asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin götürü tazminat ediminin alacaklısı veya borçlusunu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde götürü tazminat ediminin alacaklısının asıl borç ilişkisinin alacaklısından farklı bir kişi olamayacağı ileri sürülmektedir. Çünkü götürü tazminat anlaşmasının yönlenmiş olduğu amaç, asıl sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesidir. Götürü tazminat ediminin ifasını talep etme hakkının üçüncü bir kişiye tanınması, götürü tazminat anlaşmasının amacına hizmet etmez.²⁷ Götürü tazminat ediminin borçlusunu da, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişi olamaz; aksi halde, artık götürü tazminat anlaşmasından değil, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumundan söz etmek yerinde olur.²⁸ Çünkü TBK m.128/I uyarınca üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlü olur.

C. Hukuki Niteliği

1. Tek Tarafa Borç Yükleme

Asıl sözleşme ilişkisi çeşitlilik gösterse de, götürü tazminat anlaşması her zaman tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir.²⁹ Zira götürü tazminat anlaşması ile tazminat borçlusunu, asıl borcu ihlal etmesi durumunda götürü tazminat edimini ifa borcu altına girer-

²⁶ Oertli, N.127.

²⁷ Oertli, N.117. Bununla birlikte, üçüncü kişi aleyhine bir durum yaratmamak koşuluyla, asıl sözleşmenin TBK m.129/II anlamında 'tam üçüncü kişi yararına sözleşme' olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabileceği kabul edilmektedir (Oertli, N.116, dpn.143; Birinci Uzun, s.84).

²⁸ Aynı yönde bkz. Birinci Uzun, s.84; ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirmeye için bkz. Kocaağa, s.133.

²⁹ Kapancı, s.658; Birinci Uzun, s.87.

ken; götürü tazminat alacaklısının yerine getirmesi gereken herhangi bir borcu bulunmamaktadır. Götürü tazminat anlaşması bakımından tazminat alacaklısı olan tarafın asıl borç ilişkisi nedeniyle yerine getirmek zorunda olduğu asli edim yükümlülüğü, götürü tazminat ediminin karşılığını oluşturmaz; çünkü tazminat edimi asıl borç ihlal edildiğinde alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine hizmet eder.

2. Kendine Özgü (Sui Generis) Nitelikte Olması

Bazı hallerde, sözleşmeler tamamen yahut kısmen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler. Bu nitelikteki sözleşmeler 'kendine özgü yapısı olan sözleşmeler' ya da 'sui generis sözleşmeler' olarak adlandırılır.³⁰ Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde taraflar tamamen yahut kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurları yeni bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya getirirler.

Götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlali halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlendiği, asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma olarak tanımlanmaktadır.³¹ Bu anlaşmanın unsurları, taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat olarak kararlaştırılan bir edimin bulunması ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların anlaşmasıdır. Götürü tazminat anlaşmasına ilişkin bu unsurlar, tamamen yahut kısmen yasa koyucunun öngörüp düzenlediği sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardır. Buna göre, götürü tazminat anlaşması kendine özgü yapısı olan, diğer bir deyişle sui generis nitelikte bir sözleşmedir.³²

³⁰ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4.Bası, İstanbul 2008, s.11; ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2016, s.881 vd; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Bası, Ankara 2012, s.53.*

³¹ Oertli, N.20; Erdem, s.98; Kapancı, s.656-657; Birinci Uzun, s.90; Kocaağa, s.49; Köksal Kocaağa, 'İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.74, 2008, s.150.*

³² Doktrinde de ağırlıklı olarak götürü tazminat anlaşmasının sui generis nitelikte

3. Asıl Borca Bağlı Olması

Götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan tazminat borcunu konu edindiği için, asıl sözleşme ve götürü tazminat anlaşması arasında doğal olarak bir talilik ilişkisi mevcuttur.³³ Götürü tazminatın varlığı öncelikle bir asıl borcun var olmasını gerekli kıldığından, götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterir. Götürü tazminatın varlığı ve hukuki kaderi, asıl borcun varlığına ve hukuki kaderine bağlıdır. Götürü tazminat anlaşması çoğunlukla olduğu üzere taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir kaydı olarak yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir.³⁴

Götürü tazminatın fer'i niteliği, yani asıl borca bağlı olması -aşağıda değinileceği üzere- beraberinde birtakım hukuki sonuçlar doğuracaktır:

Götürü tazminat anlaşmasının şekline ilişkin olarak yasa koyucu herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermiş değildir. O halde, götürü tazminat anlaşması TBK m.12/I uyarınca kural olarak herhangi bir şekle bağla değildir. Bununla birlikte götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmeye bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için bir şekil şartı aranmakta ise, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz. Örneğin, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabi olduğundan (TBK m.444), rekabet yasağının ihlal edilmesi haline ilişkin olarak akdedilen bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır.

Götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlı olduğundan, götürü tazminatın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, bağlı bulunduğu asıl borcun da geçerli olması gerekir. Eğer asıl sözleşme bir şekilde varlık kazanamamış veya geçerlilik gereklerinden birini yerine getirememiş olursa, götürü tazminat anlaşması da bundan etkilenir.³⁵ Yine asıl söz-

olduğu ifade edilmiştir; bu yönde bkz. Erdem, s.109; Kapancı, s.656-657; Birinci Uzun, s.90.

³³ Erdem, s.100'den naklen.

³⁴ Oertli, N.42; Erdem, s.102; Kapancı, s.657.

³⁵ Asıl borç geçersiz ise, kural olarak, götürü tazminat da geçersiz olmakla birlik-

leşmeden doğan edim yükümlülüğünün borçlunun sorumlu olmadığı bir imkansızlık hali nedeniyle sona ermesi söz konusu olursa, götürü tazminat anlaşması da sona erecektir. Asıl sözleşmeden herhangi bir sebeple dönülmesi durumunda ise, kural olarak götürü tazminatın ödenmesi istenemez. Sözleşmeden dönülmesi halinde asıl borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, götürü tazminat da baştan itibaren ortadan kalkmış olur.³⁶ Örneğin, satıcının temerrüde düşmesi üzerine TBK m.125 çerçevesinde öngörülen seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, artık götürü tazminatın ifasını isteyemez. Bununla birlikte, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle ortaya çıkacak menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapmak istemesi durumunda, buna bir engel yoktur. Bu halde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra dahi götürü tazminat talebi mümkün hale gelir.³⁷

Götürü tazminat anlaşması çerçevesinde talep edilebilecek götürü tazminat edimi, asıl sözleşmenin konu aldığı edim yükümlülüğüne bağlı olarak zamanaşımına uğrar. Ancak borca aykırılığın gerçekleşmesiyle birlikte, götürü tazminat edimi muacceliyet kazanır ve bağımsız hale gelir; bu andan itibaren götürü tazminat edimi için TBK m.146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi işleyecektir.³⁸

Alacağın devri söz konusu ise; bu devir esnasında henüz muaccel olmamış bir götürü tazminat alacağı, asıl alacağın devri halinde kural olarak bu devrin kapsamı içindedir. Çünkü TBK m.189 gereğince alacağın devri ile, devredeninin kişiliğine özgü olanlar dışındaki önce-

te; tarafların irade serbestisi çerçevesinde, sözleşmenin geçersiz (kesin hükümsüz veya iptal edilebilir) olması hallerinde de geçerli olacak/geçerliliğini devam ettirecek bir götürü tazminat anlaşması yapılabileceği ya da sözleşme içerisinde yer verilmiş götürü tazminat kaydının sözleşme bir şekilde ortadan kalksa dahi hüküm doğuracağı kararlaştırılabilir (Kapancı, s.662). Götürü tazminatın geçersizliği konusunda ayrıntılı olarak bkz. Birinci Uzun, s.255 vd.

³⁶ Bununla birlikte, dönmenin etkisinin hukuki olarak nitelendirilmesine ve iade yükümlülüklerinin saptanmasına ilişkin olarak doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Sonuçları bakımından farklılaşan bu görüşler ve götürü tazminatın bu görüşler çerçevesinde ele alınmasına ilişkin olarak bkz. Kapancı, s.662-664.

³⁷ Doktrinde, böyle bir götürü tazminat anlaşmasının akdedilmiş olması halinde, götürü tazminatın talep edilmesinin sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olduğu ifade edilmektedir (Erdem, s.101; Birinci Uzun, s.99).

