

TAZMİNATIN GÖTÜRÜ OLARAK BELİRLENMESİ

YRD. DOÇ. DR. MEHMET ERDEM

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ÖĞRETİM ÜYESİ

I. Genel Olarak

Sözleşmeler alanında, özellikle uluslararası sözleşmelerde yaygın olarak kullanılan götürü tazminat, ülkemizde çok az bilimsel çalışmaya konu olmuştur. Bu konuda mahkeme kararlarına da rastlamak son derece zordur. İsviçre ve hatta Almanya'daki durumun da çok farklı olduğu söylenemez. Bu durumun bir nedeni, Kıta Avrupası Hukuk uygulamasında cezai şart uygulamasının, götürü tazminat sözleşmesinin önüne geçmesi olduğu söylenebilir.

Oysaki Anglo-Amerikan hukuklarında, kuruma ilişkin eskiye dayanan yaygın bir uygulama mevcuttur. Bunun bir nedeni, bu hukuk sisteminin cezai şart kurumunu kabul etmemesidir. Başka bir anlatımla, söz konusu hukuk sisteminde, tazminat benzeri taleplerin mutlaka bir zararın varlığını gerekli kılmasıdır. Her ne kadar bizim hukuk sistemimiz açısından da, tazminat ancak bir zararın mevcudiyeti halinde gündeme gelirse de, her hangi bir zarar meydana gelmese de sözleşme cezasının ödenecek olması, bu ilkenin aşılması anlamına gelecektir. “*Alacaklı zarara duçar olmasa bile ceza lazım olur*” diyen BK 159 I hükmü, cezai şartın Borçlar Hukuku temel ilkelerinden sapma olarak öngörülmüş ve alacaklı yararına öngörülmüş olan bir düzenlemedir.

Alacaklı lehine böylesi bir imkân mevcut olsa bile, taraflar özellikle borçlu, şüphesiz ki böyle bir sonucu kabul etmek zorunda değildir. O sadece meydana gelen zararın dikkate alınmasını istemekte makul bir menfaate sahiptir. İşte bu halde, karşımıza cezai şarttan başka bir kurum olarak götürü tazminat çıkar.

Sözleşmeye, daha somut olarak o sözleşmeden kaynaklanan münferit bir borca aykırılık halinde borçlu, alacaklının zararını tazmin etmek zorundadır. Tarafların tazminata yönelik bir anlaşmalarının olmaması halinde hâkim, BK 43 I gereğince tazminatın miktarını sorumlu olan kişinin kusurunun ağırlığını ve durumun özelliklerini (*hal ve mevkiin icabı*) dikkate alarak belirleyecektir. Tazminatın en yüksek tutarı meydana gelen zarar miktarıdır (*Bk. Tandoğan Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 261 ve 430. Tazminatın zarar miktarından fazla olamayacağı ilkesinin istisnaları bulunabilir. Bu konu hakkında bk. Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 551 ve 573*). Ancak tazminatın zararın tamamı kadar olması gerekmez. Hukukumuz tazminatın belirlenmesinde sorumlu kişinin kusurunun ağırlığına atıf yaparak, tazminat miktarı konusunda ya hep ya hiç (*Alles-oder-Nichts-Prinzip*) diyen hukuk sistemlerinden farklı bir yol izlemektedir (*Bk. Honsell Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, § 9 N 4; Roberto Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 829. Ayrıca karış. UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004), mad. 7.4.2 ve 7.4.7*). Ayrıca BK 44 hükmü de tazminattan indirim nedenleri öngörmektedir.

Hâkime tazminatın belirlenmesi konusunda takdir yetkisi tanıyan BK 43 hükmü, öğretinin de kabul ettiği üzere, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır (*Karış. Berner Kommentar (BK)-Weber OR Art. 100 N 49 ve 167; CR-Werro CO art. 43 N 17*). Dolayısıyla tarafların bu hükümden farklı bir düzenlemede bulunmaları mümkündür. Biz de bu çalışmamızda, sözleşme taraflarının BK 43'ten farklı bir yol izleyerek tazminatı belirleme konusunda yapabilecekleri götürü tazminat sözleşmesini inceleyeceğiz.

II. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusundaki sözleşme veya kayıt (*vertragliche Schadensersatzpauschalierung; la fixation forfaitaire des dommages-intérêts; liquidated damages clause*) sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gerekli olan tazminatın taraflarca önceden, belirli bir miktar olarak kararlaştırılmasıdır (*Karış. GVP-SG 2002 N 50; Couchepin Gaspard, La for-*

faitisation du dommage, SJ 2009 II 1, s. 3; **Engel** Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997, s. 862; **Gauch** Peter, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, N 709; CR CO I-**Mossier** art. 160 N 4; **Bentele** Roland, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, Freiburg 1994, s. 19; **Gauch** Peter/**Schluep** Walter René/**Schmid** Jörg/**Rey** Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Zurich 2003, N 4071; **Bucher** Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 525; **Kocaağa** Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s. 49 ve 53; **Tunçomağ** Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 861; **Larenz** Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987, s. 383. Ayrıca bk. UNIDROIT mad. 7.4.13; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri - 1999 - (*The Principales of European Contract Law - PECL*), mad. 9:509).

Tazminatın götürü olarak belirlendiği hallere bazen kanunda da rastlanmaktadır (*Kanun tarafından öngörülmüş götürü tazminatların niteliği konusunda bk. Fischer* Thomas, *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Zürich 1998, s. 95 vd.). Bunlardan en bilineni BK 103 I'de öngörülmüş olan temerrüt faizidir (*Bk. Oğuzman/Öz*, s. 391; **Barlas** Nami, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1992, s. 124 vd.; CR-**Thévenoz** CO art.104 N 4). Para borcunun ifasında gecikerek temerrüde düşen borçlu, ilgili hükümde belirtildiği üzere temerrüt faizi ödemek zorundadır. Kanun, burada tazminatı götürü bir miktar (oran) olarak belirlemektedir. Ancak kanun tarafından belirlenen bu götürü tazminatın niteliği sözleşmesel götürü tazminattan farklıdır. Şöyle ki, BK 103 I'de temerrüt faizi götürü olarak belirlenmiş olmasına rağmen, bu miktar mutlak bir kesinlik ifade etmez. Alacaklının zararı temerrüt faizini aşılırsa kanun bu fazla miktarın da talep edilebilmesine belli şartlarda imkân vermektedir (BK 105 I). Bu durum, sözleşmesel götürü tazminattan en önemli farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların tazminatın miktarını götürü olarak belirledikleri durumlarda kararlaştırılan tazminat, gerçekleşen zarardan az olsa bile alacaklının bu fazla miktarı talep etmesi götürü tazminat sözleşmesinin niteliğine aykırı düşeceği için mümkün değildir. Bununla birlikte, taraflar götürü tazminat sözleşmesinin bazı hallerinde aynı imkânı kararlaştırabilirler.

Kanun tarafından tazminatın götürü olarak belirlenmesi haline bir örnek

de İsvBK 337d'de yer almaktadır (*Bu konu ve İsviçre Hukukundaki başka bazı haller için bk. Fischer Thomas, s. 95 vd. Ayrıca bk. BGE 121 V 277*). Hizmet sözleşmesine ilişkin derhal feshin (İsvBK 337 – 337d) sonuçları (İsvBK 337b – 337d), hizmetin ifasına başlamamak veya işi haklı bir neden olmadan terk etmek başlıklı hüküm (İsvBK 337d), işveren lehine götürü bir tazminat öngörmektedir. Söz konusu hükme göre, işçi haklı bir neden olmadan işe başlamaz veya aniden işi terk ederse, işveren işçinin aylık ücretinin ¼ oranında tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ancak ilgili hüküm götürü miktarda (oranda) bir tazminat tayin etmiş olsa da, İsviçre Kanun Koyucusu maddenin ileri bölümlerinde, bu götürü tazminatı, sözleşmesel götürü tazminattan tamamen ayrılacak bir şekilde *istisnalara* ve *hâkimin takdir yetkisine* bağlı tutmaktadır. Öyle ki, İsvBK 337d I'de (*in fine*), temerrüt faizinde olduğu gibi, alacaklıya (işveren) bu götürü tazminat miktarını aşan zararını talep etme imkânı tanınmıştır (*Bk. BGE 118 II 312*).

Alacaklının meydana gelen aşkın zararını isteyebilmesi imkânı nedeniyle, İsvBK 337d'de öngörülen tazminata ve hatta BK 103 I'de öngörülen temerrüt faizine asgari bir (götürü) tazminat (*Minimalschaden*) demek yanlış olmaz (*Bk. Fischer Thomas, s. 95*).

İsviçre kanunkoyucusu bu durumda hâkime, alacaklının hiçbir zarara uğramamış olması veya meydana gelen zararın kanun tarafında öngörülmüş olan götürü miktarın altında kalmış olması durumunda, tazminatı indirmek konusunda geniş bir *takdir yetkisi* tanımaktadır (İsvBK 337d II) (*CR-Aubert CO art. 337d N 4*). Bu durumda, ilgili hükümde kanun tarafından öngörülen götürü tazminatın, sözleşmesel götürü tazminattan farklılıklara sahip olduğunu göstermektedir. Oysaki bu durum sözleşmesel götürü tazminatın niteliği ile bağdaşmaz. Zira taraflar götürü tazminat sözleşmesi ile borçlunun ileride sorumlu olacağı tazminat miktarını kesin olarak belirlemişlerdir.

Asıl sözleşme ve götürü tazminat sözleşmesi arasında, doğal olarak, *talilik ilişkisi* mevcuttur. Götürü tazminat sözleşmesi asıl sözleşmeyi, onun ihlalin-den kaynaklanan tazminat borcunu konu edinmektedir (*Couchepin, Forfaitisation, s. 4 vd.*).

