ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GECİKME VE TEMERRÜT

–

Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar

EDİTÖRLER

Yeşim M. Atamer | Ece Baş Süzel | Elliott Geisinger

İSTANBUL ULUSLARARASI
İNŞAAT HUKUKU KONFERANSLARI – II

21 NİSAN 2017

onikilevha

YAYIN NO: 870

Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt - Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar
Editörler: Yeşim M. Atamer - Ece Baş Süzel - Elliott Geisinger

ISBN 978-605-152-700-0

1. BASKI - İSTANBUL, MART 2018

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**

Adres Prof. Nurettin Mazhar Öktel Sokak No: 6A Şişli / İSTANBUL
Telefon (212) 343 09 02
Faks (212) 224 40 02
Web www.onikilevha.com.tr
E-Posta bilgi@onikilevha.com.tr
facebook.com/onikilevha
twitter.com/onikilevha

Baskı/Cilt Berdan Matbaa - Sadık Daşdöğen
Davutpaşa Cad. Güven İş Merkezi
C. Blok No: 215/216 Topkapı / İstanbul
Tel: (212) 613 12 11
Sertifika No: 12491

§ 6. CEZA KOŞULU – GÖTÜRÜ TAZMİNAT – SORUMSUZLUK ANLAŞMASI: HANGİSİ?
Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları

Yeşim M. Atamer*

I. Sorunun Ortaya Konması

Taraflar sözleşmelerinde sık sık, borca aykırı davranılması halinde borçlunun alacaklıya ödemesi gereken meblağa ilişkin bir düzenleme yaparlar. Ancak bu düzenlemenin nasıl bir amaca hizmet ettiğini tespit etmek düşünüldüğünden daha zordur. Kavramların geçişkenliği kadar, bazı kavramların birlikte düşünülmemesi de bir sorundur. Örneğin bazı okuyucular bu başlıkta "sorumsuzluk anlaşması" kavramının yer almasını yadırgayabilirler. Oysa tarafların, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun alacaklıya ödeyeceği meblağı belirlerken ceza koşulu ve götürü tazminat dışında bu ihtimali de düşünmüş olmaları mümkündür. Bunlardan hangisinin söz konusu olduğunu saptamak, ihtilaf halinde, hakimin sözleşmeyi yorumlamasını gerektirecektir.

Bu kavramlar arasında ayırımın doğru yapılması büyük önem taşır. Zira Kanun Koyucu belirli hallerde emredici hukuk kuralları ile sözleşmeye müdahale etmekte, örneğin aşırı bir ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesini (BK m. 182, f. 3) veya bir sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz kılınmasını öngörmektedir (BK m. 115). Dolayısıyla yaptırımları itibariyle ciddi farklılıklar söz konusudur. Kavramlar arasındaki sınırları doğru çizme kaygısı farklı hukuk düzenlerine bakıldığında da aynı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Anglo-Amerikan hukuk çevresine dahil

---

* Prof. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yesim.atamer@bilgi.edu.tr. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgilerin toparlanmasında yardımcı olan meslektaşım, araştırma görevlisi Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek'e teşekkür ederim.

olan ülkelerde ceza koşulu tümü itibariyle geçersiz kabul edilen, yasak hükümlerden sayılmakta, buna karşılık götürü tazminat düzenlemeleri sorunsuz bir şekilde icra edilmektedir. Uluslararası sözleşmelerde ve özellikle inşaat sözleşmelerinde bu farklılık ayrı bir önem kazanmaktadır. Zira uygulanacak hukuka göre farklı bir rejime tâbi olunabilmektedir.

Basit bir örnek üzerinden kavramları aktarmak için bir inşaat sözleşmesinde yer alan şu ibareyi incelemek yeterli olacaktır:

> *"İnşaatın belirlenen tarihte tamamlanmaması halinde yüklenici her gecikilen ay başına kira kaybı bedeli olarak 15.000 TL ödemeyi kabul eder. Gün başına düşen meblağ aylık 30 gün üzerinden oransal olarak hesaplanır."*

İnşaat süresinin 2 yıl olduğu bir kurguda, tarafların bu hükmü kaleme alırken aşağıdakilerden birisini düşünmüş olması olasıdır:

A. Sözleşmenin akdedildiği tarihte, inşaatın yapıldığı bölgede 2 yıl sonrası için beklenen olası kira getirisi 3.000 TL'dir; (*Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan meblağın bir ceza koşulu olması planlanmıştır*);

B. Sözleşmenin akdedildiği tarihte, inşaatın yapıldığı bölgede 2 yıl sonrası için beklenen olası kira getirisi 25.000 TL'dir; (*Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan meblağ bir sorumluluk sınırlandırmasıdır*);

C. Sözleşmenin akdedildiği tarihte, inşaatın yapıldığı bölgede 2 yıl sonrası için beklenen olası kira getirisi 13.000 TL'dir; (*Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan meblağ iş sahibinin tahmin edilen zararına yaklaşmaktadır, dolayısıyla bir götürü tazminat söz konusudur*).

Amaçları açısından bakıldığında bu olasılıklardan birincisinde (A) alacaklı iş sahibi lehine bir hüküm söz konusudur. Bu hükümle bir yandan iş sahibinin aynen ifayı gereği gibi ve vaktinde elde etmesi için borçlu yüklenici üzerinde bir baskı kurulması amaçlanmakta, diğer yandan, iş sahibinin ispatlama gereği olmaksızın gecikme nedeniyle doğan zararı-

nın karşılanması temin edilmektedir.[1] Buna karşılık ikinci olasılıkta (B) borçlu yüklenici, sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ödeyeceği tazminatı sınırlandırmak suretiyle kendi lehine bir düzenleme getirmektedir. Son ihtimal olan (C) ise aslında iki tarafın da lehine bir düzenleme getirerek diğer ikisinden önemli surette ayrılmaktadır. Bir yandan alacaklıyı zararını ispat etmesi yükünden kurtarmak suretiyle özellikle zarar ispatının zor olduğu veya ticari defterlerin açıklanmasının istenmediği olasılıklarda alacaklı lehine bir düzenleme oluşturmaktadır. Diğer yandan borçlu da bu şekilde, sözleşmeye aykırı davranması ihtimalinde ödeyeceği tazminat miktarını öngörebilmekte ve buna göre sözleşmesel fiyat pazarlığını yapabilmektedir. Yani iki taraf da aslında sözleşmeye aykırılık halinde bu meblağı ödemek/talep etmekle aralarındaki ihtilafın çözümlenmiş olacağı konusunda mutabık kalmaktadır.[2] Hiç kuşkusuz yargı teşkilatının meşgul edilmemesi ve taraflar arasındaki sorunun barışçı bir yoldan halledilmesi de bu tür sözleşme hükümlerinin büyük avantajıdır.[3]

Ancak yukarıdaki örneklere bakıldığında hangi kavramla karşı karşıya olunduğu sorusunun cevaplanmasının hiç de kolay olmadığı dikkati çekmektedir.[4] Zira bir yandan tarafların sözleşmelerini kaleme alırken geleceğe ilişkin nasıl bir projeksiyon yaptıklarını, yani ilgili binanın "2 sene sonraki aylık kira getirisini" hangi değer olarak saptadıklarını tespit etmek güçtür. Diğer yandan, bu projeksiyonun yanlış çıkması ihtimalinde, belirli bir amaçla kararlaştırılmış olan meblağın bir anda amacı dışında kullanılması da pekâlâ olasıdır. (A) örneğinde 2 yıl sonra o bölgede kira getirisi bir anda 25.000 TL olarak gerçekleşse, ceza koşulu olarak kararlaştırılmış olan bir sözleşme hükmü, bir sorumluluk sınırlamasına dönüşecektir. Bu açıdan hakimin değerlendirmede hangi anı esas alacağı

---

1 Ceza koşulunun bu rolü hakkında bkz. **Reinhard Zimmermann**, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford UP, 1996, s. 95.

2 **Tuba Birinci Uzun**, Götürü Tazminat, Yetkin, 2015, s. 145; **Şafak Parlak Börü**, Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, TBB Dergisi 2017 (129), s. 209-210; **Yasemin Kabaklıoğlu**, Ceza Koşulunun Zarar ve Tazminatla İlişkisi, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 99.

3 **E. Allan Farnsworth**, Contracts, 4. Bası, Aspen Publishers, 2004, § 12.18.

4 Bu konuda örneğin bkz. **Kadir Berk Kapancı**, Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi, Mustafa Dural'a Armağan, Filiz, 2013, s. 655 vd.

da bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakimin, sözleşmenin kuruluşu aşamasına geri dönerek "*ex ante*" bir değerlendirme yapması gerektiği gibi, sonraki gelişmeleri göz ardı etmesi, yani "*ex post*" bir değerlendirme yapmaktan kaçınması da mümkün gözükmemektedir.

Aşağıda kısaca mukayeseli hukukta bu kavramların nasıl ele alındığı ve özellikle ayrıştırılması noktasında geliştirilen çözümler aktarılacak, daha sonra da Türk hukuku açısından bazı önerilerde bulunulacaktır. Ancak öncelikle makalenin kapsamı saptanmalıdır.

II. Çalışmanın Kapsamına İlişkin Sınırlama: Tacirler Arası İşlemler

Yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, ceza koşulu düzenlemesi alacaklıyı, sorumluluk sınırlaması ise borçluyu kayıran düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemeler kuşkusuz tacir-tacir ("Business to Business, B2B") işlemlerine özgü değildir. Tüketici-tacir işlemlerinde de ("*Business to Consumer, B2C*") yaygın bir şekilde bunlar kullanılmaktadır. Örneğin, satılan malın ayıplı olması halinde tüketiciye ödenecek olan tazminatın sınırlandırılması kadar, tüketicinin taksitlerini vaktinde ödememesi halinde satıcıya temerrüt faizi dışında bir de ceza koşulu ödeneceğinin saptanması veya bir internet abonelik sözleşmenin feshi halinde ceza ödemesi yapılacağının kararlaştırılması mümkündür. Aynı şekilde, tüketicinin, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkını kullanması durumunda malın aşkın kullanımı karşılığında yapacağı tazminat ödemesinin baştan ve yüksek saptanması da mümkündür. Ancak, Kanun Koyucu zaten tüketici sözleşmelerinde bu tür düzenlemelerin geçerli kabul edilmesini büyük ölçüde engellemiştir. Öncelikle bu alanda doğrudan devreye giren emredici hukuk kuralları vardır. Örneğin abonelik sözleşmeleri açısından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("TKHK") m. 52, f. 4 uyarınca tüketici belirsiz süreli veya süresi bir yıldan uzun belirli süreli sözleşmeleri "*herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir.*"[5]

[5] Yine BK m. 260 f. 3 uyarınca taksitli sözleşmelerde ve m. 271, f. 3 uyarınca ön ödemeli taksitli satışlarda kararlaştırılacak ceza koşulunun peşin satış bedelinin %10'unu aşama-

Diğer yandan gerek BK m. 25 gerekse TKHK m. 5, f. 1 uyarınca, pazarlık konusu edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine dengesizlik yaratacak şekilde düzenleyen sözleşme şartları kesin hükümsüzdür.[6] Nitekim Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in Ekinde yer alan haksız şart örnekleri arasında özellikle tüketicinin maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirildiği gibi (a-bendi); yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar da hükümsüz sayılmaktadır (d-bendi).[7] Hiç kuşkusuz, genel işlem koşulları ("GİK") içinde yer alan bir götürü tazminat anlaşması orantısız olmasa bile, tüketiciye, zararın daha düşük olduğunu ispatlama imkanı vermiyorsa da kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacaktır. Hatta başlı başına götürü tazminat belirlemek suretiyle aslında tüketiciye taşımaması gereken bir ispat yükü yüklendiği gerekçesi ile Yönetmelik-Ek, bent (n)'ye aykırılık da düşünülebilir. Tüketicilerle yapılacak sözleşmelerin pazarlık konusu edilmesi neredeyse hiç karşılaşılan bir durum olmayacağı için[8] sorumsuzluk anlaşması, ceza koşulu

yacağı öngörülmüştür. Bu hükümler de sadece tüketici işlemlerinde uygulama bulur (BK m. 263, f. 5 ve m. 272).

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yeşim M. Atamer**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHAE Yayını, 2012, s. 9 vd. Ayrıca bkz. **Birinci Uzun**, s. 272 vd.