³⁸ Kapancı, s.662; Erdem, s.101.

lik hakları ve bağlı haklar devralana geçer. Devir ile devralana geçen yan haklar arasında devredene ait tazminat alacağı da yer alır.³⁹ Ancak götürü tazminat alacağı, asıl alacağın devrinden önce muaccel olmuş ise; artık bağımsız bir varlığa sahip olduğundan bunun asıl alacağı takip etmesi zorunlu değildir. Böyle bir götürü tazminat alacağı, eğer ki taraflarca ayrıca ve açıkça bu yönde bir kararlaştırma var ise, asıl alacakla birlikte devralana geçer. Aksi takdirde, alacağın devrinden önce muaccel olmuş bir götürü tazminat alacağı devredende kalır, yeni alacaklıya geçmez.⁴⁰

Borcun üstlenilmesine ilişkin olarak; asıl borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi halinde, TBK m.198/I uyarınca borcun üstlenilmesinden önce muaccel olan götürü tazminatı ifa borcu da borcu üstlenen üçüncü kişiye-yeni borçluya geçer. Zira bağlı (yan) haklar kural olarak borçlunun değişmesinden etkilenmez. Özellikle eski borçlunun kişiliğine bağlı olmayan ve ona karşı doğmuş bulunan her türlü bağlı (yan) hak borcu üstlenene karşı da ileri sürülebilir. Bu nedenle, eski borçlunun bizzat getirmiş olduğu teminatlar, eski borçlu zamanında işlemiş ve muaccel hale gelmiş olan faiz, ceza koşulu ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleri ile işleyecek faizler, borcu üstlenen bakımından da geçerli olur.⁴¹ Bundan dolayı, tazminat alacaklısı götürü tazminatın ifasını borcu üstlenenden talep edebilir. Borcun üstlenilmesinden sonra götürü tazminatın muaccel olması söz konusu ise, burada götürü tazminatı ifa borcunun yeni borçluya ait olduğu hususunda tereddüte yer yoktur.

Götürü tazminat anlaşması ile amaçlanan, asıl sözleşmedeki edim yükümlülüğünün/yükümlülüklerinin ihlali halinde oluşacak zararın giderilmesi olduğu için, götürü tazminat ediminin ortaya çıkması, doğası gereği (per natura) asıl sözleşmenin ihlal edilmesi geciktirici

³⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20.Bası, Ankara 2016, s.1264.

⁴⁰ Birinci Uzun, s.92; temerrüt faizi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Eren (Genel Hükümler), s.1264.

⁴¹ Eren (Genel Hükümler), s.1275. Oğuzman/Öz de, borcun dış üstlenilmesinden önce işlemiş faiz ödeme borcunun veya muaccel olmuş sözleşme cezası (ceza koşulu) ödeme borcuna ilişkin olarak benzer bir değerlendirme ile, bu borçların -dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça-, asıl borçla birlikte yeni borçluya geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 12.Bası, İstanbul 2016, s.610-611).

şartına bağlıdır.⁴² Alacaklı sözleşmenin ifa edilmemesi durumu ortaya çıkana kadar, götürü tazminat ediminin ifasına yönelik bir talep ileri süremez; bu edim asıl sözleşmenin ifa edilmemesi gündeme gelene kadar ancak bir beklenen hak oluşturur. Ne zaman ki, asıl sözleşme konusu edim yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olur, o zaman götürü tazminat edimi talep edilebilir hale gelir. Tekrar değerlendirmekte fayda gördüğümüz bir husus olarak; sözleşme ihlalinin götürü tazminatı istenebilir kılması için, bu ihlalin götürü tazminat anlaşmasında 'öngörülmüş' olan (asli/yan) edim yükümlülüğüne ya da yan yükümlülüğe ilişkin olması gerekmektedir. Bu edim yükümlülüğü uygulamada çoğunlukla asli edim yükümlülüğü olacak ise de; tarafların aralarındaki anlaşmanın yorumlanması suretiyle, sözleşmedeki yükümlülüklerin tamamını konu alan bir götürü tazminat anlaşmasının da varlığı ortaya konulabilir.

D. İşlevleri

Taraflar birtakım amaçlar çerçevesinde götürü tazminat anlaşması yapmaya yönelirler. Bu amaçların belirlenmesi somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması suretiyle mümkün olur.⁴³

Götürü tazminat anlaşmasının temel amacı, asıl sözleşme ihlal edildiğinde, diğer bir deyişle borca aykırılık gündeme geldiğinde; (tipik beklenen zararın tespit edilmesi suretiyle) alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklıyı zararın miktarını ispat yükümlülüğünden kurtarmak, tazminatın miktarı konusunda onu belirsizlik içinde bırakmamak ve böylelikle asıl sözleşme bakımından da şeffaflık ve hukuki güvenliği sağlamaktır. Bu yönde bir anlaşma kuşkusuz alacaklıya ciddi bir avantaj sağlar niteliktedir.⁴⁴

Götürü tazminat, tazminat kurumunun niteliği gereği, öncelikle sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, bu suretle alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder.⁴⁵ Ceza koşulunda olduğu

⁴² Erdem, s.101; Kapancı, s.665.

⁴³ Oertli, N.69 vd.

⁴⁴ Oertli, N.71.

⁴⁵ Peter Benjamin, 'Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial

gibi, varlığının borçlu üzerinde baskı meydana getirip getirmediği konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁴⁶, götürü tazminatın, ceza koşulunun temel amacı olan borçlunun borca uygun davranmasını sağlamak, borçluyu borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip olmadığını, bu yönde bir baskıya neden olmayacağını ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise⁴⁷, götürü tazminat borçlu üzerinde -asli işlevi bu olmamakla birlikte- dolaylı olarak da olsa bir baskı yaratır. Götürü tazminatın kararlaştırılmış olması, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmesi hususunda motive olmasına katkı sağlar. Borçlu bakımından somutlaşmış bir edim (götürü tazminat), soyut bir kanuni düzenlemeye göre kural olarak daha güçlü bir psikolojik etki yaratır.⁴⁸ Bununla birlikte, götürü tazminat anlaşmasının temel amacı zararın karşılanmasında alacaklıya kolaylık sağlamak olduğundan, bu işlev ceza koşulunda olduğu kadar belirgin şekilde karşımıza çıkmaz. Ceza koşulu bakımından son derece önemli olan baskı unsuru, götürü tazminat anlaşması bakımından ancak dolaylı olarak ortaya çıkar. Sonuç olarak, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacı ceza koşulu bakımından belirleyici bir husus iken; bu amaç götürü tazminat bakımından aynı şekilde belirleyici bir husus olarak değerlendirilemez.

Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law', International and Comparative Law Quarterly, Vol.9, No.4, 1960, s.602; Kocaağa, s.53; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.150; Wilkinson-Ryan, s.642-643; Oertli, N.81.

⁴⁶ Gernhuber, s.761; Larenz, s.384 (Oertli, N.84, dpn.93' den naklen); Ozanoğlu, s.89. Erdem de benzer şekilde, götürü tazminat anlaşmasının, ceza koşulunun temel amacı olan borçlunun borcuna uygun davranmasını temin etmek, onu borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip olmadığını ifade etmiştir. Ancak yine yazara göre, borçlu, borcun ihlali halinde ödeyeceği somut meblağı bilerek böyle bir baskı hissediyor olsa da, bu götürü tazminatın amacı olarak nitelendirilemez, belki doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar (Erdem, s.102). Bu konuda Wilkinson-Ryan da, sözleşme ihlali olasılığını ve bunun sonuçlarını taraflar anlaşmalarının bir bölümü olarak belirliyor ve kararlaştırıyor; bu halde, tarafların sözleşmeyi ihlal etmeye daha yatkın olduklarını ve sözleşmenin ihlalini ahlaka aykırılık olarak değerlendirmeye daha uzak olduklarını ileri sürmektedir (Bkz. Wilkinson-Ryan, s.671).

⁴⁷ Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.103; aynı yönde Oertli, N.84; Volker Beuthien, 'Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe', Festschrift für Karl Larenz zum 70.Geburtstag, München 1973, s. 497-498; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996, N.710.