Taliliğin sonucu, eğer asıl sözleşmenin geçerliliği bir şekilde bağlı ise (*örneğin taşınmaz satış vaadi*), götürü tazminat sözleşmesinin geçerli olması da bu şekilde uyulmasına bağlıdır. Yine sözleşme kesin hükümsüzse, götürü tazminat sözleşmesi de varlık nedenini kaybeder ve hüküm ifade etmez. Asıl borç

borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşmış ise, kararlaştırılmış olan götürü tazminat da artık talep edilemez. Asıl sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapılmış ise, tarafların iradelerinden aksi anlaşılmadığı sürece götürü tazminat sözleşmesinin varlığını koruduğu kabul edilmelidir (*Couchepin, Forfaitisation, s. 5*).

Götürü tazminatın konusu borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık nedeniyle ödenmesi gerekli *müspet zarara* ilişkin tazminat olabileceği gibi, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme halinde ödenmesi gerekli *menfi zarara* yönelik tazminat da olabilir (*Karş. Larenz, s. 383; sözleşmeden dönme halinde menfi tazminat konusunda aksi fikirde Couchepin, Forfaitisation, s. 5*). Her ne kadar borçlu temerrüdü sonucu sözleşmeden dönme durumunda ortaya çıkabilecek olan tazminat alacağının götürü belirlenmesi, götürü tazminat sözleşmesinin talilik niteliği bağdaşmaz gibi görünse de, bu halin kendine has özelliği taliliği ihlal etmez. Dönme halinde ödenecek tazminata ilişkin sözleşme yine asıl sözleşmeye bağımlı niteliktedir. Dönme beyanında bulunulana kadar, bu talilik ve sonuçları devam eder. Dönme beyanıyla birlikte sözleşme, götürü tazminata ilişkin hükümleri dışında ortadan kalkar. Haddizatında özel planda bu çeşit götürü tazminat, şarta bağlı bir borç olarak, dönme şartına bağlanmış durumdadır.

Götürü tazminat sözleşmesi, geciktirici şarta bağlı bir borç doğurur. Şart olarak kararlaştırılan olay, götürü tazminatın ödenmesini konu edinen somut borca aykırılıktır. Götürü tazminat sözleşmesine konu edinilmiş olan borca aykırılık gerçekleşmiş ise, alacaklı kararlaştırılmış olan tazminatı talep edebilir. Borca aykırılık halinin ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği konusunda tarafların iradelerinin yorumu gerekli olabilir. Dikkate alınması gerekli olan olgu, sözleşmenin bütünü değil, ihlali kararlaştırılmış olan asıl borç olmalıdır. Hangi borcun ihlali için götürü tazminat kararlaştırılmış olduğu konusunda tarafların gerçek iradeleri tespit edilemiyorsa, güven prensibi çerçevesinde farazi iradeleri tespit edilmelidir (*Couchepin, Forfaitisation, s. 6*).

Götürü tazminat sözleşmesi ile kararlaştırılmış olan borca aykırılık gerçekleştiği takdirde, bundan kaynaklanan tazminat borcu da bağımsız nitelik kazanır. Bu andan itibaren tazminat borcu için 10 yıllık bağımsız zamanaşımı işlemeye başlar. Oysa tazminat borcu muaccel olmadan önce, asıl borca bağımlı niteliği gereği (BK 131), asıl borcun zamanaşımına uğraması onun da talep edilmesine engel olur (*Couchepin, Forfaitisation, s. 5 ve 7*).

III. İşlevleri

Götürü tazminat sözleşmesinin öncelikli amacı, borca aykırılık halinde alacaklıyı zararın miktarını ispat yükümlülüğünden kurtarmak ve tazminatın miktarı konusunda onu belirsizlik içinde bırakmamaktır. Götürü tazminat sözleşmesi, cezai şartın temel amacı olan borçlunun borcuna uygun davranmasını temin etmek, onun borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip değildir. Haddizatında 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 karşımıza çıkar. Somut bir tazminat borcunun, borçlu nezdinde soyut bir tazminat yükümlülüğünden daha ağır bir psikolojik etkisi olabileceği bir gerçektir.

Kural olarak, tazminat miktarının belirlenmesi, alacaklının ispat yükümlülüğü akabinde, hâkimin üzerine düşen bir görev olarak bırakılmıştır. BK 43 I gereğince hâkim tazminatın miktarını sorumlu olan kişinin kusurunun ağırlığını ve durumun özelliklerini (*hal ve mevkiin icabı*) dikkate alarak belirleyecektir. Ancak tazminatın zararın tamamı kadar olması gerekmez. BK 44 hükmü de tazminattan indirim nedenleri öngörmektedir. Oysa götürü tazminat sözleşmesi ile hâkimin bu alandaki belirleme yetkisi bertaraf edilmekte, hâkimin belirleyeceği belirsiz bir tazminatın ne olabileceği riskinden alacaklı kurtulmaktadır.

Alacaklı, götürü tazminat sözleşmesi ile borca aykırılık halinde talep edebileceği tazminat alacağını baştan bilerek kendini hukuki güvenlik içinde hissedeceği gibi; zaman kaybı, yargılama masraflarının azalması gibi doğrudan ekonomik yararlar da elde eder (*Couchepin, Forfaitisation, s. 4*).

Hükümleri

Tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusundaki anlaşma asıl sözleşmenin kurulması aşamasında *sözleşmenin bir şartı* olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşmeden sonra *bağımsız bir sözleşme* olarak da yapılabilir. Uygulamanın yaratmış olduğu ve geçerliliği konusunda bir ihtilaf bulunmayan bu durumda, tarafları kısıtlamak için her hangi bir gerekçe yoktur (*İsviçre Federal Mahkemesi de kurumun geçerliliğini çok uzun yıllardır kabul etmektedir, bk. BGE 29 II 273*). Ancak, tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesi mutlaka *zarar meydana gelmeden önce (ante quo)* yapılmalıdır. Zarar meydana geldikten sonra tazminat konusunda yapılacak bir anlaşma (*ex post*) tazminatın götürü olarak belirlenmesi olarak nitelendirilemez. Bu nitelikte bir anlaşma ancak, taraflar arasındaki *ihtilafın barışçı bir şekilde* (sulh yoluyla)

çözümlemesi olarak nitelendirilebilir (**Oğuzman/Öz**, s. 373; ayrıca bk. **Couchevin**, *Forfaitisation*, s. 3).

Borçlar Hukuku sistemimizin temellerinden birini oluşturan *sözleşme özgürlüğü* çerçevesinde taraflar emredici hükümlere, ahlâka ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla sözleşmenin içeriğini belirleyebilirler. Taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü, sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarını belirleme konusunda da tam anlamıyla uygulama alanı bulur. Bununla birlikte götürü tazminat sözleşmesi de, diğer sözleşmeler gibi BK 19 ve 20'ye uygun olmak zorundadır. Böyle bir sözleşmenin BK 19 ve 20'ye aykırılığı özellikle kişilik hakları ve ahlâka aykırılık konusunda gündeme gelir. Hiç şüphesiz belirlenen miktarın kişilik hakları ve ahlâka aykırılığının tespiti zararın meydana gelmesinden sonra anlaşılacak olan bir husustur.

Çoğunlukla kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık belirlenen miktar açısından ortaya çıkar. Bu durumda sözleşmenin geçerliliği BK 20'ye göre belirlenmelidir. Belirlenen miktar muhtemel tazminat miktarı ile açıklanamayacak bir oranda ise ve bu miktarın ödenmesi borçlu açısından ekonomik yıkıma neden olarsa, sözleşme konusu itibarıyla kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olarak kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır (*Bk. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s. 390 vd. ve 398 vd. Karş. *BGE 129 III 209; Federal Mahkeme, SJ 2003 I 374*). Buradaki hükümsüzlük, kural olarak kısmi hükümsüzlüktür (BK 20 II).

- Kısmi hükümsüzlük bu alanda iki şekilde değerlendirilmelidir. Kesin hükümsüzlüğün kısmılığı, bir yandan sadece *sözleşmenin bir kısmını oluşturan götürü tazminat sözleşmesi* ile sınırlı olarak kabul edilebileceği gibi; sadece *götürü tazminat sözleşmesinin bir kısmı* olarak da ortaya çıkabilir. Zira BK 20 II'de bahsedilen sözleşmenin bir kısmı ifadesi, kanunun Fransızca ve Türkçe metinleri dikkate alındığında (*şartlardan bir kısmı, certaines de ses clauses*) sözleşmenin bir şartını, klotunu *-asıl sözleşmenin bir şartı olarak götürü tazminat klotu gibi-* ifade etmektedir. Bunun yanında, Federal Mahkeme ve öğretinin de benimsediği üzere, BK 20 II'nin Almanca metni (*einzelne Teile*) de dikkate alınarak, sözleşmenin hükümsüzlüğe konu olabilecek olan kısmı sözleşmenin konusunun bölünebileceği en küçük sayısal parça olarak kabul edilmelidir (*Bk. BGE 130 III 49; Hürlimann Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984, N 184 vd. ve orada anılan yazarlar; Piotet Paul, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice de consentement, in Revue de droit suisse 76 I*

105; **Tandoğan** Halûk, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques, Genève 1952, s. 121 vd.* Öğretide **Oğuzman/Öz** (s. 913), cezai şarta ilişkin değerlendirmeleri bağlamında, sözleşmenin bir kısmı ifadesinin (BK 20 II) sözleşmenin bir şartını, klotunu bütün olarak kapsadığını ifade etmektedirler. Yazarlar, o şartın, klotun bütünüyle hükümsüz olacağını belirterek bu noktada öğretiden farklılaşmaktadırlar. Ancak yazarlar, özel bağlamda TTK 24 ve TTK 1446'nın uygulaması ile yine de öğreti ve Federal Mahkemenin görüşünün uygulanması sonucuna varacak bir durumu, sözleşme cezası açısından benimsemektedirler, bk. s. 913. Aynı yönde **Başpınar** Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 60 vd.* Yazara göre BK 20 II'deki sözleşmenin bir kısmı ifadesi, (basit) sözleşmelerde sözleşmenin bir hükmünü, şartını veya noktasını; bileşik sözleşmelerde ise bireysel sözleşmelerden her birini ifade etmektedir. Yazar bu görüşü ile hakim öğretiyeye karşı durmaktadır. Ona göre sözleşmenin bir kısmı ifadesinden hakim öğretinin anladığı sözleşmenin konusunun bölünebileceği en ufak sayısal parça, anlaşılmaz (s. 62).