7 Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, genel işlem koşulu denetiminin uygulandığı hallerde BK m. 182, f. 3'de hakime verilmiş olan ceza koşulu miktarını makul bir düzeye indirme hakkının kullanılamayacağıdır. Yani ilgili sözleşme maddesi zaten kesin hükümsüz sayılacağı için hakimin artık tenzil edebileceği bir miktar da söz konusu olmayacaktır. Bu husus özellikle TKHK m. 5'in temelini oluşturan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında 93/13/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne ilişkin olarak Hollanda mahkemelerince Avrupa Birliği Mahkemesi'ne yöneltilmiş olan bir sorunun da konusunu oluşturmuştur. Mahkeme, 30 May 2013'de verdiği kararında (C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v. Jahani BV*) Hollanda Medeni Kanunu m. 6.94'ün hakime, aynı BK m. 182, f. 3'deki gibi verdiği bu tenzil yetkisinin genel işlem koşulu denetimi karşısında etkisini yitirdiğini tespit etmiştir.

8 Bu konuda bkz. **Yeşim M. Atamer**, Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabile-

veya götürü tazminat düzenlemesinin geçerli kabul edildiği ihtimaller de neredeyse hiç olmayacaktır.

Her ne kadar tacirler arası sözleşmeler açısından da GİK denetimi (BK m. 25 vd.) kural olarak devreye girecek olsa da tacirlerin sözleşmelerinin çok daha sık pazarlık konusu edilmiş olduğu, dolayısıyla da bir genel işlem koşulunun var olmadığı sonucuna varılacağı için[9], sorumsuzluk anlaşması, götürü tazminat ve ceza koşulu düzenlemelerinin bu sebeple kesin hükümsüz olması durumuyla daha az karşılaşılır. Ancak, bireysel (pazarlık konusu olmuş) sözleşmelerde bu tür maktu meblağların kararlaştırılması halinde başka yasal sınırlar devreye girmektedir. Örneğin sorumsuzluk anlaşmaları için BK m. 115-116 veya ceza koşulu için BK m. 182, f. 3/ahlaka aykırılık gibi. Dolayısıyla tacirler arası işlemler açısından bu kavramların ayrıştırılması ve sınırlarının saptanması büyük önem kazanmaktadır.[10]

III. Sözleşmeye Aykırılık Halinde Borçlu Tarafından Maktu Bir Ödeme Yapılacağı Konusundaki Sözleşme Kayıtlarının Farklı Hukuk Düzenlerinde Ele Alınış Şekli

A. Genel Olarak

Farklı hukuk sistemlerine bakıldığında ilk yapılabilecek tespit, sorumsuzluk anlaşmalarının her ülkede özel bir rejime tâbi tutulduğudur. Özellikle tacirler arası işlemlerde sözleşme özgürlüğünün en üst düzeyde korunduğu *Common Law* hukuk sistemlerinde bile sorumsuzluk anlaş-

cek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, Çiğdem Kırca (ed.), Vedat Kitapçılık 2013, s. 103 vd.

9 Ayrıntı için bkz. **Atamer**, TBK-TTK Sempozyumu, s. 120 vd.

10 Bu ayrımın önemi örneğin BK m. 346 çerçevesinde de ortaya çıkacaktır. Zira 2020 sonrasında sadece konutlar açısından değil, işyeri kira sözleşmeleri açısından da ceza koşulu düzenlemesi yasak olacaktır. Buna karşılık kanun götürü tazminat düzenlemelerini yasaklamamıştır.

malarının belirli sınırları söz konusudur.[11] Yani sözleşmelerde borçlu lehine kararlaştırılan sorumluluk meblağı sınırlamaları ancak yasal çerçevelere riayet ettikleri ölçüde geçerli olacaktır. Aynı yaklaşım Kara Avrupası hukuk çevresinde de geçerlidir.[12]

Ceza koşulu ve götürü tazminat açısından bakıldığında ise homojen bir tablo ile karşılaşılmamaktadır. Genelde üç farklı yaklaşım hakimdir:

- Ceza koşulu ve götürü tazminatı kavram olarak ayıran ve bunlardan sadece götürü tazminatın geçerli olarak kararlaştırılabileceğini öngören rejimler: İngiltere, ABD gibi *Common Law* ülkeleri.
- Ceza koşulu ve götürü tazminat kavramlarını en azından kanunlarında ayırmayan rejimler: Belçika, Fransa, Hollanda, İtalya gibi ülkelerde bu yaklaşım hakim olduğu gibi, PECL, PICC türü hukuk uyumlaştırması projeleri de bu tercihte bulunmaktadır.
- Ceza koşulu ve götürü tazminatı kavram olarak ayıran, ikisinin de kararlaştırılmasına belirli sınırlar içinde izin veren ve bunları kısmen farklı hükümlere tâbi tutan rejimler: Örneğin Almanya.

Tarihi açıdan bakıldığında Roma Hukukundan beri var olan kavram ceza koşuludur. *Stipulatio poenae*'nin çıkış sebebi bir yandan zararın ispatında ve hesaplanmasında yaşanacak zorlukları aşmak, diğer yandan da borçluyu ifaya zorlamak, üzerinde baskı kurmak (*in terrorem*) olmuştur.[13] Ancak bunun yanı sıra Roma usul hukukunun bazı özellikleri de ceza koşulunun kullanılmasını yaygınlaştırmıştır. Roma hukukunun klasik döneminde mutlak geçerliliği olan ilke, her eda davasının ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceğiydi (*omnis condemnatio est*

---

[11] İngiliz hukuku için bkz. **Neil Andrews**, Contract Rules, Decoding English Contract Law, Intersentia, 2016, s. 237 vd.; **Andrew Burrows**, A Restatement of the English Law of Contracts, Oxford UP, 2016, s. 95 vd; ABD hukuku için bkz. **Farnsworth**, § 4.26.

[12] Mukayeseli bilgi için bkz. **Lars Leuschner**, Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich, ZEuP 2017, s. 335 vd.

[13] **Zimmermann**, s. 96 vd.

pecuniaria).[14] Dolayısıyla para borcu dışındaki borçların ifasına ilişkin davalarda praetor, bu alacağın para karşılığını tespit etmekte (*quod interest*) ve hüküm bu miktarın ödenmesine ilişkin olmaktaydı. Örneğin bir malın teslimine ilişkin aynen ifa davası kabul görmemekteydi. Aynı şekilde bir yapma veya yapmama borcunun parasal karşılığını tespit etmek mümkün olmadığı için bu tür edimlerin icra edilebilir bir sözleşme konusu olması mümkün değildi.[15] Bu açıdan bir cezai şartın kararlaştırılması ile alacaklı her ne kadar asıl istediği edime kavuşamasa da dolaylı yoldan bu edimin ifasına zorlama imkanı kazanmaktaydı. Eğer ifa yine de gerçekleşmezse bu durumda en azından ceza olarak kararlaştırılan paranın ödenmesi talep edilmekteydi.

Post-klasik dönemde, bir yandan formula sisteminin gevşemeye başlaması, diğer yandan 3. ve 4. yy'da para değerindeki ciddi azalmalar nedeniyle aynen ifa talebine de olanak tanınmaya başlanmıştır.[16] Buna rağmen 533 yılında tamamlanmış olan Corpus Iuris Civilis konuya bir açıklık getirmemiş ve aynen ifa talebinin ne ölçüde kabul edilebileceği tartışmalı kalmıştır.[17] Orta Çağ'da, özellikle glossatörler döneminde sorun araştırılmaya devam edilmiş; kilise hukukunun etkisi ile, bir haksızlığın kefaretinin ödenmesinin, aynen ifayı zorunlu kıldığı düşüncesi hakim olmaya başlamıştır. Müşterek hukuk döneminde çeşitli sözleşme türleri ve özellikle verme borçları açısından aynen ifa taleplerine artan oranda müsaade edilmeye başlanmışsa da, aynen ifanın, borçlu açısından asli yükümlülük olduğu anlayışı o dönemde dahi hakim görüş olmamıştır. Ancak 19 yy.'a gelindiğinde Alman, Avusturya ve İsviçre öğretisinde aynen ifa, asli talep olarak ön plana çıkmış ve tazminat talebinin yerini almıştır.[18] Tarihi açıdan bakıldığında cezai şart, sözleşmesel bir borç oluşturamayacak edimlerin ifasını dolaylı yoldan sağlamaya yönelik bir baskı aracı olarak gelişmiş, ancak zamanla, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sözleşmede kararlaştırılması pekâlâ mümkün olan edimlerin ifasını temin

[14] **Bernhard Freund**, Erfüllungszwang im Kaufrecht, Geschichte – Vergleich – Vereinheitlichung, Duncker & Humblot, 2015, s. 60 vd.; **Zimmermann**, s. 771 vd.

[15] **Zimmermann**, s. 99.

[16] **Freund**, s. 74 vd.

[17] **Zimmermann**, s. 773.

[18] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Freund**, s. 86 vd.

amacına hizmet etmek üzere evrilmiştir.[19] Ancak bu ayırım, görüleceği üzere, özellikle Anglo-Amerikan hukukunda kısmen yaşamaya devam etmiştir.

B. Ceza Koşulunu Geçersiz, Götürü Tazminatı Geçerli Kabul Eden Sistemler

1. İngiliz Hukuku

Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası sözleşme hukuklarının birbirinden ayrıldığı az sayıda ama temel bazı noktalar vardır.[20] Bu farklılıkların çoğunun temelinde İngiliz hukukunun, aynı Roma hukukunda olduğu gibi, "*actio*"lar üzerine kurulu olarak gelişmiş olması yatmaktadır. Bu sistemde sadece belirli talepler için dava hakkı verilmiş, bunlardan en önemlisini de para alacakları ve tazminat davası oluşturmuştur. Buna karşılık aynen ifa davası çok sınırlı haller dışında tanınmamıştır. Dolayısıyla aynı Roma hukukunda olduğu gibi 13. yüzyıldan itibaren uygulamada cezai şart kurumu gelişmeye başlamış ve ifaya dolaylı da olsa zorlamak amacıyla baskı kurulması yolu seçilmiştir.[21] Diğer yandan zararın ispatının zor olduğu durumlar için de bu kurumdan faydalanılmıştır. Uygulamada "ceza senetleri/bonoları" (*penal bonds*) adını alan bu düzenlemeler, bir borcun ifa edilmemesi halinde maktu bir meblağın ödeneceği taahhüdünü içermekteydi. Bu şekilde eğer asıl borcun ifası gerçekleşmezse alacaklı doğrudan senede dayalı bir tazminat davası açmak suretiyle alacağına kavuşabilmekteydi.[22]

---

[19] *Non-genuine conventional penalty clause* ile *genuine conventional penalty clause* arasındaki bu ayırım hakkında bkz. **Zimmermann**, s. 98 vd.; **Pascal Hachem**, Agreed Sums Payable Upon Breach of an Obligation, Eleven Publishing, 2011, s. 30.

[20] Bu konuda örneğin bkz. **Yeşim M. Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, 2005, s. 311 vd. ve 319 vd.

[21] **Joseph Biancalana**, Contractual Penalties in the King's Court 1260-1360, 64 Cambridge Law Journal 2005, s. 212 vd. Ayrıca bkz. **Hugh Beale**, Penalty Clauses in English Law, 3-4 ERPL 2016, s. 353 vd.; **David Ibbetson**, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford UP, 2001, s. 231-214; **Birinci Uzun**, s. 173 vd.

[22] **Freund**, s. 121.

Ancak Roma hukukundan ve onu takip eden Kara Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak İngiliz Mahkemeleri bu tür senetleri 16.-17. yüzyıldan itibaren geçersiz olarak değerlendirmeye başlamıştır. Mahkemelerin bu konuda yürüttükleri mantık, ceza senetlerinin asli amacının sözleşmesel bir borcun ifası için teminat oluşturmak olduğu, dolayısıyla da alacaklının temel borç yerine ceza senedinde yazılı meblağı tercih edemeyeceği olmuştur. Nitekim gerekçelendirme, teminat olarak verilen bir menkulün mülkiyetinin alacaklıda kalamayacağı (*'lex comissoria'*) düşüncesi ile paralellik taşımaktadır.[23] İki ihtimalde de borçlunun korunması düşüncesi ağır basmış ve içtihat bu tür sözleşmesel düzenlemelerin geçeriz olacağı yönünde gelişmiştir. Alacaklı sadece asıl zararını tazmin ettirme hakkına sahip olmuştur.

Ancak yine mahkemelerin 19. yüzyıldan beri geliştirdikleri ve bugün halen geçerli olan bir ayırım[24] uyarınca tarafların bir götürü tazminat (*liquidated damages*) anlaşması yapmasına engel yoktur. Yani, amacı itibariyle alacaklının gerçek zararına yakın bir meblağın tazmini hedefini güden sözleşme kayıtları geçerli kabul edilmiştir. Bu şekilde sadece cezalandırma amaçlı klozlar (*penalty clause*) geçersiz sayılmakta, borçlu üzerinde bu tür bir ifa baskısı yaratılması reddedilmekteydi. Fakat bu içtihadın uygulamada çok eleştirildiği de vurgulanmalıdır.[25]

---

[23] *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* and *ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67, N. 7 vd. Türk hukukunda cezai şartın bir teminat işlevi olup olmadığı tartışması hakkında bkz. **Ayça Akkayan Yıldırım**, Cezai Şartın İşlevi – Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İÜHFM, C. LXI, 2003, s. 357, 378 vd.