⁴⁸ Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981, s.170; Oertli, N.84; Erdem, s.102; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.103.

Götürü tazminat anlaşması ile, taraflar sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler. Böylelikle alacaklının zararın miktarını ispat etmesine gerek kalmamaktadır.⁴⁹ Götürü tazminat anlaşması ile, tazminatın hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler getiren Türk Borçlar Kanunu sistematüğinden ayrılmaktadır. Şöyle ki; TBK m.50 vd. uyarınca tazminat belirlenirken zarar doğduktan sonra (ex post) somut durumun koşulları dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmaktadır. Oysa götürü tazminat anlaşması ile götürü tazminatın miktarı zarar doğmadan önce (ex ante) tahmini olarak belirlenmekte⁵⁰; hakim bu alandaki belirleme ve değerlendirme yetkisi bertaraf edilmekte, hakim belirleyeceği belirsiz bir tazminatın ne olabileceğine ilişkin riskten alacaklı kurtulmaktadır. Zararı ispat yükünden kurtulmak kuşkusuz ki tazminat alacaklısına büyük avantaj getiren bir durumdur.⁵¹ Öte yandan götürü tazminatın kararlaştırılmış olmasının tazminat borçlusuna da birtakım avantajlar sağlayacağı göz ardı edilmemelidir. Zira sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın varlığı ve kapsamına ilişkin sorunlar çoğu kez karmaşıktır; tazminat alacaklısı ve borçlusu arasındaki bir uyumsuzluk nedeni olarak sıklıkla mahkeme önüne gelir. Götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde ise, borçlu da önceden kendisini neyin beklediğini, neyi hesap etmesi gerektiğini bilir; sözleşmeyi ihlal etmesi halinde götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat ödeme borcundan kurtulabilir. Böylelikle taraflar arasındaki uyumsuzluk daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulabilir.⁵²

⁴⁹ Benjamin, s.604; Rea, S.A.Jr: 'Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages', *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, s.159; Akkayan Yıldırım, s.398; Erdem, s.102; Kocağa (Götürü tazminat), s.153. Oertli de zararı ispat yükünden muaf kılınmanın çoğunlukla götürü tazminat anlaşmasının akdedilmesinde temel hareket noktası, itici güç olduğunu belirtmektedir, bkz. Oertli, N.71. Aynı yönde Birinci Uzun, s.104; Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve 'Al ya da Öde' Kaydının Hukuki Niteliği', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, s.37.

⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri (TBK m.50 vd) uyarınca tazminatın belirlendiği hallerde, zarar doğduktan sonra (ex post), somut olaya ilişkin özellikler dikkate alınarak zarar hesaplanır ve tazminat belirlenirken; götürü tazminatın kararlaştırıldığı hallerde anılan hükümlerde belirtilen genel esasın dışına çıkıldığı, götürü tazminatın zarar doğmadan önce (ex ante) belirlendiği, bu tahminin de daha az güvenilir olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, birçok olayda olayların akışı ve ilişkilerin seyrine göre, tarafların deneyimlerinden yola çıkarak makul tahminlerde bulunması gayet mümkündür (Bkz. Oertli, N.74).

⁵¹ Oertli, N.71; Birinci Uzun, s.104; Kocağa (Götürü Tazminat), s.153.

⁵² Oertli, N.75, 76.

Götürü tazminat, aynı zamanda, asıl borç ilişkisi bakımından şeffaflığı ve hukuki güvenliği sağlama amacına da hizmet etmektedir. Taraflar götürü tazminat anlaşmasını akdederken, bu anlaşmanın bağlı kılındığı asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden belirlemeye çalışırlar; bu şekilde bir nevi menfaat-risk analizi yapabilmektedirler.⁵³ Öte yandan, götürü tazminat anlaşmasıyla olası bir uyuşmazlık durumunda zaman kaybının önüne geçilebildiği gibi, yine gündeme gelebilecek yargılama masrafları da çoğunlukla en aza indirilmiş olmakta, sınırları yıpratıcı yargılama süreçlerinden de uzak kalmak mümkün olabilmektedir.⁵⁴ Zira bu şekilde olası uyuşmazlığın sonuçlarına ilişkin önceden bir değerlendirme yapılmış bulunmaktadır.⁵⁵ Böylelikle, her iki taraf için de sözleşmenin ihlal edilmesi halinde gündeme gelebilecek hukuki sonuçlara ilişkin belirsizliğin yerini, bir rakam (miktar) veya bir yüzdelik oran şeklinde olmak üzere net ve şeffaf bir düzenleme/belirleme alır.⁵⁶

E. Türleri

Götürü tazminat anlaşması taraflar arasındaki sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Burada göz önüne alınacak husus, taraflardan birine, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir zararın ortaya çıkması halinde, buna ilişkin ispat yetkisi tanınıp tanınmayacağıdır.⁵⁷ Götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmamasına göre, dört farklı durum karşımıza çıkmaktadır: 1. Her iki taraf da götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 2. Yalnızca borçlu taraf götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 3. Yalnızca alacaklı taraf götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 4. Her iki taraf da bu imkandan yoksun olabilir. Burada hatırlatmak gerekir ki; taraflar götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanını

⁵³ Rea, s.148; Wilkinson-Ryan, s.646-647; Erdem, s.102; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.106.

⁵⁴ Oertli, N.79.

⁵⁵ Rea, s.159; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.106.

⁵⁶ Oertli, N.76.

⁵⁷ Oertli, N.45.

kapsamlı bir şekilde düzenleyebilecekleri gibi, bunun yerine sınırlı bir ispat imkanı da kararlaştırmış olabilirler.⁵⁸

Götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının bulunup bulunmadığı veya bu imkanın kapsamı, ancak somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla anlaşılabilir.⁵⁹

Götürü tazminat anlaşmasının gündeme gelmesi durumunda, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın götürü tazminat miktarı kadar olduğu bir karine olarak kabul edilir. Anlaşmanın götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanı verdiği hallerde, bu imkanın verildiği taraf, gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etmek durumundadır.⁶⁰

1. Nispi (Aksi İspat Edilebilen) Götürü Tazminat

Taraflar arasında nispi götürü tazminat anlaşması akdedilmişse, bu anlaşma çerçevesinde belirtilen götürü edim değeri sınırlayıcı değildir. Buna göre, zarar daha fazla şekilde ortaya çıkmışsa alacaklı, zarar daha az olduğunda borçlu gerekli ispat faaliyetini gerçekleştirmek suretiyle, götürü tazminat edim değerinde değişiklik yapılmasının yolunu açabilirler.⁶¹ Bir başka deyişle, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktar ancak tazminat alacaklısı veya borçlusunu, sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen gerçek zararın götürü tazminat miktarından (daha fazla ya da daha az) farklı olduğunu ispat edemez ise ödenir.⁶² Böylelikle tarafların sözleşmesel bir karine oluşturduklarını ifade etmek mümkündür.⁶³

⁵⁸ Oertli, N.47; Birinci Uzun, s.111.

⁵⁹ Oertli, N.46. Güven teorisi çerçevesinde (TBK m.19/II) tarafların iradesinden nasıl bir anlaşma yaptıkları anlaşılamiyorsa, ortada bir nispi götürü tazminat anlaşmasının bulunduğu kabul edilmelidir. Böyle bir değerlendirme daha adil bir çözüme ulaşılmasını sağlayacaktır. Zira mutlak ve bazı durumlarda kısmen nispi götürü tazminat anlaşmaları -üst limit öngören- bir sorumsuzluk kaydı niteliği gösterecektir. Yasa koyucunun belirlediği olağan sorumluluk rejiminden bu yönde sapılması için, bu durumu taraf iradelerinden net şekilde anlaşılabilir olması gerekir (Kapancı, s.667).

⁶⁰ Oertli, N.50-51; Benjamin, s.604; Birinci Uzun, s.112.

⁶¹ Kapancı, s.669'dan naklen.

⁶² Oertli, N.53.

⁶³ Kapancı, s.669; Birinci Uzun, s.112; ayrıca bkz. Oertli, N.51.