İlk olarak, götürü tazminat sözleşmesi tek başına, miktarının kişilik haklarına veya ahlâka aykırı bir miktar olarak belirlenmesi nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalabilir. Bu hükümsüzlük kural olarak tazminat miktarının ahlâka veya kişilik haklarını ihlal eden miktarına kadar söz konusudur. Ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olabilecek olan miktar ortadan kaldırıldıktan sonra, yani o kısmın kesin hükümsüzlüğünün tespitinden sonra, götürü tazminat sözleşmesi geçerli olarak varlığını sürdürecektir.

Bu noktada, BK 20 II (*in fine*) hükmü de ayrıca değerlendirilmelidir. Şayet tarafların, belirlenen ve hükümsüz kabul edilen miktar olmadan o sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul edildiği durumlarda götürü tazminat sözleşmesi bütünüyle hükümsüz kabul edilmelidir. Ancak bu durum, götürü tazminatın niteliği dikkate alındığında çok ender karşılaşılabilecek olan bir durumdur.

İkinci olarak, yukarıda bahsettiğimiz gibi, kısmi hükümsüzlük götürü tazminat konusundaki anlaşmanın asıl sözleşmenin bir kısmını oluşturması itibarıyla da değerlendirilmelidir. Götürü tazminat konusundaki anlaşma, kısmen veya tamamen hükümsüz kabul edildiği durumlarda, asıl sözleşme bu hükümsüzlükten nasıl etkilenecektir? Götürü tazminat konusundaki anlaşmanın kısmen (*Sözleşmeyi oluşturan alt anlaşmalardan birinin hükümsüzlüğü halinde, bu anlaşmalara BK 20 II gereğince kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanamayacağı düşüncesi ile karşı görüşte Başpınar, s. 65. Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/*

Altop, s. 379 vd.) veya tamamen hükümsüz kılınması halinde bu hükümsüzlük asıl sözleşmenin bir kısmı olarak onun da hükümsüz kılınmasına neden olabilir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, götürü tazminat konusundaki anlaşma asıl sözleşmeden sonra yapılmışsa, onun hükümsüzlüğü asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Zira BK 20 II (*in fine*)’de bahsedilen durum, yani sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğünü tüm sözleşmeye yayma imkânı olamayacaktır. İlgili maddede belirtilen ve sözleşmenin bütününe hükümsüzlüğüne neden olabilecek olan “[*f*]akat bunlar olmadan akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde” şeklinde ileri sürülebilecek olan bir iddia, zaman itibarıyla asıl sözleşmeden sonra yapılan bir götürü tazminat sözleşmesinin varlığı durumunda mantıki olarak ileri sürülemez.

- Götürü tazminat sözleşmesi asıl sözleşme ile aynı anda, onun bir şartı (klozu) olarak yapılmışsa, götürü tazminat konusundaki anlaşmanın tamamen hükümsüz olması da, kural olarak asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir, meğerki o şart olmadan asıl sözleşmenin de yapılmayacağı kabul edilebilir olsun. Diğer bir ifade ile tarafların farazi iradelerinin götürü tazminat sözleşmesi olmadan asıl sözleşmenin de yapılmayacağı yönünde olduğu kabul edilebiliyorsa, asıl sözleşme de hükümsüzlükten etkilenir. Götürü tazminat sözleşmesinin kısmen hükümsüz olması durumunda da sonuç aynıdır. Yani götürü tazminat sözleşmesi kısmen hükümsüz olduğunda, şayet tarafların iradesi götürü tazminat ile belirlenen ancak hükümsüz olan miktar olmadan asıl sözleşmeyi yapmamak yolunda idi ise, asıl sözleşme de bu hükümsüzlükten etkilenir. BK 20 II’nin *ratio legis*’i bizi bu sonuca götürmektedir.

- Götürü tazminat, kural olarak bir miktar *paradır*. Ancak bir miktar para dışında *başka bir şeyin* de tazminat olarak kararlaştırılmasına her hangi bir engel yoktur.

Götürü tazminat konusundaki anlaşmanın konusu *tazminatın miktarıdır*. Götürü tazminat sözleşmesi sorumluluğun diğer şartlarında her hangi bir değişiklik yapmaz. Taraflar arasındaki anlaşma ile alacaklı ancak meydana gelen zararın miktarını ispattan muaf tutulmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun tazminat talep edebilmesi için yerine getirmesi gerekli olan diğer yükümler konusunda her hangi değişiklik meydana gelmez.

Bu bağlamda iki olgu özellikle incelenmelidir; *borçlunun sözleşmeye aykırılıkta kusuru ve zararın varlığının ispatı*.

- Sözleşmeye aykırılıkta borçlunun tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için borçlunun bu aykırılıkta kusurlu olması şartı aranmakta ise, götürü tazminat sözleşmesinin varlığı bu şartı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılıkta alacaklının kararlaştırılan tazminatı talep edebilmesi için, borçlunun kusurlu olması şartı da aranacaktır. Sözleşmeye aykırılıkta borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiği için alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Ancak borçlu sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olmadığını ispat ettiği hallerde belirlenen tazminatı ödeme borcu söz konusu olmayacaktır.

Bununla birlikte kanun borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için, onun sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olması şartını aramıyorsa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için de borçlunun kusurlu olması aranmayacaktır. Örneğin, borçlunun temerrüt faizi ödemesi için, para borcunun ödenmesinde temerrüde düşmede kusurlu olması aranmamaktadır (*Oğuzman/Öz, s. 391*). Taraflar götürü tazminat sözleşmesi ile bir miktar para borcunun ifasında temerrüt halinde tazminat miktarını (temerrüt faizi oranını) belirlemişlerse, bu durumda da borçlunun ifade temerrüde düşmesi halinde kusurlu olması aranmaz. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile götürü tazminat sözleşmesinde kararlaştırılmış olan miktarı ödemek zorundadır.

Kanun borca aykırılıkta borçlunun sorumluluğu için onun kusurlu olması şartını aramakla birlikte, taraflar, götürü tazminat sözleşmesinde tazminat miktarını belirlerken ayrıca sorumluluk için borçlunun kusurlu olması şartını kaldırmışlarsa, bu düzenleme geçerli kabul edilebilir mi? Sorumluluğu genişleten böyle bir düzenleme, kural olarak, geçerlidir. Yani, borçlunun sorumluluğunu, onun borca aykırılıkta kusurlu olması şartından arındıran böyle bir anlaşma, BK 19, 20 ve MK 23 gibi genel hükümlere aykırılık oluşturmuyorsa, geçerli bir düzenlemedir. Tarafların böyle bir anlaşması geçerli kabul edilebildiği durumlarda, belirlenen götürü tazminat da talep edilebilecektir.

- Zararın ispatı bahsine gelince, alacaklı borca aykırılık halinde meydana gelen zararının karşılanmasını talep edebilmek için, genel ilke olarak onun varlığını ispat etmek zorundadır (*Oğuzman/Öz, s. 345 ve 551; BGE 98 II 325; Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472*). Tarafların tazminat miktarını götürü olarak belirlemeleri durumunda bile alacaklının bu yükümlülüğü ortadan kalkmaz (*Bk. Erdem Mehmet, La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Doktora Tezi (Neuchâtel), Ankara 2006, s. 45 vd.; Fischer Tho-*

mas, s. 143 ve 162; **Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 11 ve 13; **Bentele**, s. 19. Ayrıca karşı. **Beuthien Volker**, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe, in Festschrift Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495 vd., 498. Aksi görüş için bk. Gauch/Schluép/Schmid/Rey, N 4071; Larenz, s. 383; Tunçoğmağ, s. 861. Ayrıca bk. CR-Mooser CO art. 160 N 4). Zira götürü tazminat sözleşmesi sadece tazminatın miktarına ilişkindir. Sözleşme, tazminat miktarının ispatı dışında sorumluluğun şartlarında bir değişiklik yapmayacağından alacaklı borca aykırılık halinde bir zararın meydana geldiğini yine de ispat etmek durumundadır.*

İstisnai bir durum olarak tarafların temerrüt faizi oranını kanunun belirlediği orandan yüksek tuttıkları durumlarda, bir götürü tazminat sözleşmesi olmakla birlikte, borçlunun bir zararın meydana geldiğini ispatlamasına gerek olmayacaktır (Krş. **Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 11). Zira kanun, BK 103'de öngördüğü temerrüt faizinin ödenmesini her hangi bir zararın varlığına bağlamamıştır (BGE 123 III 241; **Oğuzman**, 391; **Barlas**, s. 133 vd.). Tarafların yaptıkları bir sözleşme ile kanundan tamamen ayrıldıklarını ileri sürmek mümkün olmadığı sürece, belirlenen miktarın talep edilmesi için de her hangi bir zararın varlığı aranmamalıdır. Belirtmeliyiz ki, taraflar kanunen belirlenmiş olan temerrüt faizi oranını yüksek tutarak, BK 105 I hükmünün uygulamasını kaldırmış olurlar. Diğer bir ifade ile temerrüt faizi oranının taraflarca kanunda belirlenen miktardan yüksek tutulduğu durumlarda, alacaklının zararı belirlenen bu miktarın üzerinde olsa bile bu fazla miktarı isteyemez. Bununla birlikte, tarafların farklı bir düzenleme yapmaları mümkündür.