[24] *Astley v. Frances Weldon,* 27.01.1801 (http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1801/108.pdf); *Kemble v. Farren*, 06.07.1829 (http://www.commonlii.org/int/cases/EngR/1829/590.pdf).

[25] **Beale**, s. 355-356. Aşağıda ele alınacak olan ve İngiliz Mahkemelerinin 100 yılı aşkın süredir devam eden bu uygulamasının masaya yatırıldığı 2015 tarihli bir kararında Supreme Court yargıçlarından Lort Neuberger ve Lort Sumption'ın şu ifadeyi kullanmıştır: "*İngiltere'deki ceza koşulu kuralı eskimiş ve tesadüfen inşa edilmiş anıtsal bir bina gibidir. Bazıları, zamanın etkisine çok iyi dayanamamış bu binanın tümüyle yıkılmasını önerirken, bazıları da tümüyle yeniden inşa edilip genişletilmesini salık vermektedir.*" *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* and *ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67, N. 3.

İki kavramın birbirinden ayrılması konusunda en büyük role sahip olan karar 1914 tarihli *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd*[26] kararıdır. Bu kararda Lort Dunedin, farklı kriterler geliştirmiş ve bunlar adeta bir yasal düzenleme gibi sonraki yüz yıl boyunca içtihatları belirlemiştir.[27] Karara konu olayda imalatçı Dunlop bir garaja araba lastiği temin etmek üzere taahhüt altına girmiş ancak garajla yapılan sözleşmede Dunlop'un ürünlerinin izin verilenler dışında 3. kişilere satışı yasaklandığı gibi belirli bir fiyatın altında satış yapılması halinde de her lastik başına 5 Pound maktu bir ödeme yapılacağı kararlaştırılmıştır. Mahkeme, lastik başına gerçek zararın 2 Pound düzeyinde olduğu bu olayda ilgili hükmü bir götürü tazminat anlaşması olarak değerlendirmiş ve geçerli kabul etmiştir. Saptanan kriterler şu şekildedir[28]:

- Her ne kadar taraflar sözleşmede ceza koşulu veya götürü tazminat gibi kavramlar kullanmış olsa da mahkemenin bunlardan bağımsız olarak bir değerlendirme yapması gerekir.
- Ceza koşulunun asli amacı sözleşmeyi ihlal eden kişi üzerinde baskı yaratmak için (*in terrorem*) bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılmasıdır. Buna karşılık götürü tazminat, oluşabilecek zararın gerçekçi bir tahmini (*genuine preestimate*) niteliğindedir.
- Sözleşmede kararlaştırılan bu tür kayıtların ceza koşulu mu götürü tazminat mı olduğu her somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sözleşmenin kuruluş anına göre değerlendirilmesi gereken bir noktadır.
- Mahkemeye bu değerlendirmesinde yardımcı olmak için ortaya atılmış olan farklı testlerden bazıları şunlardır:

---

[26] *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd*, [1914] UKHL 1.

[27] İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin (eski adıyla House of Lords yeni adıyla Supreme Court) karar alma usulü tek tek yargıçların görüşlerini ifade etmesi şeklindedir. Görüşleri ortak olan yargıçlar birlikte görüş kaleme alırlar. Dolayısıyla ilgili kararlara genel olarak değil, ilgili kısmı yazan yargıcın adıyla atıf yapılması söz konudur.

[28] Bu konuda bkz. **Jack Beatson/Andrew Burrows/John Cartwright**, Anson's Law of Contract, 29. Bası, Oxford UP, 2010, s. 566 vd.; **Edwin Peel**, Treitel – The Law of Contract, 14. Bası, Sweet & Maxwell, 2015, N. 20-131.

- Eğer kararlaştırılan rakam, sözleşme ihlalinin sonucu olarak tahmin edilebilecek en yüksek rakamla mukayese edildiğinde bile fahiş (*extravagant*) ve adaletsiz (*unconscionable*) olarak nitelendirilecek düzeydeyse bir ceza koşulu söz konusudur;

- Eğer ifa edilecek edim zaten bir para borcu ise ve kararlaştırılan meblağ daha yüksek bir para borcu ise bu durumda bir ceza koşulunun varlığı kabul edilir;

- Eğer farklı düzeylerde zarar doğurma olasılığı olan birden fazla sözleşme ihlali için ödenecek meblağ tek bir rakam olarak saptanmışsa tarafların gerçekçi bir tahminde bulunmadığı dolayısıyla da bir ceza koşulunun varlığı kabul edilir;

- Sözleşme ihlalinin sonuçlarının öngörülemez olması, dolayısıyla da gerçekçi bir tahminin mümkün olmaması bir ceza koşulunun varlığı sonucuna götürmez. Aksine, tarafların bu ihtimalde gerçekten menfaatleri dengeleyen bir meblağ saptamak istediği, cezalandırma niyetlerinin olmadığı kabul edilir.

Yaklaşık yüz yıldır uygulanan bu içtihat, İngiliz hukukunda özellikle tacirler arasındaki işlemlerde mutlak hakimiyeti olan sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısında sürekli eleştiriye uğramış ve yüksek mahkemenin içtihadını değiştirmesi talep edilmiştir.[29] Mahkeme bu eleştirileri değerlendirme fırsatını 2015 yılında bulmuştur.[30] Ancak beklenenin aksine, Supreme Court, B2B işlemler için cezai şart yasağını tümden kaldırmamış, fakat *Dunlop* kararından biraz daha esnek bir yaklaşımın kapılarını aralamıştır.[31] Dunlop kararında Lort Dunnedin tarafından geliştirilen formüllerin

[29] Bkz. **Peel**, N. 20-137.

[30] *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67.

[31] Örn. bkz. **Paula Giliker**, Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis, 1 ERPL 2017, s. 173 vd.; **Bobby Lindsay**, Case Comment: Penalty Clauses in the Supreme Court: A

tek belirleyici olamayacağı sonucuna varan yargıçlara göre, kararlaştırılan meblağın, daha sonra doğması ihtimali olan zararın gerçekçi bir tahmini olmasa bile bazı hallerde bir götürü tazminat olarak nitelendirilmesi mümkündür. Lort Neuberger ve Lort Sumption tarafından belirlenen kritere göre önem taşıyan nokta "*tartışma konusu olan sözleşme hükmünün, masum olan tarafın asli edimin ifasına ilişkin haklı menfaati ile tamamen orantısız ikincil bir edim belirleyip belirlemediğidir*".[32]

İlgili olayda Orta Doğu'daki büyük bir reklam ve pazarlama şirketinin hisselerinin, şirket kontrolünü sağlayacak bir miktarının davacıya satılması söz konusuydu. Akdedilen sözleşmede, devirden sonra belirli bir süre satıcı/davalının eski şirketi ile rekabet etmeyeceği; eğer ederse alıcı/davacının hisse bedelinin son iki taksitini ödememe ve satıcı/davalının elinde kalan son hisseleri satın alma opsiyonunu kazanacağı kararlaştırılmıştı. Ayrıca bu ihtimalde opsiyon sözleşmesindeki bedel, goodwill ödemesi olmaksızın hesaplanacaktı. Satıcı/davalının daha sonra rekabet etmeme borcuna aykırı davranması nedeniyle ilgili sözleşmesel yaptırımlar gündeme gelmiş ve bunların bir cezai şart olarak nitelendirilip geçersiz sayılması ile götürü tazminat anlaşması olarak muhafaza edilmesi arasında karar verme gereği doğmuştur.

Açıktır ki iki sözleşme hükmü de rekabet etmeme anlaşmasına aykırı davranılması halinde doğacak zararın gerçekçi bir tahminini içermekten uzaktır. İlgili sözleşmeden ve sözleşme görüşmelerinden bu yönde bir hesaplama sürecinin yaşandığına dair bir bilgi edinmek de mümkün değildir. Bu hükümlerin amacı satıcı/davalıyı sözleşmeye uygun davranmak konusunda güdülemektir. İşte, Supreme Court'un kararı ile tam da bu amacın meşru bir amaç olduğu kabul edilmiştir. Yani sadece belirli bir zararın hesaplanması konusunda daha sonra yaşanacak bir tartışmayı engellemek değil, aynen ifa menfaatini korumak da haklı bir menfaat olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla kararlaştırılan meblağ aracılığıyla meşru bir ticari menfaatin korunmasının amaçlandığı tespit edilmiş ve meblağın ölçüsüz, fahiş ve adaletsiz olmaması halinde bir götürü tazmi-

Legitimately Interesting Decision?, Edinburgh Law Review 2016, s. 204 vd.

[32] *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Limited v Beavis*, [2015] UKSC 67, N. 32.

nat anlaşması olarak geçerli kalacağı saptanmıştır.[33] Aslında bu karar ile Yüksek Mahkeme, ifaya zorlama amacının pekâlâ koruma hakkettiğini, sadece aşırı, ölçüsüz miktarların hükümsüz olacağını saptamak suretiyle Kara Avrupa'sı hukuk sistemiyle paralel bir sonuca ulaşmıştır.

Tarafların geçerli bir götürü tazminat anlaşması yaptıkları kabul edildiği takdirde zarar görenin talep edebileceği meblağ sadece kararlaştırılan bu meblağ olacaktır. Yani alacaklının uğradığı zarar daha az olmasına rağmen bu meblağı istemesine herhangi bir engel olmamakla birlikte, zararı daha fazla ise bu aşan zararı ayrıca talep etmesi imkanı da olmayacaktır.[34]

2. ABD Hukuku

Her ne kadar ABD'nin federal yapısı nedeniyle ülke genelinde geçerli bir sözleşme hukukundan bahsetmek mümkün olmasa da iki hukuksal metin sözleşme hukuku açısından büyük önem arz etmektedir. Bunlardan ilki ABD'nin 50 eyaletinde yasalaştırılmış olan *Uniform Commercial Code* ("UCC"), yani yeknesak ticaret kanunudur. 1952 yılında hazırlanmış olan bu model kanunda özellikle satım sözleşmelerine ilişkin 2. Bölüm genel sözleşme hukuku kuralları şeklinde yorumlanmaktadır.

---

[33] **Giliker**, s. 176-177; **Burrows**, s. 138; **Andrews**, s. 362. Aslında Supreme Court'un bu kararında değerlendirdiği iki farklı olay vardır. Ancak ikincisi bir tüketici-tacir işlemine ilişkin olduğu için burada ayrıca ele alınmamıştır. Olayda bir alış-veriş merkezinin otoparkında yer alan levhalarda iki saate kadar park etmenin ücretsiz olduğu, ancak iki saat sonrasında 85 Pound düzeyinde bir ücretin tahsil edileceği yazmaktaydı. İlgili meblağ, iki saatten fazla kalınan sürenin, bir dakika veya beş saat olması arasında bir ayırım yapmaksızın uygulama bulmaktaydı. Mahkeme bu olayda da alış-veriş merkezinin meşru ticari bir menfaatinin olduğunu, hatta bunun yanı sıra park alanı yaratmak gibi kamusal da bir menfaatin olduğu gerekçesiyle ücreti bir ceza koşulu olarak değerlendirmemiştir. Ancak ilgili hükmün aslında tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar hakkında düzenlemeye aykırı kabul edilmesi gerekeceği yönünde bir eleştiri de ifade edilmiştir. Bkz. **Giliker**, s. 179-180. Nitekim Türk hukukunda da bu tartışmanın, meblağın yüksek/düşük olmasından bağımsız olarak yapılması gerekirdi.

[34] **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 570-571; *Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry* (1925) Ltd [1933] AC 20; **Peel**, N. 20-141; **Aristides N. Hatzis**, Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, 22 International Review of Law and Economics 2003, s. 381, 387; **Burrows**, s. 139.

Diğer bir metin ise akademisyen, yargıç ve avukatlar tarafından *American Law Institute* bünyesinde hazırlanmış ve bir nevi sözleşme hukukuna ilişkin yasa taslağı ve şerhi mahiyetinde olan 1981 *Restatement (Second) of the Law of Contracts* metnidir. Bağlayıcı olmamakla birlikte ABD mahkemeleri tarafından sık sık atıf yapılan bu metin bütün eyaletlerdeki uygulamaları dikkate alarak kaleme alınmış ve belirli aralıklarla yenilenen bir çalışmadır.