Nispi götürü tazminat anlaşmaları zararın varlığı ve kapsamının ispatı konusunda ispat yükü dağılımı bakımından bazı değişiklikleri beraberinde getirmektedir. TBK m.50/I uyarınca zarar gören zararını ispat yükü altındadır. Buna göre zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini zarar gören taşır. Bununla birlikte, nispi götürü tazminat anlaşması söz konusu ise, sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara uğrayan alacaklının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılmış olan miktara kadar tazminat borçlusu taşır.⁶⁴ Çünkü tazminat borçlusu tazminat alacaklısının esasen herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edemez ise, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek durumundadır.

Tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlali sonucu ortaya çıkan zararın kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu iddia ve akabinde ispat edebiliyorsa, TBK m.112 uyarınca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek kalmaksızın talepte bulunabilir.⁶⁵

Tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararının daha az olduğunu iddia ve akabinde ispat edebiliyorsa, götürü tazminat ediminin mevcut zarar miktarını aşan kısmını ödemekten kurtulur; eğer ki ödemişse sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri alabilir, ancak bu halde hatayla kendisini borçlu zannederek bu yönde bir ödeme yaptığını ispat etmesi gerekir (TBK m.78).⁶⁶

⁶⁴ Oertli, N.54.

⁶⁵ Taraflar arasında götürü tazminat anlaşması yapılmış değil de, ceza koşulu kararlaştırılmış olduğunda ise bu durum farklılık arz eder. Şöyle ki, TBK m.180/II uyarınca alacaklının uğradığı zarar ceza tutarını aşıyorsa, alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez. Ceza koşulu anlaşması kapsamında alacaklının ceza koşulu değerini aşan bir zararı varsa, bunu talep edebilmesi için hem ceza miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir (Bkz. Suat Sarı, 'Götürü Tazminat' Kavramı Üzerine', Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s.301; Kapancı, s.669.

⁶⁶ Eğer ki, taraflar arasında götürü tazminatın ilk talepte ödeneceği kararlaştırılmış, bu yönde bir kayıt konulmuşsa, bu durumda ödemede bulunan borçlunun -daha sonra yapılan incelemede sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının uğradığı zararın götürü tazminattan daha az olduğunun anlaşılması üzerine- alacaklıya ödemiş olduğu götürü tazminatın mevcut zarar miktarını aşan kısmını geri alabilmesi mümkün olacaktır. Götürü tazminatın ilk talepte ödeneceğine dair kayıt-

Alman hukuk doktrininde nispi götürü tazminat anlaşmasının gerçek anlamda götürü tazminat anlaşması niteliğinde olmadığı, daha ziyade zararın varlığı ve kapsamına dair ispat yükü dağılımına ilişkin bir anlaşma olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁷ Ancak taraflara götürü tazminat değerinin aksini ispat etme imkanının tanınmış olduğu bu tür anlaşmalarda dahi yine sözleşmenin ihlali halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarı taraflarca baştan belirlenmiştir; bu anlamda, tazminat borçlusunun borcu yine götürü bir borçtur. Bu anlaşmaların akdedilmesindeki amaç münhasıran ispat yükü dağılımını belirlemek ve ispat faaliyetini kolaylaştırmak değil, ayrıca sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan zararın götürü tazminat değerinden farklı olması halinde, tarafların işini kolaylaştırmaktır.⁶⁸

2. Kısmen Nispi (Asgari/Azami) Götürü Tazminat

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflardan yalnızca birinin (tazminat alacaklısı ya da tazminat borçlusunun) götürü tazminat değerinin aksini ispat etme imkanı söz konusudur. Bu anlaşmada götürü tazminatın alt veya üst sınırı belirlenmiştir. Sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu tazminatın alt sınırının belirlendiği götürü tazminat anlaşmaları 'asgari götürü tazminat anlaşması' (die Mindestschadenersatzpauschale), tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminatın üst sınırının belirlendiği götürü tazminat anlaşmaları ise 'azami götürü tazminat anlaşması' olarak adlandırılmaktadır.

lar, işlerin ilerleyişini kolaylaştırmak amacıyla yapılan düzenlemelerdir (Kapancı, s.669-670, dpn.71).

⁶⁷ Bkz. Walter Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe', (Vertragsstrafe, Schadenersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag), Frankfurt am Main 1972, s.153 vd; Oertli, N.55. Türk hukukunda da nispi götürü tazminat anlaşmalarının esasen ispat yükünü belirlemeye yönelik anlaşmalar olduğunu vurgulayan görüşler ileri sürülmüştür, bkz. Kapancı, s.670; Erdem, s.109.

⁶⁸ Oertli, N.55; Fischer, s.168 vd; Birinci Uzun, s.114.

a. Asgari Götürü Tazminat

Asgari götürü tazminat anlaşması sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik olarak tazminat borçlusunun ifa etme yükümlülüğü altına girdiği miktarı aşağı doğru sınırlar: Sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zarar götürü tazminat miktarından daha az olsa dahi, tazminat borçlusuna önceden kararlaştırılan bu miktarı ödemek zorundadır.⁶⁹ Tazminat alacaklısı eğer ki sözleşmenin ihlaliyle ortaya çıkan zararının götürü tazminat değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse, bu halde götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep etmesi mümkün hale gelir.⁷⁰

İsviçre doktrinde bu tür bir anlaşma ediminin (tazminatın) tipik ve geçerli bir götürü edim olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Asgari götürü tazminat anlaşması özellikle burada artık makul bir tazminat düzenlemesinin söz konusu olmadığı yönüyle eleştirilere uğramıştır. Bazı yazarlar, bu yüzden bu tür bir anlaşmanın ceza koşulu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler:⁷¹ Buna göre, TBK m.180/II (Art.161 Abs.2 OR) hükmü bu tür bir anlaşmanın ceza koşulu olarak yorumlanıp değerlendirilmesi gerekliliğini destekler mahiyettedir.⁷² Zira bu hüküm uyarınca tazminat alacaklısı cezayı aşan zarar miktarını tazminat borçlusundan talep edebilir. Öte yandan tazminat borçlusuna da alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa ya da daha az miktarda zarara uğramış olsa bile tüm cezayı ödemek zorundadır (TBK m.180/I; Art.161 Abs.1 OR). Ancak, kanaatimizce götürü tazminat anlaşmasında borçlunun ödeme yükümlülüğü altına girdiği miktarın alt sınırın düzenlenmesi, yine tazminat alacaklısına ortaya çıkan zararın götürü tazminat değerinden fazla olduğunu ispat ederek götürü tazminatı aşan zararının giderilmesini talep etme imkanının tanınması, bunun ceza koşulu anlaşması olduğunu ispatlayıcı nitelikte değil, bu anlaşmanın doğrudan ceza koşulu olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Öncelikle götürü tazminatın işlevi

⁶⁹ Oertli, N.65.

⁷⁰ Kapancı, s.670-671; Birinci Uzun, s.115.

⁷¹ Eduard Böttcher, 'Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle', Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1970, s.37; Lindacher, s.155 vd; yine bkz. Oertli, N.66, dñ.71.

⁷² Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Birinci Uzun, s.116.

ile ceza koşulunun işlevi birbiriyle örtüşmemektedir. Götürü tazminat zararın giderilmesine yönelik iken; ceza koşulunda ifaya zorlama, ifa etmeme halinde sözleşmeyi ihlal eden borçluyu cezalandırma işlevi baskındır. Burada belirleyici olan, tarafların 'zararı gidermeye/tazmin etmeye yönelik' bir götürü edim kararlaştırmış olmalarıdır, ki bu tür anlaşmalara da sıkça rastlanmaktadır.⁷³

b. Azami Götürü Tazminat

Azami götürü tazminat anlaşması, sözleşmenin ihlal edilmesiyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun yükümlendiği götürü miktarı yukarı doğru sınırlar nitelikte bir anlaşmadır. Sözleşmenin ihlal edilmesiyle, zarar götürü tazminat miktarından daha fazla olarak ortaya çıkmış olsa bile, tazminat alacaklısı borçludan ancak anlaşma ile belirlenmiş miktarın ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusu ise sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat etmesi durumunda, üst sınırın altında kalan bu miktarı ödeyerek tazminat borcunu ifa edebilir.⁷⁴

Bu anlaşmanın söz konusu olduğu hallerde alacaklının yükü götürü tazminat miktarı oranında zararın varlığını ispat etme riskini taşımaması yönünden hafifletilmiş olur. Zira sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar tazminat borçlusu taşır. Zira borçlu tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat anlaşmasında belirtilen miktardan daha az olduğunu ispat edemediği takdirde, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek zorunda kalır.