Zararın varlığının ispatı, tazminatın miktarının ispatı alanına ulaşabilecek ağır bir yüküm olarak aranmamalıdır. Alacaklı zararın varlığını ispat etmek zorunda ise de, bazen zararın varlığının ispatı, miktarının ispatı gibi çok güç hatta imkânsız olabilir. Böyle bir durumda, yani zararın varlığının ispatının güç veya imkânsız olması durumunda hâkim, bir zararın meydana gelip gelmediğini kendisine tanınan geniş anlamda belirleme yetkisi çerçevesinde çözümlenecektir (*Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472; CR-Werro CO art. 42 N 24; Yargıtay 4. HD, 4.6.1984, 4932/5361, Uygur Turgut, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, II. Cilt, Ankara 2003, s. 2016*). Hâkimin bu yetkisi BK 42 II'den kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, BK 42 II'de hâkime tanınan yetki zararın miktarına ilişkin görünüyorsa da (*Mehaz Kanun da dikkate alınarak*), hâkime tanınan bu yetkinin zararın varlığı konusunda da geçerli olduğu kabul edilmelidir (Bk. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/**

Altop, s. 578; *Eren Fikret*, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2003, s. 693; *Engel*, 505; *CR-Werro CO art. 42 N 24*; *BGE 122 III 219*; *Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472*). Belirtmeliyiz ki, hâkimin bir zararın meydana geldiğini kabul edebilmesi için bu durumu küçük bir ihtimal olarak görmesi yeterli olmayıp, *kesinliğe yakın bir kanaate* varmış olması gereklidir (*BGE 122 III 219*; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 579; *Berner Kommentar (BK)-Brehm OR Art. 42 N 52*; *CR-Werro CO art. 42 N 29*). Alacaklı zararın varlığını ispat edememekle birlikte, zararın meydana gelmesine neden olan olayları ve tüm verileri hâkime sunmak zorundadır (Bk. *Tandoğan*, s. 264; *Eren*, s. 693; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 579; *Oğuzman/Öz*, s. 552; *CR-Werro CO art. 42 N 29*; *Ayrıca bk. Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472*). Zira hâkim, bunları *re'sen* araştırmak zorunda değildir (*Tandoğan*, s. 264).

Taraflar tazminatı götürü olarak takdir ederken zararın varlığını ispat etmek yükümlülüğünden de alacaklıyı kurtarabilirler. Taraflar bu konuda serbest olup, buna her hangi bir engel yoktur. Hatta öğretilerde önemli bir kesim, bizden farklı olarak, götürü tazminat takdir edilmesi durumunda alacaklının zararın varlığını ispat etmek yükümünden de kurtulduğunu belirtmektedir (*Örneğin Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, N 4071; *Larenz*, s. 383; *Tunçomağ*, s. 861. *Ayrıca bk. GVP-SG 2002 N 50*). Kanaatimizce, tarafların arasındaki anlaşma bu konuda *sarih* veya *zımni* bir düzenleme içermiyorsa, alacaklının zararın varlığını da ispat yükümünden kurtulduğunu söylemek zordur. Tarafların arasındaki anlaşma sadece tazminat miktarına ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarına ilişkin değildir. Diğer bir ifade ile götürü tazminat sözleşmesi tazminatın miktarına ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yapmaz (*Bk. Couchepin, Forfaitisation*, s. 11).

Tarafların alacaklıyı zararın varlığını ispattan muaf tuttıkları durumlarda veya öğretinin bir kısmının kabul ettiği üzere, götürü tazminat kararlaştırıldığı her durumda, götürü tazminatın talep edilmesi bir zararın varlığını yine de gerektirir (*Bk. Basler Kommentar (BaK)-Ehrt OR Art. 160 N 12*; *Bucher*, 525; *Couchepin, Forfaitisation*, s. 11). Alacaklı zararın varlığını ispat etmek yükümünden kurtulmuş olmakla birlikte, bu sadece *ispat yükünün yer değiştirmesi* anlamındadır. Diğer bir ifade ile borçlu borca aykırılıkta herhangi bir zararın gerçekleşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Hiçbir zararın meydana gelmemesi halinde bile borçlunun sorumlu tutulduğu bir anlaşma, taraflar onu götürü tazminat sözleşmesi olarak belirlemiş olsalar bile, bu nite-likte değildir. Böyle bir anlaşma belki cezai şart olarak nitelendirilebilir, ancak

götürü tazminat olarak nitelendirilemez. Bir zararın meydana gelmemesi halinde bile tazminat ödenmesi kararlaştırıldığı durumlarda cezai şartın alanına girilmiş olur ve cezai şart konusundaki emredici düzenlemelerden kaçılmaz. Oysaki götürü tazminat sözleşmesi “*sui generis*” nitelikte bir sözleşme olup, cezai şarta ilişkin emredici nitelikteki bazı düzenlemelere, özellikle aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BK 161 III’e tabi değildir. Cezai şarta ilişkin hükümler ona uygulanmamalıdır (Bk. **Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 14 vd.; ayrıca bk. *ileride V. Türk Hukukundaki Durum, Değerlendirme ve Sonuç*).

Götürü tazminat, kesin bir meblağ veya kesin bir edimi ifade eder. Borca aykırılık halinde ortaya çıkan zararın, belirlenen bu götürü tazminattan az veya çok olması, bunu değiştirmek konusunda taraflara bir hak vermez. Alacaklı fazla zararını talep edemeyeceği gibi, borçlu da zararın daha az olduğunu ispat ederek bu fazla miktar için götürü tazminatı ödemekten kurtulamaz. Tazminatın bu şekilde bir kesinlikle ifade edilmiş olması, borçlu lehine sorumluluğu sınırlandırılması anlamına geleceği için, kanunun bu konudaki hükümlerine tabi olmalıdır (BK 99). (*Ayrıntılı uygulaması için bk. Couchepin*, *Forfaitisation*, s. 26 vd.)

Ancak, yukarıda bahsettiğimiz bu saf götürü tazminat sözleşmesi dışında, en azından şekli anlamda, farklı türde çeşitleri de olabileceği öğretide ileri sürülmektedir (**Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 11 vd.).

Götürü tazminatın bir çeşidi olarak nitelendirilen *nisbi nitelikteki götürü tazminatta*, taraflar tazminat miktarını mutlak bir biçimde sınırlamamışlardır. Bu nitelikteki götürü tazminatta da alacaklı tazminat miktarını ispat etmek zorunda değildir. Ancak daha fazla bir zarara uğradığını ispat eden alacaklı, bu fazla zararını da karşılanmasını isteyebilir. Cezai şarta ilişkin istisnai bir hüküm olan BK 161 II hükmü bu alanda uygulanmaz. Diğer bir ifade ile borçlunun kusurlu olduğu karinesi geçerliliğini korur (BK 96). Alacaklı gibi borçlu da, gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispat ederse, daha fazlasını ödemekten kurtulur. Her ne kadar götürü tazminat sözleşmesi olarak isimlendirilse de, bu sözleşme ispat yüküne ilişkin bir sözleşme (*Beweisvertrag*) olmaktan başka bir hüküm ifade etmez (**Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 12). Taraflar, ispat yüküne ilişkin bu imkânı sadece içlerinden biri için de öngörebilirler.

IV. Cezai Şart ile Farklılıklar

Götürü tazminat konusundaki anlaşma “*sui generis*” nitelikte olmakla bir-

likte, kanunda düzenlenmiş olan cezai şartla benzerlikler gösterdiği bir gerçektir (*Her iki kurum arasında ayırım yapmaya izin vermeyen bir sistem benimsemiş gibi görünen kuralları için bk. UNIDROIT mad. 7.4.13; PECL mad. 9:509*). İki farklı kurum arasında bu benzerlik çok yoğun tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışmalar, özellikle cezai şartla ilişkin düzenlemelerin götürü tazminat sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı noktasında yoğunlaşmıştır. Her iki kurum arasındaki ilişkiyi belirlemek ve götürü tazminat sözleşmesini daha iyi anlayabilmek için bu tartışmalara bazı ülke hukukları bağlamında değinmek yerinde olacaktır. Kıta Avrupası Hukuklarında olduğu kadar, Anglo-Amerikan sistemi hukuklarında da götürü tazminat sözleşmesinin cezai şart ile ilişkisi ve iki kurumun birbirinden ayrılması önem arz eder. Aşağıda kısaca bu Hukuklardaki duruma değineceğiz.

A. Anglo-Amerikan Hukuku

Öncelikle Anglo-Amerikan Hukukundan başlamak yerinde olur. Zira bu Hukukta konunun ifade ettiği önem, Kıta Avrupası Hukuklarından daha farklı bir boyuttadır. Şöyle ki, Anglo-Amerikan Hukuku götürü tazminat konusundaki anlaşmaları (*liquidated damages*) geçerli kabul ederken, Kıta Avrupası Hukuklarından farklı olarak, cezai şartı (*penalty clause*) geçersiz saymaktadır. Daha açık bir ifade ile bu Hukuk, taraflara sözleşme cezası kararlaştırmak konusunda serbestlik vermemekte, böyle bir anlaşmanın varlığı halinde bunu geçersiz saymaktadır (*Bu konuda özellikle bk. Benjamin Peter, Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts; A Comparative Study of English and Continental Law, in International and Comparative Law Quarterly 1960/9, s. 600 vd.; Pitch Hervin D./Synder Ronald M., Damages for Breach of Contract, Carswell (Thomson Professional Publishing) Toronto 2000, 6-3 (a), (b) ve 6-4; Calamari John D./Perillo Joseph M., The Law of Contracts, 3. ed., St. Paul, Minnesota 1987, s. 639 vd.; Farnworth E. Allan, Contracts, 2. ed., Boston-Toronto-London 1990, s. 935 vd.; Ellington Paul R., Penalty Clauses: England, in DPCI 1982, s. 515 vd. Amerikan Hukukunda cezai şartın geçersiz sayılması konusundaki eleştirileri için bk. Kaplan Philipp R., A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages, in Southern California Law Review, 1977/50(4), s. 1055 vd.*).