Aynı İngiliz hukukunda olduğu gibi, ABD'de de ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin hükümsüz, buna karşılık götürü tazminat düzenlemelerinin geçerli olması yaklaşımı bu metinlere de yansımıştır. UCC § 2-718 uyarınca götürü tazminata ilişkin bir anlaşmanın yapılması mümkündür, ancak belirlenen meblağın sözleşmeye aykırılık hali için öngörülmüş olan veya fiilen gerçekleşen zararla mukayese edildiğinde makul bir düzeyde saptanmış olması gerekir.[35] Bu değerlendirmede zararın ispatlanmasının zorluğu ve alacaklı lehine başka türlü uygun bir yaptırım elde etmenin güçlüğü de dikkate alınacaktır. Yani bu ihtimallerde gerçek zarardan sapmanın daha fazla olması tahammül edilebilir olacaktır. Ancak makul olmayan bir götürü tazminat söz konusu ise bu bir ceza koşulu olarak değerlendirilir ve hükümsüz sayılır. Aynı şekilde Restatement 2nd § 356 uyarınca da ölçüsüz derecede yüksek bir meblağ, her ne kadar götürü tazminat olarak saptanmış olsa da bir ceza koşulu olarak nitelendirilir ve kamu düzeni mülahazaları ile hükümsüz sayılır.[36]

ABD hukukunda da önceleri İngiliz hukukunda bugüne kadar kabul edildiği üzere[37], hakimin değerlendirmeyi yaparken hep *ex ante* bir bakış

---

[35] UCC § 2-718 (1): "*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.*"

[36] Restatement 2nd § 356 (1): "*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.*"

[37] Diğer Common Law ülkelerinden Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda'nın bu noktada İngiliz hukukunu takip ettikleri hakkında bkz. **Hachem**, s. 79.

açısı ile hareket etmesi gerektiği mahkeme kararları ile kabul edilmişse de bu iki hukuki metinde yaklaşım farklı olmuştur. Zira hakimin sadece tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında öngördüklerini değil, *ex post*, gerçekleşen zararı da değerlendirmede dikkate alması aranmaktadır.[38] Yani başlangıçta bir cezai şart olarak kararlaştırılmamış bir meblağın, daha sonra, ortaya çıkan zararın düşüklüğü karşısında bir cezai şart olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla hükümsüz sayılması ihtimali vardır.[39]

C. Ceza Koşulu ve Götürü Tazminat Kavramlarını Ayırmayan Sistemler

Anglo-Amerikan hukukunun tam aksi yönünde, bazı Kara Avrupası hukuk sistemleri cezai şart ve götürü tazminat arasında bir ayırım yapmamaktadır. Tarafların, sözleşmeye aykırılık halinde ödeneceğini kararlaştırdıkları meblağı, borçluyu ifaya zorlama amacıyla bir ceza mahiyetinde mi planladıkları yoksa sadece bir götürü tazminat anlaşması mı yapmak istedikleri bu sistemlerde önem taşımaz. Makul bir düzeyde kalan tazminat düzenlemeleri, tarafların amaçlarından bağımsız olarak geçerli sayılırken, makul düzeyi aşan, aşırı miktarlar ise hakime verilen yetki uyarınca düzeltilmektedir. Örneğin Fransız ve Hollanda hukukları ile son yılların mukayeseli hukuk çalışmalarını yansıtan Milletlerarası Ticari Sözleşme İlkeleri (*Principles of International Commercial Contracts*, "PICC") ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*, "PECL") gibi metinlerde bu yaklaşım benimsenmiştir.

1. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda ceza koşuluna ilişkin düzenleme 2016 tarihli borçlar hukuku reformu sonrasında değişmiştir.[40] Eski düzenlemesinde

---

[38] Açıklama için bkz. **Joseph M. Perillo**, Contracts, West Academic Publishing, 7. Bası, 2014, s. 560-561; **John Edward Murray**, Murray on Contracts, Lexis Nexis, 5. Bası, 2011, s. 795 vd.

[39] Bu konuda eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Farnsworth**, § 12.18, s. 815.

[40] Reform öncesi döneme ilişkin olarak bkz. **Kapancı**, s. 673 vd.; **Lucinda Miller**, Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study, 53(1) International & Comparative Law Quarterly 2004, s.79, 85 vd. Code Civil'in sözleşme ve haksız fiile ilişkin hü-

Code Civil ("CC") m. 1152 götürü tazminatı, buna karşılık m. 1226-1233 aralığı ceza koşulu kavramını düzenlemekteydi. Ancak uygulamada ve yargıda bu iki kavramın ayrı düzenlenmesine gerek olmadığı şeklindeki yaklaşımın etkisi kendisini göstermiş ve reform sonrası konu bir tek maddede ele alınmıştır.[41] Madde 1231-5, f. 1 uyarınca "*bir sözleşmede, borcuna aykırı davranan tarafın belirli bir miktarı tazminat ve faiz olarak ödeyeceği kararlaştırılmış ise karşı taraf ne daha yüksek ne de daha az bir miktara hak kazanır*." Genel kuralı belirleyen bu maddeye göre, tarafların sözleşmede saptadığı rakamın asli amacı, sözleşmeye aykırılık halinde doğan zararın telafi edilmesidir. Ancak bunun yanı sıra ilgili düzenlemenin ifaya zorlama amacına da sahip olabileceği tartışmasızdır.[42] Zira ilgili miktarın ödenmesi için sözleşmeye aykırı davranışın bir zarara sebep olması aranmamaktadır.[43] Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa da ilgili meblağdan daha az bir zarara uğramış olsa da borçlunun sözleşmeye aykırı davranmış olması nedeniyle bu miktarı talep etmesi mümkündür.[44].

Hakime, sözleşmede saptanmış olan bu tür bir meblağa müdahale imkanı ilk defa 1975 yılında eski m. 1152 CC'ye yapılan bir ekleme ile verilmiştir.[45] Bu düzenleme büyük ölçüde yeni m. 1231-5, f. 2'ye de aktarılmıştır. Buna göre hakim, saptanan miktarın aşırı derecede yüksek veya düşük olması halinde resen müdahale ederek bunu indirebileceği gibi

---

kümleri 10 Şubat 2016 tarihinde kabul edilen "*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*" ile değişmiştir. Reform projesi hakkında bkz. **Başak Baysal**, Fransız Sorumluluk Hukuku Reformu, Baysal (ed.) Sorumluluk Hukuku, Seminerler 2016, On İki Levha, 2016, s. 61 vd.

41 Eski kanun döneminde yaşanan bu tartışma hakkında bkz. **Mehmet Erdem,** La Clause Penale, Ankara 2006, s. 46-47. Yeni düzenleme hakkında bkz. **Philippe Malaurie/Laurent Aynès/Philippe Stoffel-Munck**, Droit des obligations, 9. Bası, LGDJ, 2017, N. 990 vd.; **Alain Bénabent**, Droit des obligations, 16. Bası, LGDJ, 2017, N. 438 vd.

42 **Gaël Chantepie/Mathias Latina**, La réforme de droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil, Dalloz, 2016, N. 690-691.

43 **Chantepie/Latina**, N. 690.

44 Ancak maddenin 5. fıkrasına göre borçlunun ifa etmeme durumu imkansızlık gibi nihai bir sebebe dayanmadığı sürece ilgili meblağın istenebilmesi için kendisine bir ihtarda bulunulması gerekmektir, **Chantepie/Latina**, N. 692.

45 **Michel Cannarsa**, Contractual Penalties in French Law, 3 ERPL 2015, s. 297, 299.

artırabilir de. BK m. 180, f. 2'ye paralel bir düzenleme Fransız hukukunda olmadığı için ister götürü tazminat ister bir cezai şart kararlaştırılmış olsun, alacaklı sadece sözleşmede kararlaştırılan meblağı talep edebilecektir. İşte bu yüzden hakime ilgili meblağın sadece indirilmesi konusunda değil, duruma göre artırılmasına ilişkin olarak da yetki verilmiştir. Girişte verilen örneklerde üzerinde durulmuş olduğu gibi, taraflarca kararlaştırılan bir meblağın duruma göre sonradan sorumluluğu sınırlandıran bir hükme dönüşebileceği Fransız Yasa Koyucusu tarafından dikkate alınmıştır. Ancak hakimin bu tür bir müdahalesinin önkoşulu, ortaya çıkan gerçek zarar ile kararlaştırılan meblağ arasındaki farkın aşikar ve aşırı olmasıdır. Bu değerlendirmeyi *ex post* yapacağı, yani İngiliz hukukunda olduğu gibi, tarafların sözleşmeyi kurarken neyi öngördüklerine göre değil de, karar verme aşamasında zararın ne miktarda gerçekleştiğine bakacağı kabul edilmektedir.[46] Bu müdahalede hakimden beklenen, tarafların sözleşmede kurmaya çalıştıkları dengeyi muhafaza etmesi, dolayısıyla borçluya (tazminat miktarı düşük) veya alacaklıya (tazminat miktarı yüksek) sağlanan sözleşmesel avantajın hakimin yapacağı değerlendirmeye yansımasıdır.[47]

Ancak Fransız hukukunda halihazırda reform devam etmektedir. Fransız Adalet Bakanlığı tarafından 13 Mart 2017'de yayınlanmış olan Sorumluluk Hukuku Reformu Tasarısı[48] "Sorumluluğa İlişkin Anlaşmalar" başlığı altında sorumsuzluk anlaşmalarını (m. 1281-1283)[49] ve ceza

---

[46] **Michel Cannarsa**, French Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court, 1 ERPL 2017, s. 219, 223; **Chantepie/Latina**, N. 693; **Barbara Pasa**, The European Law of 'Contractual Penalties', 3 ERPL 2015, s. 355, 365.

[47] **Cannarsa**, ERPL 2015, s. 303.

[48] Projet de Réforme de la Responsabilité Civile, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf. Bu Tasarı hakkında bkz. **Başak Baysal**, Fransız Sorumluluk Hukuku Reformunda Sona Doğru, Baysal (ed.) Sorumluluk Hukuku, Seminerler-Makaleler 2017, On İki Levha, 2017, s. 77 vd. Tasarının Türkçe tercümesi için bkz. aynı kitap içinde **Başak Baysal/Elif Merve Yılmaz**, s. 521 vd.

[49] Tasarı'da ceza koşulu ile sorumsuzluk anlaşmalarının aynı başlık altında ele alınması, bu makalede de vurgulanmaya çalışılan bir noktanın altını çizmektedir: iki kavram da özünde, sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun ödeyeceği bir rakamı belirlemektedir. Ancak amaçları farklıdır. Tasarı m. 1282 uyarınca "*sözleşmesel sorumluluğun sınırlandırılması*

koşulunu (m. 1284) bu sefer birlikte düzenlemektedir. Ceza koşuluna ilişkin düzenlemenin numarası değişmekle birlikte içeriğinde herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Sadece maddenin kenar başlığı açıkça ceza koşulu olarak değişmiş ve birinci fıkrasında kullanılan "bir miktar para" ifadesinin yerini doğrudan ceza koşulu kavramı almıştır.

2. Hollanda Hukuku

Aynı Fransız Hukukunda olduğu gibi Hollanda Medeni Kanun'u (*Burgerlijk Wetboek*) da ceza koşulu ve götürü tazminat ayırımı yapmayan bir düzenlemeye yer vermektedir.[50] Madde 6.91'de açıkça ifade edildiği üzere, "*borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmediği ihtimallerde belirli bir miktar para ödemesini veya başka bir ifada bulunmasını öngören her türlü sözleşme hükmü bir ceza koşulu sayılır. Bu düzenlemenin, doğacak zararın tazmini veya borcun ifasını zorlama amacı taşıması herhangi bir fark yaratmaz.*" Bu tür hükümlerin tümü için m. 6.92-6.94'de düzenlenmiş kurallar uygulama bulur. Fransız hukukuna paralel olarak alacaklının sözleşme ihlali nedeniyle bir zarara uğradığını ispat etmesi gerekmez. Herhangi bir zarara uğramamış olan alacaklı da bu miktarı talep edebilir.[51] Ancak istisnai durumlarda hakimin m. 6.94 uyarınca ilgili sözleşmesel düzenlemeye müdahale etmesi mümkündür. Bu müdahale, miktarın indirilmesi yönünde olabileceği gibi artırılmasına ilişkin de olabilir. Yani Fransız hukukuna paralel olarak, kararlaştırılan meblağın daha sonra bir sorumluluk sınırlamasına dönüşmesi ihtimalini de Yasa Koyucu dikkate almıştır. Hakimin gerek belirlenen meblağın hakkaniyet gereği artırılması gerekse indirilmesi konusundaki bir talebi değerlendirirken *ex post* bir bakış açısı ile çalışacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşenler ve özellikle oluşan zararın miktarı hakimin değerlendirmesinde önem taşıyacaktır.[52]

---

veya kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar ağır kusur ya da hile halinde etki doğurmaz. Bu hükümler borçlunun asli edim yükümlülüğünü özünden yoksun kıldıkları takdirde yazılmamış sayılır" (Tercüme: Baysal/Yılmaz, s. 538). Ayrıca bkz. **Bénabent**, N. 437.