Azami götürü tazminat anlaşması aynı şekilde borçluya da birtakım avantajlar sağlayabilir. Bu tür bir anlaşma borçlu yönünden özellikle gerçekleşen fiili zararın önceden kararlaştırılan götürü tazminat değerini aştığı hallerde kazançlı olur; zira bu halde en fazla kararlaştırılan götürü tazminat miktarını ödeyecektir. Meydana gelen zararın

⁷³ Oertli, N.67.

⁷⁴ Oertli, N.57; Birinci Uzun, s.117.

bu miktarı aşan kısmının yükünü sözleşmenin zarara uğrayan tarafı-alacaklı taşımak durumunda kalır. Böylelikle borçlu da en başından en fazla ne oranda tazminat ödemesi gerekeceğini bilir.⁷⁵ Götürü tazminat ediminin değerinin üst limit olarak belirtildiği bu anlaşmalar aynı zamanda sorumsuzluk anlaşmaları olarak karşımıza çıkar. Bu durumda, TBK m.115-116 hükümlerinin emredici uygulaması gündeme gelecektir.⁷⁶

3. Mutlak (Aksi İspat Edilemeyen) Götürü Tazminat

Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde istenebilecek tek değer olarak kararlaştırdıkları, bir başka deyişle, taraflara kararlaştırılan bu götürü miktarın aksini ispat etme imkanının tanınmadığı anlaşmadır.⁷⁷ Kararlaştırılan götürü miktar her iki taraf açısından da sabit ve değiştirilemez niteliktedir.⁷⁸ Buna göre, sözleşmenin ihlali sonucunda meydana gelen zararın, önceden kararlaştırılmış götürü tazminat miktarını aşması durumunda tazminat alacaklısı bu hususu ispatlayarak bunun ödenmesini talep edemeyeceği gibi; tazminat borçlusu da alacaklının uğramış olduğu zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarının altında kalan bu meblağı ödemek suretiyle tazminat borcunu ödemekten kurtulamaz. Bu anlaşmada götürü tazminat olarak belirlenen edim değeri hem en üst hem de en alt sınırı teşkil eder.⁷⁹

Asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak taraflar arasında bu tür bir götürü tazminat anlaşması akdedildiğinde; sözleşmenin ihlalinde borçlunun alacaklıya ne kadar tazminat ödeyeceği en başından itibaren net ve şeffaftır. Böylelikle olası ifa engelleri ortadan kaldırılmış olur; zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi gibi konularda herhangi bir

⁷⁵ Oertli, N.58.

⁷⁶ Kapancı, s.671; Birinci Uzun, s.117; Yıldırım, s.38.

⁷⁷ Lindacher'e göre, götürü tazminat anlaşmalarının sadece bu türünde gerçek bir götürü tazminat söz konusu olur (Lindacher, s.145 vd).

⁷⁸ Oertli, N.61.

⁷⁹ Kapancı, s.667' den naklen.

gecikme yaşanmaksızın tazminat borçlusu tarafından ifa gerçekleştirilebilir.⁸⁰

Mutlak götürü tazminat anlaşması tazminatın üst miktarını sınırlaması itibarıyla bir sorumsuzluk anlaşması⁸¹ niteliği taşımaktadır. Bundan dolayı, TBK m.115-116 emredici hükümlerinin denetimine tabi tutulmalıdır.⁸² Tazminat alt miktarının belirli bir değere sabitlenmesi yönünden bakıldığında ise, eğer gerçek zarar değeri karşılaştırılan götürü tazminat değerinin çok altında ise TBK m.138 uyarınca koşulları oluşmuşsa uyarılma talebi söz konusu olabilecektir.⁸³

F. Uygulanabilirlik Yönünden İlgili Yasal Düzenlemeler

Götürü tazminat ediminin karşılaştırıldığı götürü tazminat anlaşması uygulamayla doğmuş bir anlaşmadır; sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca geçerli olarak akdedilebilir. Yasa koyucu bu anlaşmaya ilişkin henüz özel bir düzenleme getirmiş değildir. Halihazırda anlaşmaya Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. İlgili yasal düzenlemeler özellikle tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m.114/II atfıyla TBK m.50 vd. ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin m.115-116 hükümleridir. Burada unutmamak gerekir ki, ceza koşulu ve götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup, bu edimleri konu alan anlaşmaların hukuki nitelik ve işlevleri farklıdır. Dolayısıyla, başta tenkise ilişkin TBK m.182 olmak üzere, ceza koşuluna ilişkin TBK m.179 vd hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen götürü tazminat anlaşmasına uygulanması yerinde değildir.⁸⁴

⁸⁰ Oertli, N.62.

⁸¹ Doktrinde alacaklının hukuki durumunu zayıflatır nitelikteki anlaşmaların geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirileceği, bu şekilde ortaya çıkan anlaşmalara TBK m.115-116 hükümlerinin emredici sınırlarının kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir (Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.13).

⁸² Bu konuda bkz. Başalp, s.451 vd; Birinci Uzun, s.266 vd.

⁸³ Doktrinde Kapancı'nın isabetle belirttiği gibi, şayet aradaki fark, tarafların en başta olası zarar değerini veya varlığını hiç göz önüne almaksızın hareket ettikleri çıkarılması yapacağı nitelikte ise, bu durumda bir götürü tazminat anlaşmasından ziyade bir ceza koşulu anlaşmasından veya kaydından söz etmek daha yerindedir (Kapancı, s.668).

⁸⁴ Bkz. Kapancı, s.671; Erdem, s.109 vd; Kocaağa, s.54; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.154. Götürü tazminatın ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini

III. GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZA KOŞULUNUN BİRBİRİNDEN AYIRDEDİLMESİ

A. Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırılması Gerekliliği

Uygulamada götürü tazminatın kendisinden ayırılmasında ciddi güçlük yaşanan hukuki kurum ceza koşuludur. Bu iki kurum arasındaki sınırın çizilmesi ve farkların ortaya konulması büyük önem taşımakla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu her somut olayda o kadar da kolay değildir.⁸⁵ Çünkü bu anlaşmalar görüntüde büyük benzerlik gösterir.⁸⁶

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırı belirlemek ve farkları ortaya koymak doğrudan doğruya bir kanun hükmünden hareketle mümkün değildir⁸⁷, zira Türk Borçlar Kanunu'nda bu farkları ortaya koyan açık bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada da henüz bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapılabildiği ve konuya ilişkin temel ilkelerin net bir şekilde tespit edildiği söylenemez.⁸⁸

Konuyu, borçlu üzerinde bir psikolojik baskı oluşturarak asıl alacağı teminat altına alan, aynı zamanda asıl borcun ihlali halinde meydana gelen zararı fazlasıyla tazmin eden ve yasa koyucunun Türk Borçlar Kanunu'nda yasal düzenlemeye bağlamış olduğu ceza koşulu kurumundan farklı olarak, götürü tazminat kurumuna ihtiyaç olup

oluşturduğu yönündeki görüş için karşı. Sarı, s.303-304.

⁸⁵ Bentele, s.87; İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlüklerle işaret etmiştir, bkz. BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd; 109 II 462 vd. ve özellikle 467 vd. (Kocaağa (Götürü Tazminat), s.152, d.pn.12).

⁸⁶ Oertli, N.229, N.263. Alman hukukunda ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler (birlik öğretisi, ayırma öğretisi, tek işlevlilik öğretisi) ileri sürülmüştür; konuya ilişkin bilgi için bkz. Fischer (D.), s.72 vd.

⁸⁷ Kocaağa (Götürü Tazminat), s.152; Kapancı, s.676; Ozanoğlu, s.88.

⁸⁸ Örneğin, Yargıtay işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödemeyi üstlendiği kayıtları bazı kararlarında ceza koşulu, bazılarında ise götürü tazminat (kira tazminatı ifadesi altında) olarak nitelendirmektedir. (Bkz. Birinci Uzun, s.139, d.pn.10; Ozanoğlu, s.88). Bunun yanında, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında götürü tazminatın amacı bakımından da -bu amacın tazminat tehdidiyle borçluyu ifaya zorlamak olduğunu ifade etmek suretiyle- yerinde olmayan değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir (Y.15. HD, E.2011/515, K.2011/7200, T.6.12.2011; Y.23.HD, E.2014/5423, K.2014/6515, T.22.10.2014 (www.kazanci.com, 08.12.2016)).

olmadığı, hatta götürü tazminatın -doktrinde tartışılacağı üzere- gerçekten ceza koşulundan farklı bir kurum olup olmadığı yönleriyle ele almak yerinde olacaktır.