Durum yukarıda belirttiğimiz gibi olunca, cezai şart ve götürü tazminat arasındaki ayırım, bu hukuk sistemi açısından daha fazla önem arz etmektedir. Kıta Avrupası Hukuklarında, genel olarak, bir kuruma ilişkin düzenlemelerin diğerine uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulurken, diğerinde bir ku-

rum (cezai şart) tamamen sistem dışına çıkarıldığı için sözleşmenin niteliğini belirlemek, onun geçerli olarak ayakta kalıp kalmayacağını da tayin edecektir.

Anglo-Amerikan Hukuku tarafların borca aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarını önceden götürü olarak belirlemesine izin verirken, bu kurumda temel dayanağın gerçekleşecek zararın belirlenmesi olduğunu dikkate almaktadır. Oysaki, amacı tazminatın götürü olarak belirlenmesi dışında, borçlunun borcuna aykırı davranmasını önlemek için bir baskı niteliğinde (*in terrorem*) olan cezai şart kabul edilmemektedir (*Bk. Chitty Joseph, Chitty on Contracts, 29. ed., Volume I, General Principales, London 2004, N 26-109 ve 26-110*). Unutulmamalıdır ki, cezai şartın baskı unsuru, özellikle her hangi bir zararın meydana gelmemesi halinde bile sözleşme cezasının muaccel olmasını gerektiren ilkede kendini bulmaktadır. Borçluya böyle bir baskı yapılması ve bir zarar meydana gelmese bile tazminat ödenmesinin kabulü bu Hukuka yabancı kabul edilmekte ve geçersiz sayılmaktadır.

Götürü tazminat ve cezai şart arasındaki fark ise ilkinde, ileride doğabilecek olan tazminatı önceden belirlemekte diğerinde ise, bu tazminatı belirlemenin dışında borçlunun borca uygun davranmasını temin edecek bir baskıyı hedef almasında bulunmaktadır (*Chitty, N 26-109; Pitch/Synder, 6-3 (b)*). Kıta Avrupası Hukuklarında olduğu gibi Anglo-Amerikan Hukuku da, tarafların bu konudaki nitelendirmelerini yeterli görmeyip, anlaşmanın içeriğini belirleyici kabul etmektedir (*Chitty, N 26-110; Pitch/Synder, 6-4 (a) ve (c/i)*). *Dunlop Pneumatic Tyre Co. V. New Garage & Motor Co., (1915), A.C. 79 at 86 (H.L.)* “*Though the parties to a contract who use the words ‘penalty’ or ‘liquidated damages’ may prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The Court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages*”. *Wilson v. Love, (1986), 1. Q.B. 630* “... that the used by the parties themselves is to be altogether disregarded and I should say that, where the parties themselves call the sum made payable a penalty, the onus lies on those who seek to show that is to be payable as liquidated damages”). Somut olayda bu durumun belirlenmesinin ne kadar zor olduğu takdir edilebilir. Hâkim anlaşmanın içeriğini ve tarafların amacını dikkate almak suretiyle sözleşmeyi yorumlayarak bir sonuca varacaktır. Belirlenen miktar ile zararın olası maksimum miktarının özellikle dikkate alınması ayrıca belirtilmektedir (*Chitty, N 26-110*).

İki kurum arasındaki farkı belirleyen bu temel kıstas ve buna yardımcı başka unsurların (*Chitty, N 26-110. Ayrıca bk. Pitch/Synder, 6-4*) -örneğin,

just compensation- varlığına rağmen şüpheli ve belirsiz olan bu alanda son derece zıt kararların bulunduğu da bir gerçektir (*Bk. Giesecke v. Cullerton, (1917), 280 III 510, 117 N.E., 777 “No brach of the law is involved in more obscurity by contradictory decisions”*). Şüphe halinde, tarafların anlaşmalarını ayakta tutma eğiliminin ağır bastığı ve sözleşmenin/klozun götürü tazminat sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir (*Benjamin, s. 604 vd.; Pitch/Synder, 6-5 (b)*). Zarar ile belirlenen tazminat arasında açık bir oransızlık olması halinde ise sözleşme cezai şart olarak kabul edilmektedir.

B. Fransız Hukuku

Tartışmanın en yoğun olduğu yer hiç şüphesiz Fransa’dır. Fransız Hukukunun etkisi altında olan Hukukların bu tartışmadan doğrudan etkilenmiş oldukları da bir gerçektir (*Fransız Hukukundaki tartışmalar için bk. Mazeaud Denis, La Notion de clause pénale, Paris 1992, N 258 vd. Ayrıca bu konuda kısa, ancak kapsamlı değerlendirmesi için bk. Pinto-Monteiro António, La clause pénale en Europe, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris 2001, s. 719 vd., s. 734 vd.*).

Fransız Medeni Kanunu “Des obligations avec clauses pénales” başlığı altında 1226 ila 1233. maddeleri arasında cezai şartı düzenlemektedir. 1226. maddeye göre cezai şart, bir kimsenin sözleşmenin ifasını temin etmek için borcun ödenmemesi halinde vermeyi üstlendiği bir şeyi konu edinir (CCFr 1226 “*La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l’exécution d’une convention, s’engage à quelque chose en cas d’inexécution*”). 1226. maddeyi takip eden maddeler de cezai şartın hükümlerini düzenlemektedirler.

Bununla birlikte, cezai şarta ilişkin 1226 ila 1233. maddelerinden önce, “Borcun İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Zarar ve Zıyan” (*Des dommages et intérêts résultant de l’inexécution de l’obligation*) başlığı altında yer alan 1152. madde sözleşme, borcun ifa edilmemesi halinde, ifa etmeyen kişinin tazminat olarak bir miktar para ödemesine ilişkin bir hüküm içeriyorsa, bu kararlaştırılan miktardan daha azı veya daha fazlası verilmez demektir (CCFr 1152 I “*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte, ni moindre*”). Sorun, ifa etmeme halinde ödenmesi/verilmesi gereken bir şeyden bahsedilen bu noktada başlamaktadır. Her iki madde de hem 1226 hem 1152, ifa etmemeyi konu edinmekte ve bu ifa etmeme halinde ödenmesi/verilmesi gereken bir şeyden bahsetmektedir. Dolayısıyla, her iki madde de aynı konuyu düzenleyen maddeler oldukları

izlenimi vermektedir. Sorunun yoğunlaştığı yer burasıdır.

Cezai şartın ne olduğunu belirleyen 1226. maddeden sonra, 1229. madde, söz konusu maddeye bir özellik daha ekleyerek tartışmaya asıl zeminini kazandırmıştır. Söz konusu maddeye göre cezai şart, asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zarar-zıyanın (*compensation des dommages et intérêts*) karşılanmasına yöneliktir (CCFr 1229 I “*La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale*”). İşte karışıklığın çıktığı asıl nokta burasıdır.

CCFr 1152. madde tazminat olarak ödenmesi gerekli olan bir miktar paranın sözleşme ile kararlaştırılmasından bahsederken, CCFr 1229 cezai şartın tazminatı karşılayan niteliğine atıf yapmaktadır. Her iki maddede tazminattan bahsediliyor olmasının etkisi ile Fransız Öğretisi ve Fransız etkisindeki ülkelerin Hukuklarında cezai şart ile tazminatın götürü olarak belirlenmesine ilişkin sözleşmelerin aynı ve tek bir sözleşme olduğu, cezai şartın hukuki niteliğinin tazminatın götürü olarak belirlenmesi olduğu savunulmuştur (*Baudry-Lacantinerie Gabriel/Barde Louis, Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations, 3^e éd., Tome II, Paris 1902, s. 432 “La clause pénale et les dommages et intérêts conventionnels sont une et même clause sous des noms différents”; Laurent François, Principes de droit civil, Tome XVII, 3^e éd., Bruxelles-Paris 1878, N 451 “La peine n’est pas d’autre chose que l’évaluation des dommages-intérêts par convention”. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve cezai şartın hukuki niteliği konusunda bk. Erdem, s. 16 vd.*). Gerçek durumun ve kanuni düzenlemelerin bu yolda olmadığı ve iki kurumun birbirinden farklı olduğu uzun yıllar fark edilmemiş ve/veya görmezden gelinmiştir.

Fransız Medeni Kanununu hazırlayanların, iki kurumun farklı olduğu bilincinde oldukları, kanunun hazırlık çalışmalarından açıklıkla anlaşılmaktadır (Bk. *Fenet Pierre-Antoine, Recueil complet des Travaux préparatoires de Code civil, Tome XIII, réimpression de l’édition 1827, Osnabrück 1968, s. 56 vd.*). Ayrıca bu fark, kanuna ilk şerh yazan hukukçular tarafından da belirtilmektedir (Bunlar için bk. *Mazeaud, N 260*). Daha sonraki süreçte bu açıklık ortadan kalkmış ve Fransız Hukukunda yaklaşık 150 yıl boyunca tartışılmadan kabul edilecek olan CCFr 1152 ve 1226 vd. maddelerinin aynı ve tek bir kurumu, cezai şartı düzenleyen hükümler oldukları anlayışı yerleşmiştir.