[50] **Harriët Schelhass**, The UK Supreme Court Cases on Penalty Clause Cases from a Dutch Perspective, 1 ERPL 2017, s. 209.

[51] **Schelhass**, s. 211.

[52] **Schelhass**, s. 210.

3. Sözleşme Hukukunun Uyumlaştırılmasına İlişkin Metinler

Son yıllarda Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler, Unidroit (*International Institute for the Unification of Private Law*) gibi gerek bölgesel gerekse uluslararası kuruluşların itici gücü ile sözleşme hukukuna ilişkin çok sayıda uyumlaştırma metni yayınlanmıştır. Amaç, sınır aşan ticareti kolaylaştıracak şekilde farklı hukuk çevrelerinde geçerli hukuksal düzenlemeleri uyumlaştırarak gerek tarafların sözleşmelerine dahil edebilecekleri gerekse parlamentoların yasama faaliyetinde dikkate alabileceği model kanunlar kaleme almaktır. Genel sözleşme hukuku alanında bu açıdan önem taşıyan metinler, Unidroit tarafından hazırlanmış ve en son 2016 yılında güncellenerek yayınlanmış olan Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles of International Commercial Contracts*, "PICC")[53] metni ve AB içinde çok sayıda hukukçunun katılımı ile kaleme alınarak 2000'li yıllarda kısım kısım yayınlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'dir (*Principles of European Contract Law,* "PECL")[54].

Bu metinlerde tercih edilen yaklaşım, götürü tazminat ve ceza koşulu arasında bir ayırım yapmamaktır.[55] PICC m. 7.4.13'ün resmi şerhine göre, sözleşmede kararlaştırılan meblağın amacının, zararın tazminini kolaylaştırmak veya ifaya ilişkin baskı yaratmak olmasından bağımsız olarak bu hüküm uygulama bulacaktır.[56] Genel kural olarak alacaklı, sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi kararlaştırılan bir meblağa, zarara uğramış olmasından bağımsız olarak hak kazanır (m. 7.4.13(1)). Yani

---

[53] https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016

[54] http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/. PECL ve PICC'yi esas alarak daha sonra AB içinde *Draft Common Frame of Reference* ("DCFR") adlı bir çalışma daha hazırlanmıştır: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

[55] **Ewan McKendrick**, Art. 7.4.13 N. 2, Vogenauer (ed.) Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Bası, Oxford UP, 2015. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kabaklıoğlu**, s. 106 vd.

[56] Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016, Integral Version, Rome 2016, s. 289.

hiçbir zararı olmasa da bu meblağın ödenmesini talep edebilir.[57] Fakat aynı mantıkla zarar miktarının daha fazla olması halinde de alacaklının bunu talep edebilmesi mümkün değildir. Ödeme ilgili meblağ kadar olacaktır. Bu düzenlemenin aynısını PECL m. 9:509(1)'de görmek mümkündür. İlgili maddelerin ikinci fıkralarında ise, bu meblağın sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan zarar ve diğer koşullar dikkate alındığında ciddi şekilde aşırıya kaçmış olması durumunda hakime ilgili meblağı "makul" (*reasonable*) bir düzeye indirme görevi verilmiştir. Tarafların sözleşmeye bu düzenlemenin aksine bir kayıt koymalarına da izin verilmemiştir.

İlginç olan, bu iki model kanunun da aslen tacirler için kaleme alınmış olmasıdır. Yani tacirler arasındaki sözleşmelerde hakimin resen sözleşmeye müdahale ederek aşırıya kaçan ceza koşulu miktarını indirmek görevinin olması doğru bulunmuştur. Oysa aşağıda ele alacağımız Alman ve Türk hukuklarında kural olarak tacirler arası işlemlerde ceza koşulu miktarına hakimin müdahalesi kabul edilmez.

D. Ceza Koşulu ve Götürü Tazminat Kavramlarını Ayıran Sistemler

Alman Medeni Kanunu ("BGB"), aynı İsviçre-Türk Borçlar Kanunu ("OR") gibi, ceza koşulu kurumuna özel olarak yer vermiştir (§§ 339-345). Buna karşılık götürü tazminata ilişkin bu tarzda ayrı bir bölüm mevcut değildir. Buna rağmen Alman doktrininde götürü tazminatın ayrı bir kurum olduğu konusunda herhangi bir tartışma yaşanmamaktadır.[58] Nitekim genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin BGB'de yer alan ve hakimin tacir-tüketici işlemlerinde geçersiz sayması gerektiği hükümler arasında özellikle götürü tazminat ve ceza koşulu ayrı ayrı sayılmıştır. BGB § 309, bent 5 uyarınca GİK içinde götürü tazminat anlaşması yapılması durumunda bunun geçerli olabilmesi ancak ilgili tazminat miktarının hayatın olağan akışına göre beklenebilecek zarar miktarını aşmaması veya karşı tarafa, herhangi bir zararın doğmadığı veya çok daha az olduğu

---

[57] Vogenauer/**McKendrick**, Art. 7.4.13 PICC, N. 14.

[58] **Patrick Ostendorf**, Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung, JuS 2015, s. 977; **Wolfgang Wurmnest**, § 309 BGB N. 5-6, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Bası, C.H. Beck 2016 ("MüKoBGB").

yönünde bir ispat imkanı tanınmış olması halinde mümkündür. Bu ön koşulları yerine getirmeyen bir götürü tazminat anlaşması kesin hükümsüz sayılır. Buna karşılık ceza koşulu anlaşmaları aynı maddenin altıncı bendi uyarınca ayrıca bir ön koşul olmaksızın doğrudan hükümsüz sayılırlar. Bu açıdan Alman Yasa Koyucusu'nun iki kavramı ayrı düşündüğü konusunda bir tereddüt yoktur.

Kavramların ayrılmasının, uygulanacak kurallar açısından büyük önemi vardır. Zira öncelikle BK m. 131, f. 2'nin muadili olan BGB § 341 f. 3'ün götürü tazminat açısından uygulanması mümkün değildir.[59] Yani borcun ifası aşamasında götürü tazminat talebinin saklı tutulmasına gerek yoktur. Diğer yandan hakimin aşırı bir ceza koşulunu borçlunun talebi halinde BGB § 343 uyarınca makul bir düzeye çekmesine ilişkin düzenlemesinin de götürü tazminat açısından uygulama bulmadığı kabul edilmektedir.[60] Götürü tazminat anlaşmaları ancak GİK denetimi çerçevesinde ya tümden geçersiz olacak ya da geçerli kalacakladır. Tacir-tacir işlemleri açısından her ne kadar BGB § 309 uygulama alanı bulamasa da genel denetim normu olan ve BK m. 25'in muadili sayılabilecek olan BGB § 307'nin uygulama bulacağı konusunda hiç tereddüt yoktur. Dolayısıyla tacir-tacir işlemlerinde de dayatıldığı konusunda şüphe olmayan ve karşı

---

[59] **Ostendorf**, s. 977.

[60] Bu görüşte **Ostendorf**, s. 977; MüKoBGB/**Gottwald**, Vorbemerkungen § 339 N. 34; **Janoschek**, § 343 N. 2, in: Beck'scher Online Kommentar BGB, 43. Bası, 15.06.2017; **Florian Faust**, Contractual Penalties in German Law, 3 ERPL 2015, s. 285, 288. Vurgulanmalıdır ki Alman Ticaret Kanunu ("HGB") tacirler arasındaki ceza koşulları için § 348'de özel bir düzenleme getirmiş ve aynı TK m. 22'de olduğu gibi BGB § 343'ün tacirler arası işlemlerde uygulanmayacağını, yani ceza koşulunda hakimin indirim yapamayacağını saptamıştır. Nitekim TK'da yer alan düzenlemenin kaynağında da bu hüküm yatar. Ancak Alman uygulamasında HGB'deki bu sınırlamanın etkisi kısıtlı kalmaktadır. Öncelikle BGB § 307 uyarınca tacirler arasında da GİK denetimi uygulanmaktadır. Dolayısıyla GİK içindeki ceza koşulları da BGB § 309 uyarınca otomatik olarak batıl olmasa da genel hüküm olan § 307 uyarınca denetlenecektir. Diğer yandan borçlunun, BGB § 242'de genel olarak düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesi ile ceza koşulunun indirilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir. Örneğin Alman Federal Mahkemesi'nin 17 Temmuz 2009'da verdiği bir kararında bu şekilde bir indirim uygulanmış ancak indirimin BGB § 343'de öngörüldüğü üzere makul olan düzeye değil, dürüstlük kuralına göre olabilecek en üst düzeye yapılacağı kabul edilmiştir (BGH, 17.07.2009, NJW 2009, 1882).

taraf aleyhine sözleşme dengesini önemli surette bozan bir götürü tazminat anlaşmasının hükümsüz sayılması ihtimali vardır.

GİK içinde kararlaştırılmamış, yani pazarlık konusu edilmiş bir sözleşmede düzenlenmiş olan götürü tazminat anlaşmasının, başka herhangi bir geçersizlik sebebinin var olmaması halinde, uygulanmasına engel yoktur. Bu ihtimalde götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın, tarafların aksine anlaşması olmaması kaydıyla, nihai olduğu yani ne daha az ne de daha fazla bir zararın varlığına ispat imkanı verilmeyeceği kabul edilmektedir.

İki kurumu birbirinden ayırmak için genelde Alman mahkemelerinin saptamaya çalıştığı husus, tarafların öncelikli olarak gereği gibi ifayı temin etmek için borçlu üzerinde bir tazyik icra etmek niyeti ile mi hareket ettiği (= ceza koşulu), yoksa var olacağı kabul edilen bir tazminat talebinin kolayca icra edilebilmesini sağlamayı mı amaçladıklarıdır (= götürü tazminat).[61] Bu iradenin tespit edilmesinin kolay olmadığı gerçeği karşısında doktrinde, değerlendirmenin her halükarda nihai zararı da gözeterek yapılması gerekeceği, bu bağlamda zararın makul bir öngörüsü olan düzenlemelerin götürü tazminat olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir.[62]

IV. Sözleşmeye Aykırılık Halinde Borçlu Tarafından Maktu Bir Ödeme Yapılacağı Konusundaki Sözleşme Kayıtlarının İsviçre-Türk Hukukunda Ele Alınış Şekli

İsviçre-Türk hukukunda götürü tazminata ilişkin herhangi bir açık yasal düzenleme olmasa da ceza koşulundan farklı bir kavram olduğu

---

[61] **Ostendorf**, s. 978; MüKoBGB/**Gottwald**, Vorbemerkunge § 339 N. 34; **Florian Faust**, German Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court, 1 ERPL 2017, s. 197, 199; **Stephan Gregor**, Das Bereicherungsverbot, Ausdruck der Trennung von Schaden und Haftung, Mohr Siebeck, 2012, s. 214; BGH, Urteil vom 25-11-1982 - III ZR 92/81, Neue Juristische Wochenschrift 1983, s. 1542.

[62] MüKoBGB/**Wurmnest**, § 309 N. 6.

çoğunluk görüşüdür.[63] Götürü tazminat, sözleşmeye aykırılık halinde doğan zararın tazmini talebini kolaylaştırmak amacı güden ve bu amaçla sözleşme kurulurken yapılan bir zarar tahminine dairdir.[64] Saptanan miktar ne kadar gerçekçi bir tahminse o ölçüde bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı kabul edilecektir.[65] Gerçekleşen zararın ne kadar üzerine çıkıyorsa bu durumda bir ceza koşulunun kararlaştırıldığı sonucuna varılacaktır. Ceza koşulu düzenlemesine içkin olan, borçluyu ifaya zorlama amacı götürü tazminat anlaşmasında yoktur.[66] Burada amaç, olası bir sözleşmeye aykırılık halinde ortaya çıkacak zararın miktarının daha sonra tartışma konusu olmasını engellemektir. Bu şekilde taraflar risklerini öngörebilmekte ve işlem maliyeti azalmaktadır. Örneğin inşaat sözleşmeleri açısından Yargıtay, sözleşmede gecikme halinde her ay için "rayiç kira" bedeli kadar bir ödemede bulunulacağının kararlaştırılmış olması halinde bunu bir götürü tazminat olarak nitelendirmektedir.[67] Buna karşılık rayiç kiranın katları olarak belirlenen bir miktar ceza koşuludur. Zira burada amaç ayrıca karşı taraf üzerinde bir baskı kurmaktır.[68]

İki kavram doktrinde ayrı değerlendirildiği için tâbi oldukları kuralların da farklılaştığı görüşü yaygındır. Özetle aktarılacak olursa:

- Doktrinde tartışmasız olan bir husus, götürü tazminat anlaşması açısından, ceza koşulu için geçerli olan BK m. 131, f. 2/179, f. 2'nin uygulanmayacağıdır. Nasıl ki borcun geç ifasının kabul edilmesi gecikme tazminatı talep etme hakkını sonlandırmazsa, gecikme zararının karşılanması için kararlaştırılan bir gö-

[63] **Ingeborg Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Bası, Stämpfli 2016, N. 71.16; **Parlak Börü**, s. 129; **Birinci Uzun**, s. 142. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 70-73'te anılan yazarlar. Buna karşılık bu iki kavramın ayrılması ihtiyacı olmadığı yönünde örn. **Suat Sarı**, "Götürü Tazminat" Kavramı Üzerine, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, On İki Levha 2011, s. 299, 303; **Hachem**, s. 20 vd., 27; **Eylem Demir**, Die Schadensersatzregelung im UN-Kaufrechts, Schulthess 2015, s. 29-30.