Doktrinde katıldığımız baskın görüş⁸⁹, ceza koşulu ve götürü tazminatın hukuki nitelik ve amaç yönüyle farklı kurumlar olduğunu dile getirmekle birlikte; bu iki kurumun farklı olmadığı, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumuna gerek olmadığını ileri süren görüşler de⁹⁰ mevcuttur. Gerek ceza koşulunun gerekse götürü tazminatın talep edilebilmesi için her şeyden önce asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması gerekir; yani asıl borcun ihlali ceza koşulunun da, götürü tazminatın da ileri sürülebilmesi bakımından ortak bir koşuldur. Bu açıdan iki kurumun birbirine benzediğini söylemek mümkündür. Ancak aralarında bir ayrıma gidilmesine ihtiyaç gösteren, bu ayrımı haklı kılan başkaca önemli durumlar da söz konusudur.⁹¹ Değindiğimiz üzere, doktrinde hakim olan görüş ve Yargıtay içtihatları⁹² da ceza koşulu ve götürü tazminatın farklı kurumlar olduğu ve birbirinden ayrılması yönündedir.

Götürü tazminat anlaşması, özellikle ceza koşulunun kararlaştırılmasının açık veya dolaylı bir biçimde yasaklandığı durumlarda veya tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı istemediği, tercih etmeyeceği durumlarda elverişli bir hukuki imkan olarak karşımıza çıkar. Yine

⁸⁹ Kocaağa, s.49 vd; Erdem, s.121 vd; Kapancı, s.675 vd; Yıldırım, s.36; Fischer (D.), s.167 vd; Fischer, s.161 vd; Bentele, s.19 vd; Oertli, N.263. İsviçre ve Alman hukuklarında da hakim görüş bu iki kurumun birbirinden ayırılması gerektiği yönündedir (bkz. Oertli, N.236, N.270).

⁹⁰ Doktrinde Sarı, götürü tazminat kavramı ile ifade edilen durumun ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini oluşturduğunu; bu yönüyle götürü tazminatın ceza koşuluna benzer olduğunu, ancak ondan farklı bir kavram olarak ele alınmasına ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir (Sarı, s.303-304); Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.29. Doğrudan iki kavramın aynı olduğunu ifade etmemekle birlikte, ceza koşulunun götürü tazminat niteliği taşıdığını belirten görüşler için bkz. Hüseyin Ekinci, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2015, s.52-53; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.36.

⁹¹ Oertli, N.263.

⁹² Yargıtayın konuya ilişkin genel uygulamasına bakıldığında, götürü tazminatın 'kira tazminatı' adı altında kavram olarak kabul edildiği görülmektedir (Bkz. Y.15.HD, E.1980/960, K.1980/959, T.11.4.1980; Y.15.HD, E.1986/861, K.1986/3147, T.06.10.1986; Y.13.HD, E.1997/10061, K.1997/10663, T.22.12.1997; Y.15.HD, E.2003/6165, K.2004/3813, T.08.7.2004; Y.15.HD, E.2003/4480, K.2004/1811, T.31.3.2004 (www.kazanci.com, 08.12.2016).

tarafar arasında söz konusu olan sözleşmenin yabancı unsurlu olması halinde uygulanacak yetkili hukuk, hukuk sistemi ve politikası açısından ceza koşulu kayıtlarının kararlaştırılmasına uygun olmayabilir ki; Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından durum bu şekildedir. Bu gibi hallerde, götürü tazminat anlaşması yapılabilir.

Ceza koşulu kararlaştırılmasının yasa koyucu tarafından açık veya dolaylı olarak yasaklanmış olması ve daha da önemlisi, bazı anlaşmaları yaparken tarafların gözettiği amaçların ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlardan farklı olabilmesi nedeniyle, götürü tazminatın ceza koşulundan ayırđedilmesi önemli ve zorunludur. Zira tarafların sözleşme akdederken amaçlarının ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlarla örtüşmemesi durumunda, tarafların iradelerinin ceza koşuluna ilişkin hükümlere (TBK m.179 vd) tabi tutulması yerinde olmaz.

Kıta Avrupası hukukunda da, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de götürü tazminat sözleşmesinin ceza koşulu ile ilişkisi ve bu kurumların birbirinden ayırđedilmesi önem arz eder.⁹³ Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliğinin götürü tazminat mı ceza koşulu mu olduğu, taraflar arasında söz konusu anlaşmaya uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşırken; Anglo-Amerikan hukuk sisteminde anılan anlaşmanın geçerliliği bakımından önem taşır. Çünkü ceza koşulu kurumu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde halihazırda reddedilmektedir. Bu hukuk sisteminde asıl borcun ihlal edilmesi haline ilişkin ödenmesi kararlaştırılan edim ya geçerli bir götürü tazminattır ya da geçersiz bir ceza koşuludur.⁹⁴

⁹³ Anılan bu iki kurumun ayırđedilmesi ve özellikle farklı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı hukuk ışığında ele alınması ayrı bir çalışma konusu olabilecek genişlikte olduğundan, burada hukuk sistemleri arasındaki farklı işleyişe kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

⁹⁴ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde asıl borcun ihlal edilmesi haline ilişkin olarak ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliğinin tespiti bakımından esas olarak iki husus dikkate alınır: Birinci husus, tarafların amacıdır (Bkz. Benjamin, s.602; Akkayan Yıldırım, s.392). Buna göre, sözleşmede yer alan bir kaydın veya bir anlaşmanın geçerli bir götürü tazminat mı yoksa geçersiz bir ceza koşulu mu olduğunun belirlenebilmesi için, her şeyden önce tarafların amacı saptanmalıdır. Amaç sözleşmenin ihlali ile meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit etmek, alacaklının malvarlığında rızası dışında ortaya çıkan eksilmeyi gidererek alacaklının malvarlığını iyileştirmek ise, geçerli bir götürü tazminattan söz edilir. Ancak, tarafların amacı borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya

B. Götürü Tazminat ile Ceza Koşulu Arasındaki Farklılıklar

Götürü tazminat kurumuna ilişkin halihazırda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı için, bu iki kurumun farklarının ve sınırlarının doğrudan yasal hükümler aracılığıyla belirlenmesi mümkün değildir. Yine, yargı kararlarında da konuya ilişkin genel ilkeler netlik kazanmış değildir. Bu farklılıkların belirlenmesi için tazminat hukukuna hakim genel ilkelerden ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerden hareket etmek yardımcı ve yerinde olacaktır.⁹⁵

Öncelikle tarafların anlaşmayı akdederken gözettikleri amaç önem taşımaktadır. Ceza koşulunda yapılan anlaşma esasen alacaklının menfaatlerine yöneliktir. Çünkü bu yönde bir anlaşma ile bir yandan borçlu üzerinde ciddi bir baskı oluşturulmuş, diğer yandan alacaklı zararını ispat etme zorunluluğundan bütünüyle kurtulmuş olmaktadır.⁹⁶ Ceza koşulunun ikincil işlevi zararın karşılanmasına hizmet etmek olsa da, öne çıkan -birincil işlevi- borçlu üzerinde ifada bulunmasına yönelik baskı yaratma işlevidir.⁹⁷ Götürü tazminatta ise her iki taraf açısından da avantajları olan bir durum⁹⁸ mevcuttur; baskı yaratma işlevi dolaylı olarak ortaya çıkmakta, daha silik ve uzak kalmakta; zararın karşılanmasına yönelik miktarın önceden tespit edilmesi amacı belirgin hale gelmektedir. Şu halde, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacının ağır basması halinde ceza koşu-

zorlamak ise geçersiz bir ceza koşulu söz konusudur. İkinci husus ise, taraflar arasında ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin makul bir tahmin olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir (Bkz. Benjamin, s.603; Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, s.11; Charles Goetz/Robert Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', *Colombia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, s.554; Oertli, N.232; Rea, s.147, 149 vd; Akkayan Yıldırım, s.393; Birinci Uzun, s.173 vd; yine bkz.Andrews/Clarke/Tettenborn/Virgo, s.494 vd). AnglAmerikan sisteminde ceza koşulu kayıtlarının reddedilmesine tarihsel bakış ve iki kurum arasındaki ayrışımın gelişimi hakkında bkz. Odetola, s.250 vd.