Gerçekte CCFr 1152 hükmü cezai şartı konu edinmemektedir. Aksine

başka bir kuruma yani götürü tazminat sözleşmesine ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. CCF 1152. madde hem yeri hem de içeriği itibarıyla cezai şarta ilişkin bir madde değil, tarafların muhtemel tazminatı önceden ve götürü olarak belirlemeleri halinde bunu sonuçlarından birini düzenleyen bir maddedir. Hatta bu hüküm ile Fransız Hukuku Kıta Avrupası Hukukları içinde götürü tazminat sözleşmesine ilişkin hüküm içeren ilk hukuktur denilebilir.

CCFr 1152 bütünü itibarıyla ele alındığı takdirde çok açık olarak görülmektedir ki, madde böyle bir belirleme halinde, belirlenen miktarın *kesinlik* ifade ettiğini belirtmektedir. Gerçekleşen zarardan daha fazla olması halinde bu miktar indirilemeyeceği gibi, daha az olması halinde de artı bir tazminat talep edilemez. Bu durum götürü tazminat sözleşmesinin temel karakteridir. Bu nedenle, 1804 Kanun Koyucusu bu durumun bilincinde olarak 1152 hükmünü getirmeyi uygun görmüştür. Oysaki cezai şart muacceliyet şartı olarak bir zararın meydana gelmesini gerektirmeyerek Borçlar Hukuku sisteminin genel anlayışına tamamen farklı bir düzenleme getirmektedir. Bu ayrı durum nedeniyle çoğu Kıta Avrupası Hukukları aşırı sözleşme cezasının indirilebilmesi imkânı getirmişlerdir.

CCFr 1152'nin cezai şarta ilişkin olduğu kabul edildiği takdirde, Kıta Avrupası Ülkeleri Medeni Kanunlarına takaddüm eden ve onlara çok önemli bir örnek oluşturan Fransız Medeni Kanunu'nun aşırı sözleşme cezası konusunda hâkime müdahale imkânı vermemesi, hatta muhtemel bir müdahaleyi *yasaklaması* 1804 Fransız Kanun Koyucusunun genel davranışına aykırı bir durum olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla 1804 Fransız Kanun Koyucusunun CCFr 1152 ile getirdiği hükmün cezai şarta ilişkin değil, götürü tazminat sözleşmesine yönelik olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca belirtilmelidir ki, söz konusu hüküm, kanuna uygun olarak kurulmuş olan sözleşmelerin, bunları yapanlar için kanun hükmünde olduklarını belirten genel kuralın özel bir tekrarından ibarettir (CCFr 1134 I “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites*”).

CCFr 1152 gibi bir hükmün cezai şarta ilişkin olarak algılanması ve bunun aşırı bile olsa sözleşme cezasının indirilmesine imkân vermediği şeklinde kabul edilmesi, doğal olarak, *yerindeliliğinin* tartışılmasına neden olmuştur. Bu tartışmaların bir sonucu olarak kanunun yürürlüğe girmesinden çok uzun bir süre sonra 1975 Kanun Koyucusu ilgili hükmü değiştirme ihtiyacı hissetmiş, hâkime sözleşme cezasının miktarını değiştirme yetkisi tanımıştır. Bu hükme

göre hâkim, 1152 I'in hükmüyle tamamen tezat oluşturacak şekilde sözleşme ile belirlenen miktarı re'sen azaltıp, arttırabilir (CCFr 1152 II “*Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire*”). Bu düzenleme ile 1975 Kanun Koyucusu, doktrinde kabul edildiği şekliyle CCFr 1152 hükmünü cezai şarta ilişkin kabul ederek, 1804 Kanun Koyucusunun farkında olduğu ayırımın artık bilincinde olmadığını göstermiştir (**Chabas François**, *Préface à Mazeaud Denis, La Notion de la clause pénale, s. XV* “*Le législateur ayant visiblement confondu les deux, clause pénale et évaluation forfaitaire de dommages et intérêts*”). Bu hükümlerle, diğer Kıta Avrupası Hukuklarından farklı olarak, sadece aşırı cezanın indirilmesiyle yetinmeyip, az cezanın da yükseltilmesi yetkisini (*re'sen*) hâkime tanımıştır. Fransız Kanun Koyucusu, ilk olarak bir kurum hakkında öğretilde yanlış algılama ile oluşan (aşırı olsa bile ceza miktarına müdahale edilememesi gibi) bir sonucu benimsemiştir (*ifrat*). Daha sonra o hükmü gerçek yerine oturtmak yerine, öğretilde kabul edildiği gibi benimseyerek yeniden düzenleme ihtiyacı hissetmiş ve bu düzenlemede sadece aşırı sözleşme cezasının indirilmesi ile yetinebilecek iken, az cezanın da hâkim tarafından re'sen arttırılması gibi bir sonucu benimsemiştir (*tefrit*).

Götürü tazminata ilişkin sözleşme ile cezai şartın tek ve aynı kurum olarak algılanmasına ilişkin ilk eleştiri, bu kurumların farklılıklarının bilincine varan Mestre'ten gelmiştir. Yazar, 1985 yılında yayınlanan makalesinde öğretiyi ve kanun koyucuyu eleştirerek iki kurum arasındaki farklılıkları ortaya koymuştur (**Mestre Jacques**, *De la notion de la clause pénale et de ses limites, in Revue trimestrielle de droit civil 1985, 367 vd., 372 vd.*). Yazarın haklı görüşü, akabinde taraftar bulmuş, 90'lı yılların başında Denis Mazeaud da cezai şart konusundaki tezinde bu görüşü desteklemiştir (**Mazeaud**, *N 258 vd.*; **Geneviève Viney/Jourdin** *Partice, Traité de Droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité, 2^e éd., Paris, s. 441 vd.*, **Mazeaud Henri et Léon/Mazeaud Jean/Chabas François**, *Leçons de droit civil, Tome II, Vol. I, Obligations, Théorie générale, 8^e éd., Paris 1991, N 641-3*). Ancak yapılan bütün haklı ve yerinde eleştirilere rağmen hâkim öğretisi halen klasik görüşünde ısrarlıdır (**Bénabent Alain**, *Droit civil, Les obligations, 8^e éd., 2001, s. 283*; **Carbonnier Jean**, *Droit civil, Vol. II, Les biens, Les obligations, Paris 2004, s. 2222*; **Délébeque Philippe**, *Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale, in Juris Classeur, Responsabilité civile, Fasc. 212, art. 1146 à 1155 (Fasc. 22), s. 3 vd.*; **Malinvaud Philippe**, *Droit des obligations, 7^e éd.,*

Paris 2001, s. 320; **Terré François/Simler Philippe/Lequette Yves**, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris 1996, s. 493).

C. İsviçre Hukuku

İsviçreli Hukukçular ve Mahkemeler, götürü tazminat sözleşmesinin bilincinde olarak, onun cezai şarttan farklı bir kurum olduğunu açıkça ortaya koymaktadırlar (**Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071; **Schwenzer Ingeborg**, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne 1998, N 71.16; *Konu hakkında, İsviçre Hukuku açısından, ayrıntılı bilgi için bk. Fischer Thomas*, özellikle s. 100 vd.; **Couchepin Gaspard**, *La clause pénale*, Zurich 2008, N 1023 vd.; **Couchepin**, *Forfaitisation*, s. 1 vd.). Diğer bir ifade ile İsviçre’de sözleşme taraflarına kanunen tanınan sözleşme cezası kararlaştırmak imkânı yanında, *sözleşme serbestisi ilkesi* çerçevesinde tazminatın götürü olarak takdir edilmesi imkânı tanımak konusunda bir ihtilaf yoktur. Federal Mahkeme götürü tazminat konusundaki anlaşmanın kanun tarafından düzenlenmemiş, *sui generis* nitelikte bir anlaşma olduğunu açıkça belirtmektedir (*Federal Mahkeme 29 Temmuz 2008 4A_237/2008*; BGE 110 II 380; 109 II 462; BGE 83 II 525; BGE 46 II 399).

Cezai şart, borçlunun borcuna uygun davranmasını konu edinip onun üzerinde bir baskı oluştururken, götürü tazminat sözleşmesinin asıl ve ilk planda böyle bir amacı yoktur (**Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071; **Couchepin**, *Clause pénale*, N 1034 vd.). O, belki sonuçları itibarıyla ve ikincil olarak bu etkiye sahip olabilir. Ayrıca sözleşme cezası, alacaklı borca aykırılıktan dolayı her hangi bir zarara uğramasa bile muaccel olurken, götürü tazminat sözleşmesinde buna imkân yoktur. Götürü tazminat sözleşmesi *mutlak surette* bir zararın varlığını gerekli kılar (**Couchepin**, *Clause pénale*, N 1026 vd.)

Bununla birlikte, İsviçreli Hukukçuların bir kısmı, götürü tazminat sözleşmesi kararlaştırıldığı durumlarda alacaklının *zararın varlığı* ve *miktarını* ispattan muaf olduğu görüşünü benimsemektedirler (**Engel**, s. 862; **Gauch**, N 709; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071; **Bucher**, s. 525; *GVP-SG 2002*, N 50 “*Die Schadenspauschalisierung soll dem Gläubiger im Falle einer Schadenersatzpflicht den Nachweis des Schadenseintritts und –umfangs erübrigen, setzt also, anders als die Konventionalstrafe, die Entstehung eines Schadens voraus*”). Ancak bu görüşün kabul edilmesi, götürü tazminatın muaccel olması için bir zararın gerçekleşmesinin gerekli olmadığı anlamına gelmez. Bu görüşe göre sözleşme, sadece alacaklıyı zararın varlığını da ispattan muaf tutar. Ancak borçlu her hangi bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek yine de

sorumluluktan kurtulabilir. Dolayısıyla, götürü tazminat sözleşmesi tazminat miktarını götürü olarak belirlemek dışında, zararın varlığı konusundaki *ispat yükünü de tersine çevirir* (Aynı yönde **Couchepin**, *Clause pénale*, N 1026 vd.; ayrıca bk. **Fischer Thomas**, s. 143 ve 162; **BaK-Ehrat** OR Art. 160 N 12).