[64] Örn. **Gaspard Couchepin**, La clause pénale - Etude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess 2008, N.1025.

[65] **Couchepin**, N. 1049.

[66] **Kurt**, s. 230.

[67] Y23HD 26.02.2014, E. 2013/8795 K. 2014/1371; Y15HD, 12.03.2007, E. 2006/623 K. 2007/1522. Atıf yapılan tüm Yargıtay kararlarına www.lexpera.com adresinden ulaşılabilir.

[68] **Kurt**, s. 231-232.

türü tazminatın da geç ifanın kabul edilmesi aşamasında saklı tutulmamış olması bu hakkın kaybı sonucunu doğurmaz.[69]

- Muhtemelen çoğunluk olarak ifade edilebilecek olan bir görüş uyarınca ceza koşulu açısından geçerli olan BK m. 180, f. 1 kuralı götürü tazminat açısından uygulama bulmaz. Yani, alacaklının bir zarara uğramış olması şarttır. Genel kural, tazminat talebinin bir zararın varlığını gerektirmesidir. Dolayısıyla götürü tazminat talebinin kabulü için de bir zarar doğmuş olmalıdır.[70] Ancak zararın miktarının ne olduğu önem taşımaz. Borçlu sadece hiçbir zarar doğmamış ise götürü tazminatı ödemekten kaçınabilir, buna karşılık zararın kararlaştırılan götürü

---

[69] **Birinci Uzun**, s. 98. Örn. bkz. Y23HD, 24.11.2014, E. 2014/9272, K. 2014/7512: "Taraflar arasındaki 03.08.2005 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 6. maddesinde; inşaatın süresinde bitirilip teslim edilmediği takdirde, yüklenici tarafından arsa sahibine aylık 1.500,00 Euro ödeneceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede öngörülen bu ifade açıkça maktu belirlenmiş gecikme tazminatı olup cezai şart olarak kabulü mümkün değildir. Hal böyle olunca, işin sözleşme ile belirlenen teslimi gereken tarihten bağımsız bölümlerin kullanıma engel olmayacak şekilde teslim edildiği tarihe kadarki dönem içinde oluşan gecikme tazminatının arsa sahiplerine ödenmesi gerekirken sözleşmenin 6. maddesine yanlış anlam verilerek teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. O halde mahkemece yapılacak iş, teslimi gereken tarih ile yüklenicinin bağımsız bölümleri kullanımına engel olmayacak şekilde arsa sahiplerine teslim ettiği tarihe kadarki gecikme tazminatının belirlenerek hüküm altına alınmasından ibarettir". Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Serhat Şen/ Mustafa Kamil Şen**, Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Adalet, 2017, s. 180 vd.

[70] **Felix R. Ehrat/ Markus Widmer**, Art. 160 OR N. 12, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Bası, Helbing Lichtenhahn, 2015; **Katja Roth Pellanda**, Art. 160 OR, N. 18 ve Art. 163 OR N. 11, in: CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Schulthess, 2016; **Couchepin**, N. 1039; **Franz Werro**, La peine conventionnelle: quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle, Pichonnaz/Werro (eds.), La Pratique contractuelle 2, Schulthess, 2011, s. 3; **Thomas Fischer**, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Schulthess, 1998, s. 162; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, OR AT, 10. Bası, Schulthess, 2014, c. 2, N. 3851; **Erdem**, Clause Penale, s. 45; **Birinci Uzun**, s. 148-149; **Parlak Börü**, s. 222; **Köksal Kocaağa**, Cezai Şart, Yetkin, 2003, s. 53; **Leyla Müjde Kurt**, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin, 2012, s. 229. Bir zararın aranması görüşünün eleştirisi için bkz. **Kerem Cem Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha, 2015, s. 338 dn. 1093.

tazminattan az olması bu talebi engellemez. Buna paralel olarak alacaklının da m. 180, f. 2 uyarınca gerçek zararını ispat ederek bu meblağdan fazlasını talep etmesi kural olarak söz konusu olamaz (*mutlak götürü tazminat anlaşması*).[71] Kuşkusuz tarafların sözleşmelerinde farklı bir düzenleme yapması ve gerek alacaklıya götürü tazminatı aşan zararını talep etme ve/veya borçluya zararın daha az olduğunu ispat etme hakkı vermeleri de mümkündür (*nispi götürü tazminat anlaşması*).

- Ceza koşuluna ilişkin olup götürü tazminat anlaşmalarına uygulanmasının tartışmalı olduğu sonuncu bir konu ise aşırı bir götürü tazminatın hakim tarafından BK m. 182, f. 3'ün kıyasen uygulanması yoluyla indirilip indirilemeyeceğidir. Bu konuda gerek Türkiye'de gerekse İsviçre'de bir çoğunluk görüşünden bahsetmek mümkün değildir. Amaç borçluyu korumak olduğu için, aşırı götürü tazminat belirlemelerinde bu hükmün kıyasen uygulamanın gerekli olduğunu savunanlar olduğu gibi[72], aksine, götürü tazminat anlaşmalarının iki tarafın da lehine olduğunu, bu açıdan da hakim tarafından indirilmesinin, götürü tazminatın kararlaştırılma amacına aykırı olacağını savunanlar da vardır.[73]

---

[71] Götürü tazminat anlaşmasının farklı düzenlenme şekilleri hakkında bkz. **Birinci Uzun**, s. 110 vd.; **Parlak Börü**, s. 210 vd.

[72] Kıyasen uygulanabileceği yönünde: Bundesgericht, 19.04.2016, 4A_601/2015, N. 2.3.3; **Daniel Wuffli**, Art. 160 OR N. 10, in: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Bası, Orell Füssli, 2016; BSK OR I-**Ehrat/Widmer**, Art. 160 N. 10; **Schwenzer**, N. 71.16; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3851; **Theres Oertli**, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, Diss. Luzern, 2004, N. 347; **Sanlı**, s. 339 dn. 1096.

[73] Kıyasen uygulanamayacağı yönünde: Y15HD, 10.12.2009, E. 2008/7723, K. 2009/6681; Jura, Kantonsgericht, 04.04.2016, Revue jurassienne de jurisprudence 2016, s. 144, 152; **Parlak Börü**, s. 223; **Mehmet Erdem**, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 97, 122; **Kapancı**, s. 671; **Birinci Uzun**, s. 154; **Kocaağa**, s. 54; **Fischer**, s. 163-164; **Werro**, s. 6.

V. Değerlendirme

A. Götürü Tazminat Anlaşmasının Amacı Nedir?

Tacir olan iki tarafın kendi menfaatlerini herkesten daha iyi tartıp sözleşmeye yansıtabileceği açıktır. Bir malı veya hizmeti alan da sunan da, sözleşmeyi ifa etmenin ve etmemenin kendileri açısından ifade edeceği kârı veya zararı bir yargıçtan daha fazla ölçebilir ve akdettiği sözleşmede bu menfaatlerini koruyabilir.[74] Nitekim tarafların sözleşmelerinde tazminat meblağını götürü olarak belirlemelerinin arkasında bir ticari mantık yatar. Bu gerekçelerden en önemlisi, zarar miktarının daha sonra bir dava sürecinde ispatlanmasının güçlüğüdür.[75] Örneğin rekabet etmeme anlaşmalarında bunu görmek çok kolaydır. Her bir ihlal nedeniyle kendisiyle rekabet edilmeyeceği taahhüt edilen kişinin ne ölçüde bir kâr kaybına uğradığını ispat etmesi zordur. Sık sık ticari sırların varlığı, ticari defterlerin mahkemeye sunulmak istenmemesi gibi gerekçeler de buna eklenmektedir. Dolayısıyla tarafların sözleşmelerinde bu tür bir ihlal halinde doğacak zararı gerçekçi bir şekilde tahmin etmesi ve sözleşmelerinde saptaması ticari mantığa uygun bir davranıştır.

Diğer yandan bir satım sözleşmesinde örneğin etik değer yargılarına uygun üretim yapılması, yani çocuk işçi çalıştırılmaması, çevreye zarar verilmemesi gibi konularda hüküm olması halinde de buna aykırı davranışın doğuracağı zararı ispatlamak zordur.[76] Yine bu tür bir sorun, kamu ihalelerine aykırı davranılması halinde devletin uğrayacağı zararın miktarı açısından da doğmaktadır. Zira devletin, örneğin bir köprünün geç teslim edilmesi nedeniyle uğradığı teknik anlamda zararını ispat edebilmesi zordur.[77] Ayrıca yargılama sürecinde genelde bilirkişilerin zarar miktarını saptamaktaki yetersizlikleri ve mahkemenin tazminat yükümlülüğünü belirlerken BK m. 51/52 çerçevesinde sahip olduğu takdir hakkı da tarafları bu tür meblağları önceden saptamaya iter. Aynı şekilde zarar

---

74 **Hatzis**, s. 390.

75 **Gregor**, s. 208.

76 **Hachem**, s. 65.

77 **Murray**, s. 794.

görenin zararını azda tutmak için gerekli çabayı sarf edip etmediği[78] gibi bir tartışma yaşanması da tarafların sakınmak istedikleri bir durumdur.[79] Zira bütün bu belirsizlikler tacir sözleşenler için ek işlem maliyetidir. Bu gibi ihtimallerde tarafların gerçekçi bir zarar tahmini üzerinde uzlaşmış olması ileride doğacak bu işlem maliyetini azaltmaya yönelik makul bir davranıştır. Bu ihtimallerde bir ceza koşulu kararlaştırma niyeti yoktur.

Giriş bölümünde de ifade edildiği gibi, ceza koşulu alacaklıyı, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümler de borçluyu korumak amacıyla sözleşmeye dahil edilir. Oysa götürü tazminata ilişkin bir düzenleme, sözleşmeye aykırılık halinde doğacak zararın hangi ölçüde karşılanacağının taraflarca önceden saptanması nedeniyle ikisinin de menfaatinedir.[80] Böyle bir sözleşme hükmü alacaklı açısından zarar ispatından bağımsız olarak bir miktar tazminat alacağı garantisini sunduğu gibi, borçlu açısından da borca aykırı davranışlarının sonuçlarını öngörebilme gibi bir faydası vardır.[81] Bu bağlamda, ilgili sözleşmesel düzenlemenin fiyata da yansıyacağı gözden kaçırılmamalıdır. Zira alacaklı, borçludan aslında bir "sigorta koruması" almaktadır. Yani sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde ödeyeceği meblağı kesin olarak saptamak suretiyle kendini ilerideki risklere karşı güvenceye almaktadır.[82] Her sigortanın bir primi vardır. Borçlu tacir de bu tür bir taahhüdü sözleşme fiyatına yansıtacaktır doğal olarak. Dolayısıyla götürü tazminat düşük veya yüksek olsa bile bu, tarafların geleceğe yönelik olarak bir rizikoyu paylaşmak (düşük götürü

---

78 BK m. 52, f. 1 çerçevesinde doğan bu yükümlülük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başak Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, On İki Levha, 2012.

79 **Birinci Uzun**, s. 107-108; **Pasa**, s. 382. Ayrıca bkz. **Hachem**, s. 141 vd.

80 **Parlak Börü**, s. 209-210; **Zafer Kahraman**, Saf Garanti Taahhütleri, Vedat, 2017, s. 78; **Birinci Uzun**, s. 101 vd.; **Kapancı**, s. 677; **Ostendorf**, s. 977; Eser sözleşmeleri açısından bkz. **Kurt**, s. 229.