⁹⁵ Kocağa (Götürü Tazminat), s.152; Kapancı, s.676.

⁹⁶ Akkayan Yıldırım, s.382; Kocağa (Götürü Tazminat), s.150; Günay, s.75.

⁹⁷ Akkayan Yıldırım, s.382; Kapancı, s.677; Birinci Uzun, s.147; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 20. bası, Ankara 2016, s.801; benzer yönde Bell/Manly, s.387.

⁹⁸ Götürü tazminatın iki tarafa da avantaj sağlayan yapısı şu şekilde kendini göstermektedir: Alacaklı bu anlaşma ile zararını miktarını ispat etmekten kurtulurken; borçlu da içine gireceği sözleşme ilişkisinin kendisi açısından ne gibi riskler içerdiğini önceden görebilme olanağına kavuşmuş olmaktadır.

lundan; zararın karşılanması amacının ağır basması halinde götürü tazminattan söz edilir.

Götürü tazminat anlaşmasında, götürü tazminat ediminin talep edilebilmesi için, her ne kadar miktarını ispat etme zorunluluğu bulunmasa da, zararın meydana gelmiş olması⁹⁹ aranmaktadır. Asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda alacaklı herhangi bir zarara uğramış değilse, götürü tazminatın kararlaştırılmış olması bir anlam ifade etmez; zira zarar meydana gelmemişse, bu yönde bir kararlaştırma götürü tazminat ediminin (alacağının) talep edilebilmesi için yeterli değildir.^{100 101} Ceza koşulu açısından bakıldığında ise, zarar bu yönde bir talep için zorunlu bir unsur değildir.

Götürü tazminat anlaşmasında, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat edimini aşan bir zarar söz konusu olduğunda¹⁰², sa-

⁹⁹ Doktrinde bu hususa ilişkin bir görüş birliği olmadığı görülmektedir. Bir görüşe göre (Sarı, s.302; Tunçomağ, s.861) alacaklının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek yoktur. Bizim de paylaştığımız diğer görüş (Erdem, s.108; Kapancı, s.677, dpn.109) uyarınca, tarafların arasındaki anlaşmada bu konuya ilişkin -sarih yahut zimni- bir düzenleme yer almıyorsa, alacaklının zararın varlığını da ispat yükünden kurtulduğunu iddia etmek güçtür. Taraflar arasındaki anlaşma kural olarak alacaklıyı zararın miktarını ispat etmekten kurtarmaktadır; çünkü anlaşma ödenecek tazminat miktarının belirliliğine ve miktarına yönelik olarak akdedilmektedir. Başka bir ifadeyle, götürü tazminat sözleşmesi tazminatın miktarına ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yaratmaz.

¹⁰⁰ Oertli, N.188. Özellikle Alman hukuk doktrininde bazı yazarlarca götürü tazminatın zarardan bağımsız olduğu iddia edilmiştir (Lindacher, s.158 vd; Fischer (D.), s.173 vd). Bu görüşün benimsenemeyeceği, çünkü götürü tazminatın zarardan bağımsızlığı fikrinin sorumluluk hukuku ve tazminat ödeme yükümlülüğü anlayışı ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. Oertli, N.188; Birinci Uzun, s.149.

¹⁰¹ Borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın kararlaştırılmış olan götürü tazminata oranla çok düşük olması da bu durumu değiştirmez. Örneğin, götürü tazminat olarak 50.000 TL kararlaştırılan bir sözleşmede, asıl borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın 500 TL olması durumunda da borçlu kararlaştırılan götürü tazminatı ödemek durumunda kalır. Bu gibi durumlarda ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının birbirine çok yaklaştığı söylenebilir. Esasen tarafların sözleşmeyi veya içerisinde yer alan kayıtları nasıl adlandırdıkları sözleşmenin niteliği açısından önem arz etmediğinden bu gibi durumlarda götürü tazminat anlaşmasından ziyade, ceza koşulundan söz etmek mümkün olabilir. Hakim anlaşmanın içeriğini ve tarafların amacını göz önüne almak suretiyle sözleşmeyi yorumlayarak bir sonuca varacaktır (bkz.Erdem, s.111).

¹⁰² Doktrinde belirtildiği üzere, bu noktada hangi türden bir götürü tazminat anlaşmasıyla karşı karşıya olduğunun belirlenmesinde fayda vardır. Buna göre, eğer ki mutlak veya üst limiti belirleyen kısmen nispi bir götürü tazminat anlaşması söz konusu ise, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümler öncelikle uygulama alanı bulacak; borçlunun ağır kusuruyla ortaya çıkmış bir zarar var-

dece bu hususa yönelik ispat talepte bulunmak için yeterlidir.¹⁰³ Ceza koşulu kaydı içeren bir anlaşmada/ceza koşulu anlaşmasında sadece böyle bir aşkın zararın varlığını ispat etmek yetmemekte, alacaklı bunun yanısıra borçlunun kusurlu olduğunu da ispat yükü altında bulunmaktadır.¹⁰⁴

Götürü tazminat ya da ceza koşulu olsun, kararlaştırılan edimin ortaya çıkan zarardan aşırı derecede fazla olduğu durumlar da ele alınması gereken bir diğer husustur. Bu hususu götürü tazminat anlaşmasının türüne göre değerlendirmek yerinde olur. Şöyle ki; mutlak götürü tazminat anlaşmasında götürü tazminat ediminin değeri zarardan daha fazla ise, bunun indirilmesi kural olarak mümkün değildir. Nispi özellik taşıyan götürü tazminat anlaşmalarında ise, karşı taraf tarafından zararın kararlaştırılan edimden daha az olduğunun ispatı halinde, talep edilebilecek olan değer artık bu miktardan fazlası olamaz.¹⁰⁵ Ceza koşulu bakımından ise, TBK m.182/III uyarınca ortaya çıkan zarar miktarını aşırı derecede aşan ceza koşulu (kaydı) hakim tarafından indirilebilecektir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi hakim sözleşmeye müdahalesi niteliğindedir ve hakime tanınan ancak normal yetkilerini aşan, istisnai bir yetkidir. Öngörülme amacı açısından değerlendirildiğinde de, hakimin aşırı ceza koşuluna müdahale imkanının götürü tazminat anlaşmaları bakımından kabul edilmesine imkan yoktur.¹⁰⁶

İki kurum arasında, yukarıda ifade ettiğimiz temel farklılıklara rağmen, uygulamada söz konusu anlaşmaların birbirinden ayırılmemesinde güçlükler söz konusu olabilmektedir. Bunun en başta gelen nedeni, tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkide yer verdikleri lafzi nitelendirmeler ile gerçek irade ve amaçlarının her zaman birbiriy-

sa bu durumda anlaşma etkili olmayacağından (bkz.TBK m.115) aşkın zarar için talepte bulunmak mümkün olabilecektir. Nispi götürü tazminat anlaşmalarında ise, salt ispat yüküne dair bir anlaşma niteliği bulunduğundan, aşkın zarar her koşulda ispat edilmesi şartıyla talep edilebilecektir (Kapancı, s.678, dpn.112).

¹⁰³ Sözleşme hukukunda borcuna aykırı davranan borçlunun kusurluluğu karine olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s.546; Kapancı, s.678; Günay, s.160.

¹⁰⁵ Kapancı, s.678.