Her iki kurum arasındaki fark açık olarak ortaya konulmakla birlikte, İsviçre’de her iki kurum arasındaki ilişki konusunda ikincil noktada tartışmalar da yaşanmaktadır. Her iki kurumun birbirine olan yakınlığı ve cezai şartın işlevlerinden birinin muhtemel tazminatın götürü olarak belirlenmesi olması nedeniyle İsviçreli Hukukçular, cezai şarta ilişkin hükümlerin götürü tazminat sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ikiye bölünmüştür. Cezai şarta ilişkin hükümlerden uygulanması konusunda tartışma yaratan hüküm aşırı cezanın indirilmesine ilişkin OR 163 III (BK 160 III) hükmüdür.

İsviçre’de önemli bir kesim (**Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, N 4071; **BaK-Ehrat** OR Art. 160 N 12; **Benteler**, s. 19 vd.; **Schwenzer**, N 71.16) açık bir gerekçe belirtmeden aşırı cezanın indirilmesine yönelik hükmün götürü tazminat sözleşmesine de uygulanması gerektiği görüşündedir. Federal Mahkeme ise bu konudaki görüşünü çok açık bir şekilde ortaya koymamıştır. Mamafih gittikçe ağırlık kazanan görüş, götürü tazminat sözleşmesinde, cezai şarta kıyasla indirimin mümkün olmadığını belirtmektedir (**Koller Alfred**, *Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)*, in **Koller Alfred** (éd.), *Bau- und Bauprozessrecht Ausgewählte Fragen*, St. Gallen 1996, N 18; **Er-dem**, 49; **Couchepin**, *Clause pénale*, N 1055 vd.; **Couchepin**, *Forfaitisation*, s 23 vd.; **Fischer Thomas**, s. 163 vd.; **Oertli Theres**, *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, Luzern 2004, N 352 vd.; BGE 83 II 525, “Le Tribunal de première instance a admis que l’art. 5 du contrat constituait une clause pénale. Il s’ensuivrait que le demandeur serait fondé à réclamer le montant susindiqué même s’il n’avait effectivement point subi de dommage (art. 161 al. 1 CO). Mais l’indemnité, en revanche, pourrait être réduite conformément à l’art. 163 al. 3 CO si elle paraissait excessive. Cependant, il s’agit en réalité non pas d’une clause pénale, mais, vu la nature de l’indemnité fixée, d’une clause par laquelle les parties sont convenues qu’en cas de rupture du contrat il y aurait lieu de payer le gain manqué. Sont donc applicables les principes généraux qui régissent le calcul des dommages-intérêts en cas de rupture du contrat de travail”; götürü tazminat, en çok İsvBK 404’ün düzenlediği vekalet sözleşmesinin serbest feshinde önem ifade etmektedir. Federal Mahkemenin istikrarlı içtihatlarında belirttiği üzere, vekâlet sözleşmesinin feshini düzenle-

yen İsvBK 404 hükmü emredicidir. Bu emredicilik nedeniyle, serbest fesih hali için sözleşme cezası öngörülmesi geçersizdir. Ancak taraflar, uygun olmayan zamanda fesih hali için (İsvBK 404; BK 396 II) götürü tazminat belirleyebilirler. Bk. BGE 109 II 462. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Erdem Mehmet, Vekaletten Azil ve İstifa (Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi), in Erdoğan Teziç'e Armağan, s. 949 vd.).**

D. Alman Hukuku

Geçen yüzyılın ortalarına kadar Kıta Avrupası Hukuklarında götürü tazminat konusunda sözleşme konusunda açık bir tanımlama ve tartışmaya ve özellikle kurumun cezai şart ile olan ilişkisine değinilmemiştir. İki kurum arasındaki ilişkiyi ciddi olarak ilk irdeleyen Hukuk Alman Hukuku olmuştur (*Konu hakkında, Alman Hukuku açısından, ayrıntılı bilgi için bk. Fischer Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung, Frankfurt am Main 1981, özellikle s. 42 vd., ayrıca bk. Pinto-Monteiro, s. 729 vd.*). Konuya ilişkin 1969 yılındaki prensip kararında Alman Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) her iki kurum arasındaki ilişkiyi belirleyerek, temel farklılıkları ortaya koymuştur (*BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32 "[...] wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, alle vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Eine Schadenspauschalabrede liegt dagegen vor, wenn sie der vereinfachenden Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dienen soll [...]"*). Ayrıca bk. *BGH, NJW 1992, s. 2625; BGHZ 49, s. 84 vd., s. 89; BAG, NJW 1967, s. 751*). Öğreti de ağırlıklı olarak mahkeme ile aynı görüştedir (*Münchener Kommentar (MünchK)-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 13 ve 30; Beuthien, s. 498; Bötticher Eduard, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, in Zeitschrift für Arbeitsrecht 1970, s. 3 vd.; Hess Claus, Die Vertragsstrafe, Berlin 1993, s. 238 vd; Brox Hans, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., München 2002, § 11 N 8; Schlechtriem Peter, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Tübingen 1992, N 412. Her iki kurumun birbirinden farklı olmadığı görüşü ve bu görüşü savunan yazarlar için bk. Fischer Detlev, s. 72 vd.*). Mahkemenin ortaya koyduğu bu temel farklılıklar, kıstaslar daha sonra İsviçre Hukukunda da kabul görerek benimsenmişlerdir (*Bk. Gauch/Schluap/Schmid/Rey, N 4071*).

Yüksek Mahkemeye göre şayet, tazminat belirli bir miktar olarak öngören sözleşme, özel olarak borçlunun borcuna uygun davranmasına yönelik bir

baskı içeriyorsa cezai şart söz konusudur. Zira bu nitelik cezai şart kurumuna aittir. İlk planda, yani tarafların *asıl amaçlarıyla* sözleşmede böyle bir baskının görüldüğü hallerde anlaşma cezai şart olarak nitelendirilmelidir (*BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32*).

Buna karşılık tarafların amacı sadece tazminatı baştan belirli bir miktar olarak öngörmekten ibaret ise *sui generis* nitelikte bir sözleşme olan götürü tazminat sözleşmesi ile karşı karşıya bulunmaktadır. Götürü tazminat sözleşmesi ile taraflar ileride doğması muhtemel tazminat miktarını belirleyerek, sadece bu konudaki *hakkın elde edilmesini basitleştirmektedirler* (*BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32*).

Mahkemenin belirttiği *ikinci kıstas* ise götürü tazminat sözleşmesinin zararın varlığını zorunlu kıldığıdır (*BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32; MünchK-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 30*). Şayet sözleşme her hangi bir zararın meydana gelmemesi halinde bile tazminatın ödenmesini gerekli kılıyorsa cezai şart söz konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki, Almanya'daki ağırlıklı doktrin, İsviçre'de olduğu gibi, götürü tazminat sözleşmesinin alacaklıyı zararın varlığını da ispattan muaf tuttuğu yönündedir (*Örneğin MünchK-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 30; Hess, 163 vd.; Lorenz, s. 383*). Yine belirtmekte yarar görüyoruz ki, bu görüş kabul edildiğinde bile, bu durum ancak zararın varlığının ispatı konusundaki *ispat yükünün tersine çevrilmesi* anlamındadır. Götürü tazminat sözleşmesi gündemde olduğu her durumda borçlu, her hangi bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (*BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32; MünchK-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 30; Beuthien, s. 500*).

İki kurum arasındaki fark çok açık bir biçimde ortaya konulmuş olmakla birlikte, Alman Hukukunda da tartışma, genel olarak cezai şarta ilişkin hükümlerin, özel olarak ise aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343) tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı noktasına odaklanmıştır.

Alman Hukukunda tartışmanın ilk evrelerinden günümüze kadar devam etmekte olan hakim görüş (*Örneğin MünchK-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 30; Hess, 238 vd. ve orada anılan yazarlar*) aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün götürü tazminat sözleşmesine uygulanamayacağı yolundadır. Yüksek Mahkeme de götürü tazminat sözleşmesinin niteliğini belirlediği kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BGB § 343

münhasıran cezai şartla ilişkin bir hüküm olup, bu hükmün *sui generis* nitelikteki götürü tazminat sözleşmesine uygulanmasına imkân yoktur (BGH, NJW 1992, s. 2625; BGHZ 49, s. 84, s. 89. Genel İşlem Şartlarına İlişkin Kanunun (AGB-Gesetz) denetimine tabi sözleşmeler açısından farklı durum için bk. BGH, NJW 1976, s. 1886 vd.; **Beuthien**, s. 503. Ayrıca bk. BGH, NJW 2005, s. 1645 vd.).

Hâkim görüş karşısında yer alan Hukukçular ise (**Esser Josef/Schmid Eike**, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Heidelberg 1995*, s. 271 vd.; **Fischer Detlev**, s. 172 vd.), Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulan ve öğreti tarafından da benimlenen ayırımın yanlış olduğunu savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre BGB § 339 ila 345 hükümleri, sadece cezai şartı değil, tarafların amacının münhasıran tazminatın belirlenmesi olan sözleşmeleri de kapsamaktadırlar.

V. Türk Hukukundaki Durum, Değerlendirme ve Sonuç

Türk Hukukunda götürü tazminat sözleşmesi kurumuna ilişkin doğrudan ve derinlemesine bir inceleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kurumun Türk Hukukunda reddedildiği anlamına da gelmemektedir.