81 **Christian Knütel/Alexander Rieger**, Pönalen wegen Verzugs oder Minderleistungen in Individualvereinbarun-gen und AGB - Risiken der Unwirksamkeit und ihre Vermeidung, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2010, s. 285, 287-288.

82 **Steven Walt**, Penalty Clauses and Liquidated Damages, in: Contract Law and Economics, De Geest (Ed.), Encyclopedia of Law and Economics, C. 6, 2. Bası, Edward Elgar, 2011, s. 182-183.

tazminat) veya rizikoyu aşan bir miktarda sigortalamak (yüksek götürü tazminat) istedikleri anlamına gelmektedir.[83]

Tarafların ikisinin de bir götürü tazminat anlaşmasında menfaati olduğuna göre, ilgili düzenlemenin tâbi olacağı hükümleri de ona göre saptamak gerekir:

- Sözleşmede aksine bir açıklık olmadıkça tarafların mutlak bir götürü tazminat anlaşması düzenlemek istedikleri, yani ne borçlunun zararın daha az ne de alacaklının zararın daha fazla olduğunu ispatlayabileceğini kabul etmek tarafların ortak iradelerine uygun bir sonuç olacaktır.[84] Kuşkusuz tarafların aksine bir açıklık getirmesi ve iki tarafa veya taraflardan sadece birine bu meblağa itiraz imkanı vermesi mümkündür. Ancak bu tür bir açıklık olmadığı sürece tarafların sadece o meblağın ödenmesi konusunda mutabık olduğu kabul edilmelidir. Nitekim yukarıda aktarılan farklı hukuk düzenlerinde de kabulün bu yönde olduğu görülmektedir.
- Götürü tazminat anlaşmasının, bir tazminat anlaşması olması nedeniyle, ancak bir zararın varlığı halinde ifasının istenebileceği yönünde İsviçre-Türk hukukunda hakim görüş, tarafların bu anlaşmayı yapma sebepleri düşünüldüğünde anlamlı bir tercih değildir.[85] Mukayeseli hukuka bakıldığında da buna benzer bir yaklaşım görmek mümkün değildir. Oysa hakim görüş, alacaklının "bir" zarara uğradığını ispatlaması gerektiğini ancak bunun miktarını ispatlamasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Yani aslında götürü tazminat anlaşması 10 TL'ye ilişkin olsa ve alacaklının zararı sadece 1 TL olsa yine de 10 TL ödeneceği konusunda doktrinde kimsenin bir itirazı olmamasına rağmen, alacaklının zararının 0 TL olması halinde artık hiçbir şey isteyemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Oysa götürü tazminat anlaşmasında taraflar, borca aykırı davranılması halinde borçlunun

[83] **Hatzis**, s. 390.

[84] **Knütel/Rieger**, s. 288.

[85] Aynı yönde **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 13. Bası, Vedat, 2017, N. 1566b; **Sanlı**, s. 338 dn.1093.

belirli bir meblağı ödemesi konusunda mutabık kalmış, zararın 0 mı, 1 mi, 10 mu olduğu noktasında bir fark yaratmamışlardır. Bu konuların mahkeme önünde tartışılmaması tarafların ortak arzusudur. Aslında burada garanti taahhüdüne yakın bir durum vardır. Sözleşmeye aykırılık halinde belirli bir meblağın ödenmesi taahhüt edilmektedir. Ancak garanti sözleşmesinden farklı olarak, borçlu, sözleşmeye aykırı davranışının kusura dayanmadığını ispat etmesi halinde götürü tazminatı ödemekten kaçınabilir. Garanti taahhüdünde bu imkanı yoktur.[86]

B. Götürü Tazminat, Ceza Koşulu ve Sorumluluk Sınırlamasından Nasıl Ayrılır?

Tarafların, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması halinde alacaklıya belirli bir miktar para ödeyeceğini kararlaştırması halinde bu düzenlemenin asli amacının/hedefinin ne olduğu konusunda ihtilaf çıkması muhtemeldir. Uygulanacak yasal kuralların farklılaşması nedeniyle, hakimin bu değerlendirmeyi doğru yapması büyük önem taşır. Ancak, sözleşmenin yorumuna ilişkin her ihtilafta olduğu gibi bu kolay bir görev değildir. Yukarıdaki mukayeseli verilerin de gösterdiği gibi, her hukuk düzeninde yargı bu ayırımı yaparken sorun yaşamaktadır.[87] Fakat yine de yargı erkine yardımcı olabilecek bazı tutamak noktaları kuşkusuz vardır. İlk aşamada bakılacak olan sözleşmenin metnidir.[88] Tarafların hukukçular eşliğinde sözleşmeyi kaleme alması, kendilerinin tecrübeli iş insanları olması kullandıkları kavramları da daha dikkatli seçmesi ve anlam yüklemesi sonucunu doğurur.[89] Özellikle milletlerarası sözleşmelerde Ang-

[86] **Kahraman**, s. 86-87 (Ancak yazar götürü tazminatın doğması için muhakkak bir zarara uğramış olma gereğini de aramaktadır).

[87] Örn. bkz. **Burrows**, s. 139 ve orada anılan mahkeme kararları.

[88] **Ahmet Cemil Yıldırım**, Karşılaştırmalı Hukuk ve Yeknesak Hukukta Sözleşmenin Yorumu, On İki Levha, 2015, s. 126 vd.

[89] Örneğin bir tarafı Türk diğer tarafı yabancı iki büyük şirket arasında uzun süren görüşmeler sonucu, avukatlık bürolarının katılımı ile akdedilen bir sözleşmedeki şu düzenlemede tarafların gerçekten bir götürü tazminat kuralı getirmek istedikleri konusunda tereddüt olmayacaktır: "*If the Contractor fails to complete the Work within the applicable Time for Completion set forth in the Time Schedule, or otherwise fails to meet a Key Date*

lo-Amerikan hukuk çevresinde geliştirilmiş olan sözleşme koşullarının kullanılıyor olması bu metinlerde özenli ve bilinçli bir kelime seçimini beraberinde getirmektedir. Örneğin FIDIC uyarınca gecikme tazminatına ilişkin olarak, tarafların sözleşmede belirli bir meblağ kararlaştırmaları teşvik edilmektedir. Madde 8.7'de yer alan bu hüküm bir götürü tazminat anlaşmasına ilişkindir, yani gerçekçi bir zarar tahmininde bulunularak taraflar her gecikilen gün başına ödenecek miktarı saptamaktadır.[90]

Ancak her yorum sorununda olduğu gibi hakimin sadece sözleşmeye ve hükmün genel sistematik içindeki yerine bakmakla yetinmemesi, ayrıca BK m. 19 uyarınca tarafların gerçek ve ortak amaçlarını saptaması gerekir.[91] Örneğin sözleşmede "götürü tazminat" kavramının kullanılmış olmasına rağmen aslında bunun arkasında bir sorumsuzluk anlaşmasının veya bir ceza koşulunun yatıyor olması ihtimali kuşkusuz vardır. Bu noktada, yukarıda III/B/1 altında aktarılmış olan *Dunlop* kararında[92] İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olan kriterler kanımca Türk hukuku açısından da hakime yol göstermeye elverişlidir. Değerlendirmede önem taşıyan, tarafların sözleşmeyi kurarken geleceğe dönük olarak nasıl bir zararın oluşacağını tahmin ettikleri ve bu meblağ ile sözleşme düzenlemesi arasındaki ilişkidir. Doktrinde kısmen ileri sürüldüğü gibi, vasıflandırmanın, sözleşmedeki rakam ile daha sonra fiilen gerçekleşen zarar arasındaki farka göre (*ex post*) yapılması doğru değildir.[93] Tarafların sözleşme kurulurken olası zarar olarak öngördükleri makul rakam eğer 13.000 TL ise ve sözleşmeye aykırılık halinde 15.000 TL ödeneceğini

or a Key Interface Date set forth in the Time Schedule, the Contractor shall pay the Delay Damages provided in the Time Schedule. The total cumulative liability of the Contractor to the Employer for Delay Damages under the Contract shall not exceed ten percent (10%) of the Contract Price provided herein."

90 Bu konuda bkz. **Aisha Nadar**, §7. FIDIC Sözleşmeleri Özelinde Karşılıklı Temerrüt, Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu. Nitekim ICC gibi kurumlar da özellikle tacirlere yönelik olarak sözleşmelerini nasıl kaleme almaları gerektiği konusunda bilgilendirme yapmaktadır. Bkz. ICC Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, 1990.

91 **Kurt**, s. 230; **Oertli**, s. 92-93; **Hachem**, s. 60 vd.

92 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage and Motor Co. Ltd*, [1914] UKHL 1.

93 Aynı yönde **Sanlı**, s. 346; **Köksal Kocaağa,** İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, TBB Dergisi 2008 (74), s. 149, 156.

kararlaştırmışlarsa bu *ex ante* bir bakış açısı ile bir götürü tazminat anlaşmasıdır. Daha sonra zararın sadece 1.000 TL olarak gerçekleşmesi *ex post*, karar aşamasında bu sözleşmesel düzenlemeyi bir cezai şarta dönüştürmez. Hakimin sözleşmenin kuruluş anına göre değerlendirme yapması kuşkusuz kolay değildir. Ancak her yorum faaliyeti bunu gerektirir. Örneğin, tacirler arasında akdedilmiş bir sözleşme metninin genel işlem koşulu olup olmadığı sözleşme görüşmelerinde tarafların ne ölçüde pazarlık ettiklerini tespit etmeyi gerektirir. Aynı şekilde sözleşmenin esaslı bir unsurunda hataya düşülüp düşülmediğini de hakim o güne geri giderek saptamak zorundadır.

Ceza koşulunun ayırıcı unsuru zararın tazmini ötesinde borçlu üzerinde bir baskı aracı oluşturmaktır.[94] Yani alacaklının ifa menfaatini ciddi şekilde aşan bir rakam kararlaştırılmaktadır. Örneğin taraflar bir kira sözleşmesinde sözleşmeye aykırı davranışın türü hakkında hiçbir ayırım yapmaksızın, her türlü ihlalde maktu bir rakamın ödeneceğini kararlaştırmış ise bu bir götürü tazminat olamaz. Zira doğması olası zarara ilişkin hiçbir tahmin söz konusu değildir. Veya gecikilen gün başına bir ödeme yapılacağı değil de toptan bir miktarın gecikme süresinden bağımsız olarak ödeneceği hükmü de bir götürü tazminat olamaz. Örneğin kredi kartı veya banka hesabında eksi bakiyeye geçilmesi durumunda maktu bir meblağın ödenecek olmasının kararlaştırılması bir ceza koşuludur, zira burada ödeme ekside kalınan gün sayısından bağımsız olarak uygulanmaktadır.[95] Durumu fark edip hemen hesabına para yatıran müşteri ile 30 gün ödemeyen arasında bir fark yapılmamaktadır. Diğer yandan tam zamanında teslim (*just in time*) konusunda tarafların anlaşması ve bu yüzden yüklenicinin daha yüksek bir fiyat belirlemesi ihtimalinde belirli bir rizikoyu da üstlendiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla sözleşmede her gecikilen gün başına fiyatın belli bir oranı kadar maktu tazminat ödenmesi kararlaştırılmışsa burada bilinçli seçilen bir götürü tazminat anlaşması olması ihtimali yüksektir.[96] Zira taraflar belli ki bir pazarlık sonucunda kendi menfaatlerini en iyi şekilde tartarak bir sözleşme oluşturmuştur.

---

[94] **Kocaağa**, TBB 2008, s. 155.

[95] MüKoBGB/**Gottwald**, Vorbemerkung zu § 339, N. 35.

[96] **Perillo**, s. 561.