¹⁰⁶ Erdem, s.122; Birinci Uzun, s.154; Fischer, s.163 vd.

le örtüşüyor olmasıdır.¹⁰⁷ Sözleşmede yer alan bir kaydın ya da bir anlaşmanın götürü tazminata mı yoksa ceza koşuluna mı ilişkin olduğunun belirlenebilmesi için, her şeyden önce tarafların gerçekte ne amaçladığına, anılan kaydı/anlaşmayı kaleme alırken tam olarak ve öncelikle neyi hedefledikleri dikkate alınmalıdır.¹⁰⁸ Bu değerlendirme yapılırken hakim kendisini tarafların anlaşmayı yaptıkları zamandaki yerlerine koymalı, buna göre bir karara varmaya gayret etmelidir.¹⁰⁹ Dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt, anlaşmanın zarar olgusuyla olan bağlantısı, bir başka deyişle, asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen gerçek zarar ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişkidir.¹¹⁰ Ayrıca asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişki, yine asıl borcun ihlalinde edimin kime ödeneceği gibi hususlar da kararlaştırılan edimin niteliğinin belirlenmesinde yön gösterici olabilecektir.¹¹¹ Ancak yapılan değerlendirmeler sonrasında, kararlaştırılan edimin niteliğini belirlemede yine de tereddüt yaşanıyorsa, kanaatimizce her iki tarafın da menfaatlerine uygun düşen nitelikteki bir götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek daha yerinde olacaktır.¹¹²

¹⁰⁷ Kapancı, s.678; Kocaağa, s.53; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.154; Ozanoğlu, s.89-90.

¹⁰⁸ Benjamin, s.602; Erdem, s.122-123; Kapancı, s.679; Oertli, N.271. Teorik açıdan bu ayrım açık olmakla birlikte, somut anlaşmalarda bu belirlemeyi yapabilmek çoğunlukla güç olabilmektedir (BGE 109 II 462 ff. (468), E.4a; Bentele, s.20; Gauch, N.710).

¹⁰⁹ Ozanoğlu, s.90; Kapancı, s.679.

¹¹⁰ Tarafların önceden akdettikleri anlaşma çerçevesinde öngördükleri götürü tazminat ediminin değeri, objektif ve varsayımsal olarak uğranabilecek zararın çok ötesinde ise, burada artık bir ceza koşulu anlaşmasının varlığından söz etmek gerekecektir. Ancak somut durumda meydana gelen zarar ile anlaşmada kararlaştırılan edim değeri arasında büyük bir fark bulunmuyorsa ve somut olayda borçlu üzerinde baskı yaratılmak istendiği net olarak anlaşılamiyorsa, her iki tarafın da menfaatlerine hizmet eden götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek daha yerinde olur ki, bu da ayrıca bir kararlaştırmada bulunulmamışsa nispi götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilmelidir (Kapancı, s.679, dpn.118).

¹¹¹ Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Birinci Uzun, s.154 vd.

¹¹² Türk hukukunda aynı yönde Kılıçoğlu, s.812; Kapancı, s.679. İsviçre doktrininde bir görüş, kararlaştırılan edimin niteliğinde tereddüt halinde ceza koşulunun varlığından söz etmek gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, yasa koyucunun iradesi de -kanunda götürü tazminata değil, ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere yer verildiğine göre- bu yöndedir. Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş ülkeleri ayrı tutarsak, uygulamada ulusal düzlemde akdedilen anlaşmalarda da ceza koşulu kayıtları yaygındır (Bkz. Oertli, N.292 ve dpn.440). Buna karşılık, Alman doktrini ağırlıklı olarak kararlaştırılan edimin niteliğinde tereddüt oluşması

IV. SONUÇ

Götürü tazminat uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda doğmuş, zaman içerisinde doktrinde ve yargı içtihatlarında da benimsenerek kabul görmüş bir hukuki kurumdur. Bununla birlikte, halihazırda yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Konuya ilişkin Kıta Avrupası hukukunda çok az bilimsel çalışma yapılmıştır. Bunun temel nedeninin ceza koşulu kurumunun yaygın uygulaması ve henüz bu kurumun pek bilinmemesi olduğu söylenebilir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur; burada ise kuşkusuz ceza koşulu kayıtlarının bu hukuk sisteminde -son zamanlarda biraz yumuşama görülmekle birlikte- reddedilmesi rol oynamaktadır.

Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden kararlaştırılmasıdır. Hukuki nitelik olarak, asıl borca bağlı olarak ortaya çıkan, tek tarafa borç yükleyen, sui generis nitelikte bir anlaşmadır. Götürü tazminat anlaşmasında belirgin olan özellik, 'tipik beklenen zararın' önceden tespiti suretiyle zararın karşılanmasında kolaylık sağlama amacıdır. Bunun yanında, anlaşma taraflar arasındaki ilişkide şeffaflığı ve hukuki güvenliği de sağlamaya hizmet eder. Çünkü taraflar böylelikle sözleşme ilişkisine girerken olası riskleri önceden tespit edebilmekte, bu şekilde en baştan sağlıklı bir menfaat değerlendirmesi yapabilmektedirler. Bu yönüyle iki tarafa da avantaj sağlayan bir anlaşma görünümündedir. Götürü tazminat anlaşması mutlak, nispi, kısmen nispi (asgari/azami) olmak üzere çeşitli türlere ayrılır.

Götürü tazminat anlaşması uygulamayla doğmuş bir anlaşmadır; sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca geçerli olarak akdedilebilir. Yasa koyucu bu anlaşmaya ilişkin henüz özel bir düzenleme getirmiş değildir. Halihazırda anlaşmaya Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. İlgili yasal düzenlemeler özellikle tazmi-

halinde götürü tazminatın varlığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir (Bkz. Beuthien, s.500, 511 vd; Oertli, N.236 ve d.pn.341'de anılan diğer yazarlar).

nat miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m.114/II atfıyla TBK m.50 vd. ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin m.115-116 hükümleridir. Burada unutmamak gerekir ki, ceza koşulu ve götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup, bu edimleri konu alan anlaşmaların hukuki nitelik ve işlevleri farklıdır. Dolayısıyla, başta tenkise ilişkin TBK m.182 olmak üzere, ceza koşuluna ilişkin TBK m.179 vd. hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen götürü tazminat anlaşmasına uygulanması yerinde değildir.

Kaynakça

- Akkayan Yıldırım Ayça, 'Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme', *İÜHFİM*, C.LXI, S.1-2, s.357-414.
- Neil Andrews/Malcolm Clarke/Andrew Tettenborn/Graham Virgo, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*, London 2011.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9.Bası, Ankara 2012.
- Başalp Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul 2011.
- Bell Matthew/Manly Richard, 'Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties: Rethinking The War on Terrorism', *The International Construction Law Review*, Part 4, October 2012, pp. 386-405.
- Bentele Roland, *Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR*, Freiburg 1994.
- Benjamin Peter, 'Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.
- Beuthien Volker, 'Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe', *Festschrift für Karl*
- Larenz zum 70.Geburtstag*, München 1973, s. 495-516.
- Birinci Uzun Tuba, *Götürü Tazminat*, Ankara 2015.
- Bötticher Eduard, 'Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle', *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1970, s.3-61.
- De Geest Gerrit/Wuyts Filip, 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', *Encyclopedia of Law and Economics*, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK, 2000, p.141-161.
- Dimatteo Larry, 'Behavioural Case for Contractual Penalties under the Common Law', *European Review of Private Law*, 3-2015, pp.327-352.
- Ekinçi Hüseyin, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Ankara 2015.
- Erdem Mehmet, 'Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi', Gazi Üniversitesi Sorum-

- luluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.97-124.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Bası, Ankara 2016 (Genel hükümler).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2016.
- Fischer Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981 (D).
- Fischer Thomas, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998.
- Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990.
- Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996.
- Goetz Charles/ Scott Robert, 'Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', *Colombia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594.
- Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002.
- Kapancı Berk, 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655-683.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016.
- Kocaağa Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara 2003.
- Kocaağa Köksal, 'İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.74, 2008, s.149-157 (Götürü Tazminat).
- Lindacher Walter, Phänomenologie der Vertragsstrafe', (Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag), Frankfurt am Main 1972.
- Odetola Oluwadamilola, 'Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy, Vol. 6:1, 2015, s.247-271.
- Oertli Theres, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe), Luzern 2004.
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 14.Bası, İstanbul 2016.
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 12.Bası, İstanbul 2016.
- Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1-2, 1999 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf), s.60-118.

- Samuel Rea, 'Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages', *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167.
- Suat Sarı, "Götürü Tazminat' Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 299-304.
- Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4.Bası, İstanbul 2008.
- Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Tess Wilkinson-Ryan, 'Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment', *Michigan Law Review*, Vol. 108, No.5, 2010, pp.633-671.
- Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve 'Al ya da Öde' Kaydının Hukuki Niteliği', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, 29-43.