Tunçomağ, altmışlı yıllarda yazdığı Cezai Şart konulu eserinde, tazminatın götürü olarak belirlenmesine dolaylı olarak değinmektedir. Yazar, cezai şartın hukuki niteliğini incelerken Fransız Hukukundan ve özellikle Peirano Facio'dan etkilenerek (**Peirano-Facio Jorge**, *Nature juridique de la clause pénale dans les droits Français et Latino-Américain, in Revue internationale de droit comparé 1949/1-2*, s. 315 vd.), cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunmuştur (**Tunçomağ Kenan**, *Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963*, s. 29 vd.). Bu görüşüyle yazar, Fransız Hukukunda hâkim olan ve son dönemlerde çok köklü eleştiriler alan görüşe katılmış olmaktadır. Tunçomağ bu görüşü ile kısmen dahi olsa Yüksek Mahkemeyi de etkilemiştir. Yargıtay'ın bazı kararlarında, Tunçomağ'ın ileri sürdüğü bu görüşe atıf yaparak, cezai şartı götürü tazminat niteliğinde kabul ettiği görülmektedir (Yargıtay HGK 16.4.1986, 13-730/416, in Uçar Salter; Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, 139 vd.; 13. HD 15.12.1981, 7896/8497, in Karahasan M. Reşit, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt V, İstanbul 2004, s. 1048 vd.).

Konuya dolaylı bir bakış da Oğuzman/Öz'den gelmektedir. Yazarlar, tarafların borca aykırılıktan önce, tazminatın tarzını ve miktarını belirledikleri anlaşmanın cezai şart anlaşması olduğunu söylemektedirler (**Oğuzman/Öz**, s.

373). Bu şekilde bir ifadeye eserin cezai şarta ilişkin bölümünde yer verilmiş olsa idi, burada cezai şartın bir işlevine atıf yapıldığı şeklinde bir yorum yapılabilirdi. Ancak bu belirleme kitabın borçların ifa edilmemesinin genel olarak sonuçlarının incelendiği bölümde, hükmedilecek tazminat başlığı altında verilmektedir. Bu nedenle, Oğuzman/Öz'ün cezai şart ile götürü tazminat sözleşmesi arasında bir ayırım yapmadığını söylemek yanlış olmasa gerektir. Arsebük de daha önceleri benzer görüşler dile getirmiştir (*Arsebük Esat, Borçlar Hukuku, Cilt I-II, 3. Bası, Ankara 1950, s. 777*).

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu yolundaki Fransız Hukukunda kabul edilen ve onun etkisi ile Türk Hukukunda da yukarıda belirttiğimiz yazarlar tarafından benimsenen görüş pek yerinde değildir. Cezai şartın işlevlerinden bir tanesinin tazminatın götürü olarak belirlenmesi olması, cezai şart ve tazminatın götürü olarak belirlendiği sözleşmeyi aynı sözleşme olarak nitelemeye yeterli değildir (*Cezai şartın hukuki niteliği konusunda bk. Erdem, s. 16 vd.; Karagöz Veli, Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2004, s. 14 vd.*). Bu görüşün kabulü, öncelikle tarafların tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusunda *sui generis* nitelikte bir sözleşme yapma imkânını engellemektedir. Bu durum ise, hukuki gerçeklik ve kanunun bütünü dikkate alındığında kabul edilemeyecek olan bir durumdur.

Fransız Hukukunda hâkim olan tazminatın götürü olarak belirlenmesi ile cezai şartı aynı kabul eden görüşe getirilen eleştiriler son derece yerindedir. İki sözleşme birbirinden farklıdır. Yine, bu alanda götürü tazminatın hukuki niteliği ve cezai şarttan farklılıkları konusundaki Alman Yüksek Mahkemesi ve Alman Hukukundaki hâkim görüş en yerinde ve Borçlar Hukuku sistemimize en uygun görüştür.

Tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesi *sui generis* nitelikte bir sözleşme olarak sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelmesi muhtemel zarar sonucunda ödenmesi gerekli olan tazminatın taraflara önceden, belirli bir miktar olarak kararlaştırma imkânı vermektedir. Tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesinin konusu tazminatın miktarı olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yapmaz.

Tazminatın götürü olarak takdiri sözleşmesi genel hükümlere (örneğin BK 19, 20; MK 23) tabidir (*BGE 83 II 525; Couchepin, Clause pénale, N 1055 vd.*). Cezai şarta ilişkin hükümler, özellikle fazla zararın talep edilmesine imkân veren BK 159 II ve aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BK 161 III bu söz-

leşmeye uygulanmaz.

Tazminatın götürü olarak belirlenmesinin temeli, sözleşmeye rengini veren unsur tazminat miktarının kesin bir şekilde kararlaştırılmasıdır. Şayet taraflara, cezai şartta olduğu şekliyle, fazla zararın talep edilmesi imkânı tanınırsa, bu durum sözleşmenin temel amacının ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir uygulama, sözleşmeye kanunun öngörmediği bir müdahale olarak taraf iradelerinin yok sayılması anlamına gelecektir.

Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün uygulanması da aynı biçimde değerlendirilmelidir. Unutulmamalıdır ki, sözleşmeye müdahale edilerek aşırı ceza miktarının indirilmesi hâkimin normal yetkilerini aşan, istisnai bir yetkidir (*Von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Bern 1974, s. 284; Couchepin, Clause pénale, N 1057*). Öngörülme amacı açısından değerlendirildiğinde de, hâkimin aşırı cezaya müdahale imkânının götürü tazminat sözleşmesi alanında kabul edilmesine imkân yoktur.

Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin kanuni düzenleme gerekçesini, özellikle cezanın muaccel hale gelmesi için herhangi bir zararın meydana gelmesine gerek olmamasında bulmaktadır. Kanun koyucu herhangi zarar olmasa bile kararlaştırılan cezanın talep edilmesine imkân vererek, borçlar hukuku sistemine cezai şart ile bir istisna getirirken öngördüğü bu istisnayı da kontrol altına almak istemiştir. Benzer bir gerekçe götürü tazminat sözleşmesi için kabul edilemeyeceği gibi, başka bir gerekçe de ilgili hükmün (BK 161 III) söz konusu sözleşme açısından uygulanmasını haklı çıkarmaktan uzaktır. Götürü tazminat sözleşmesinde borçlu açısından, özel bir korumaya da ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yukarıda da çeşitli bahislerde değindiğimiz gibi, götürü tazminat ve cezai şart arasındaki yakınlık bu iki kurumun karışmasına neden olmaktadır. O halde bu iki kurum arasındaki çizgiler çok net bir biçimde ortaya konulmalı ve uygulamada bunlar net olarak ayrılmalıdır. Bu ayırım dört temel unsur üzerinden yapılabilir; tarafların sözleşmenin kurulması aşamasındaki amaçları ve borca aykırılık halinde sözleşmenin arz edeceği işlev, bir zararın gerçekleşmesinin dikkate alınması ve tazminatın arz ettiği kesinlik (*Couchepin, Clause pénale, N 1034 vd.*).

- Sözleşmenin kurulması esnasında tarafların amaçları, borca aykırılık halinde gündeme gelecek olan muhtemel tazminat miktarını, önceden belir-

li bir miktar olarak belirlemek ise, götürü tazminat sözleşmesi gündemdedir. Oysa taraflar, bu muhtemel tazminatı belirlemek dışında, borçlunun borcuna uygun davranmasına yönelik bir edim belirlemişlerse, cezai şart söz konusudur. Diğer bir anlatımla, taraflar muhtemel zararı dikkate almışlarsa götürü tazminat, borcun ifasını nazara almışlarsa cezai şart kararlaştırılmış demektir. Borçlunun, borcuna uygun davranmasına yönelik edim, onun üzerinde baskı yapacak olan, sözleşme cezasının işlevlerinden biri olarak kabul edilen psikolojik ağırlığa sahip bir miktarda kendini gösterir.

- Taraflar sözleşmenin kuruluşu esnasında borca aykırılığa bağlı bir zararın varlığına yönelik bir belirlemede bulunmuşlarsa götürü tazminat kararlaştırılmıştır. Bir zararın gerçekleşmesi dikkate alınmadan, zarardan bağımsız ödenmesi kararlaştırılan edim cezai şarta yönelik iradeye yöneliktir.

Kararlaştırılan edimin miktarı da götürü tazminat ve cezai şart arasındaki alanda belirleyicidir. Kararlaştırılan miktar, ortaya çıkması muhtemel zarar miktarından çok yüksekse, nitelik olarak sözleşme cezası olduğu, farazi iradelerin de bu yönde olduğu anlaşılır. Mamafih muhtemel zarar ve kararlaştırılan miktar yakın ise, herhangi bir baskıya yönelik edim olmadığı, dolayısıyla götürü tazminat alanında kalınmış olduğu belirgindir.

SUNUCU ARAŞ. GÖR. AYŞENUR ILGIN - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen “Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu”nun ikinci oturumuna hoş geldiniz. Değerli Hocamız ve hâlihazırda Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Mehmet Ünal ile bu oturumda tebliğlerini sunacak olan Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Dekanı Sayın Prof. Dr. Güzin Üçışık ile Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Refik Korkusuz ile fakültemiz Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Cemal Oğuz ile üniversitemiz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Huriye Reyhan Demircioğlu’nu kürsüye davet ediyoruz.

Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009

OTURUM BAŐKANI PROF. DR. FİKRET EREN - Değerli Hocamız Mehmet Erdem de Sorumluluk ve Tazminat Hukukunda özgün bir yeri olan özgün bir kuruma değindiler. Cezai şartta olan farklarını gayet veciz bir biçimde anlattılar. Tabii demin de söylediğim burada yöneticilik yapmak da zor, sunuculuk yapmak da zor. O bakımdan biraz sosyal, biraz eğitsel, biraz da tanışım fırsatı veren bir toplantı. Őimdi bu kadar ağır ve güzel tebliğlerden, bilimsel efordan sonra güzel birer kahve ikramımız var. Sevgili ev sahibimiz, dekanımız bize özel olarak getirdiği Alman kahvesi, Starbucks kahvesi sunacaklar. Yanında çörek, börek de var herhalde. Teşekkür ediyorum sabırlarınız için.