Yüksek fiyatın belirlenmesinin sebebi de tam zamanında teslim taahhüdüdür.[97]

Sorumsuzluk anlaşması ile götürü tazminatın ayrılması da zaman zaman bir sorun olabilir.[98] Özellikle, meblağın bir mutlak götürü tazminat anlaşması olarak belirlenmesi ancak daha sonra doğan zararın kararlaştırılan meblağdan fazla gerçekleşmesi durumunda zarar görenin bu miktarı aşan zararını talep etmek istemesi söz konusu olacaktır. Ancak yukarıda aktarılmış olduğu gibi, götürü tazminat anlaşması iki taraf için de anlamlı bir risk dağılımı klozudur. Eğer zarar tahmin edilenden az çıkarsa borçlu, fazla çıkarsa da alacaklı kaybedecektir. Sözleşme ile tarafların herhangi bir müdahale altında kalmaksızın saptadıkları bu risk dağılımı klozuna da, aşağıda ele alınacak istisnalar dışında, müdahale edilmemelidir. Tarafların hangisini saptamak istedikleri, aynı ceza koşulunda olduğu gibi, hakimin sözleşme metnine ve sözleşme görüşmeleri safhasına bakmasını ve tarafların iradelerini tespit etmesini gerektirir. Amacın salt borçluyu korumaya yönelik bir sınırlama getirmek mi yoksa tarafların ikisinin de menfaatlerini dengeleyen bir götürü tazminat mı getirmek olduğu cevaplanması gereken sorudur. Değerlendirmede belirleyici olan, tarafların, sözleşme ihlali halinde ortaya çıkması muhtemel zararı hangi yükseklikte tahmin etmiş olduklarıdır. Eğer giriş bölümünde verilen örnekte olduğu gibi, taraflar 2 yıl sonraki kira getirisinin 25.000 TL olacağını öngörüp buna rağmen yüklenicinin geç ifası halinde tazminat meblağını aylık 15.000 TL olarak saptamışsa ortada bir sorumsuzluk anlaşması vardır. Buna karşılık beklenen olası kira getirisi 13.000 TL ve taraflar aylık 13.000 TL saptamışsa bu bir götürü tazminat anlaşmasıdır. Bu durumda 2 yıl sonra kiraların 25.000 TL düzeyinde seyretmesi, *ex post* bir bakış açısıyla, sözleşmedeki düzenlemeyi bir sorumluluk sınırlamasına dönüş-

---

[97] Doktrinde bazı yazarlar tereddüt halinde bir götürü tazminatın varlığından yola çıkılmasını savunmaktadır: **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitapevi, 2016, s. 812; **Sanlı**, s. 343. Aksine, bu tür sözleşme hükümlerinin tereddüt halinde cezai şart sayılması gerektiği hakkında **Serkan Ayan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin, 2008, s. 207.

[98] Özellikle inşaat sözleşmeleri açısından bunun örnekleri için bkz. **Nicholas Dennys**/**Robart Clay**, Hudson's Building and Engineering Contracts, Sweet & Maxwell, 2015, N. 6-048 vd.

türmez. Bu gibi ihtimallerde sorun, aşağıda görüleceği üzere, tarafların öngörülerinin yanlış çıkmasıdır.

C. Götürü Tazminat Anlaşmasının Yasal Sınırları Nelerdir?

1. Neden Götürü Tazminat Anlaşması Açısından BK m. 182, f. 3 ve BK m. 115-116 Uygulanmamalıdır?

Yukarıdan beri açıklanmaya çalışıldığı üzere, götürü tazminat anlaşması amacı itibariyle gerek ceza koşulu gerekse sorumluluk sınırlaması hükümlerinden ayrılır. Zira bu kayıtların amacı taraflardan birini kayırmak değil, ikisinin de menfaatini dikkate alarak bir risk dağılımı gerçekleştirmektir. Bu açıdan sadece taraflardan birinin menfaatini korumak için getirilmiş, tek yanlı hükümlerin denetimi için geçerli olan kuralların götürü tazminat anlaşması açısından da uygulama bulması doğru değildir. Bir götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul edebilmek için zaten tarafların, sözleşmeye aykırılık halinde doğacak olası zararlara ilişkin gerçekçi bir öngörüde bulunduğu ve daha sonra sözleşmede bu konuda bir düzenleme yaptıkları varsayılmaktadır. Eğer başlangıçtaki öngörüden ciddi şekilde fazla (= ceza koşulu) veya ciddi şekilde daha az (= sorumluluk sınırlaması) bir miktar saptanmışsa götürü tazminat anlaşması söz konusu olmaz. Bu durumda yargıç *ex ante* bir değerlendirme ile yorum yapacak, ya bir sorumluluk sınırlamasının varlığını kabul edecek ya da bir cezai şartın. Dolayısıyla da bu kurumlara ilişkin emredici kurallar uygulanacaktır.[99]

---

[99] Ancak tacirler arası işlemlerde TK m. 22 uyarınca ceza koşulunun indirilmesine ilişkin BK m. 182, f. 3 zaten uygulanmayacaktır. Yargıtay istisnaen, meblağın tacirin ekonomik mahvına sebep olacağı hallerde hakimin müdahale etmesine imkan tanımaktadır. Örn. bkz. Y11HD, 19.12.2005, E. 2004/15293, K. 2005/12550; **Hilal Gülseven**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Seçkin, 2016, s. 66 vd.; **Ahmet Tamer**, Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu), TAAD 2013, s. 731, 765. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ekonomik mahva sebep olma dolayısıyla ahlaka aykırılık değerlendirmesinin sözleşmenin kurulması anına göre (*ex ante*) yapılacak olmasıdır. Belirlenen makul düzeyde bir ceza koşulu sadece daha sonra zarar çok az gerçekleştiği için ahlaka aykırı hale gelmez. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 114.

Buna karşılık tarafların öngördükleri ile mukayese edildiğinde sözleşmede saptanan makul bir miktara daha sonra buna ceza koşulu veya sorumsuzluk anlaşması damgasını vurmak suretiyle müdahale edilmesi sözleşmesel dengeyi bozar.[100] Eğer taraflar sözleşmede aksine bir düzenleme yapmamışlarsa, ne borçlu zarar miktarının beklenenden az gerçekleşmesi nedeniyle götürü tazminatın indirilmesini talep edebilir ne de alacaklı zarar miktarının beklenenden çok gerçekleşmesi nedeniyle götürü tazminat anlaşmasının bir sorumsuzluk anlaşması olduğu gerekçesinin arkasına sığınabilir (= mutlak götürü tazminat anlaşması). Açıktır ki, bu iddialardan sadece birini kabul edip diğerini etmemek taraflar arasındaki dengeyi bozacaktır. O açıdan doktrinde mutlak götürü tazminat anlaşması dahil BK m. 182, f. 3'ün uygulanmayacağını buna karşılık BK m. 115-116'nın uygulama bulacağını ileri süren görüşlere katılmak imkanı göremiyorum.[101] Zira bu yazarların da kabul ettiği gibi, götürü tazminat anlaşması taraflar arasındaki ilişkide şeffaflığı ve hukuki güvenliği sağlamaktadır. Tarafların ikisinin de lehine bir risk paylaşımı düzenlemesidir. Daha sonra taraflardan birinin bu şekilde baştaki anlaşmayı "bozması" için yasal dayanak yaratmak doğru değildir. Nitekim *Sanlı*, ceza koşulu açısından bile, alacaklının aşkın zararını isteme imkanı veren BK m. 180, f. 2 düzenlemesinin ekonomik etkinliğini sorgulamaktadır:[102] "[…] *taraflar artık kendi beklenti ve konumlarına göre risk tahsisi yapmışlar ve edimi de buna göre fiyatlandırmışlardır. İfa engelinin ortaya çıkıp, zararın tutardan fazla olması hâlinde bunun da alacaklıya ödenmesi, alacaklının zenginleşmesine neden olur.*" Oysa ceza koşulunun tamamen alacaklı lehine sözleşmeye konulmuş olan bir düzenleme olduğu düşünülecek olursa, zararın, kararlaştırılan meblağdan fazla olması halinde alacaklının bu aşkın zararını yine de isteyebileceğini kabul etmek kanımca açıklanabilir. Fakat *Sanlı*'nın ileri sürdüğü gerekçe asıl götürü tazminat gibi, tarafların ikisi lehine getirilmiş olan bir düzenleme için evleviyetle kabul edilmelidir. Bir anda alacaklının götürü tazminat anlaşmasının aslında bir sorumluluk sınırlaması olduğunu ileri sürerek aşkın zararını istemesi zenginleşmesine sebep olacaktır.

---

[100] **Hatzis**, s. 390

[101] Bu görüşte örn. **Kapancı**, s. 667-668; **Birinci Uzun**, s. 266 vd.

[102] **Sanlı**, s. 349.

Burada savunulan yaklaşıma karşı, sorumsuzluk anlaşması düzenlemelerinin emredici olduğu, kasıt veya ağır ihmalle sözleşmeyi ihlal edeni korumak için bir gerekçe olamayacağı gibi görüşler ileri sürülebilir. Ancak bunlara katılmak mümkün değildir. Zira sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin BK m. 115 ve 116 düzenlemeleri son derece sorunludur. [103] Dolayısıyla bunların uygulama alanının dar yorumlanması ve sorumsuzluk anlaşması sayılamayacak olan götürü tazminat anlaşması gibi hükümlere uygulanmaması tercih edilmelidir. Tacirler arasındaki sözleşmeler için, genel işlem şartı kullanımı gibi bir durumun olmadığı ihtimallerde, yani tarafların birbirinin dengi, eşit pozisyonda masaya oturup sözleşme kaleme aldığı hallerde bile ağır ihmalden sorumsuzluk anlaşmasına izin vermemek bir hatadır.[104] Doktrinde kabul edildiği üzere, BK m. 115-116'nın *ratio legis*'i zayıfı korumak yönündeki bir etik değer yargısı ise[105] bunun tacirler arası işlemler açısından uygulanması çok sınırlı olmalıdır. Götürü tazminat anlaşmaları açısından düşünüldüğünde borçlu, alacaklının olası zararı olarak sözleşme görüşmelerinde tespit ettikleri miktarı esas alarak bir özen yatırımı yapacak, yani buna göre belirli davranışlarda bulunacak veya bulunmayacak, ancak daha sonra kendisine aslında doğabilecek çok daha yüksek bir zararı önlemek için gerekli özeni göstermediği savunması ileri sürülebilecektir. Bunun makul olmadığı ortadadır.[106] Unutulmamalı-

[103] Genel olarak sorumsuzluk anlaşmaları hakkında bkz. **Nilgün Başalp**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha, 2011.

[104] **Yeşim M. Atamer**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi 2006 (6), s. 24-25; **Sanlı**, s. 397 vd.

[105] Örn. bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, Filiz, 2008, § 42 N. 41; **Başalp**, s. 192.

[106] **Sanlı**, s. 388-389. Ayrıca Kanun Koyucu'nun bu bağlamda bir değer yargısı çelişkisi içinde olduğu da göz ardı edilmemelidir. Zira alacaklının zararını aşan bir cezai şart talebini (çok aşırı olmadıkça) tartışmasız kabul etmekte, buna karşılık sorumsuzluk anlaşması nedeniyle alacaklının zararının altında kalan bir talebi kast ve ağır ihmal hali için otomatik olarak hükümsüz saymaktadır. Oysa onun yerine, örneğin PICC m. 7.1.6 veya PECL m. 8.109'da yapıldığı gibi sadece dürüstlük kuralına ve işlem hayatının gereklerine aykırı bir sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması yeterli olacaktır. Zira somut olayda ağır ve hafif ihmalden hangisinin var olduğunu tespit etmek son derece zor olduğu gibi sözleşme konusu malı başkasına satma, malı artan maliyetler nedeniyle bilinçli olarak üretmeme ve sözleşmeyi ihlal etme gibi tercihler hep "kasıtlı" tercihler olmasına rağmen bu ihtimallerde sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz saymak için bir sebep olmayabilir. **Sanlı**, s. 85 vd. ve s. 399.

dır ki bu şekilde pazarlık konusu edilerek, eşitler arasında saptanmış sözleşme kurallarına müdahale edilmesinin beraberinde getirdiği belirsizlik ticaret hayatı açısından ciddi sakıncalar doğurur.[107]

2. Götürü Tazminat Anlaşması Nasıl Denetlenir?

Yukarıdaki bu açıklamalar ışığında götürü tazminat anlaşması her ne kadar BK m. 182, f. 3 ve BK m. 115-116 kısıtlarına tâbi olmayacaksa da bu anlaşmanın başka yasal sınırları olacağı tartışmasızdır. Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması durumunda bunun denetlenmesi gereği özellikle taraflardan birinin genel işlem koşulu kullanmış olması halinde söz konusu olacaktır.[108] Yani pazarlık edilmemiş, taraflardan birinin diğerine dayattığı bir tip sözleşme içinde yer alan götürü tazminat anlaşması duruma göre BK m. 25 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilebilir. Her ne kadar kararlaştırılan meblağ, gelecekte beklenen zarara ilişkin makul bir tahmini yansıtsa da borçlunun aslında zararın daha az olduğunu ispat edemiyor olmasının veya bu ispat imkanı verilmiş olsa bile başlı başına bu ispat yükünün GİK ile borçluya yüklenmiş olmasının taraflar arasındaki dengeyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde bozduğu durumlar olabilecektir[109]. Bu açıdan tacirler arası işlemlerde de GİK içinde dayatılmış götürü tazminat anlaşması denetlenebilir.

Diğer yandan götürü tazminat anlaşmasının yasak olup olmadığı tartışmalı olan bazı özel haller vardır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi'nin sık sık önüne gelmiş olan bir husus, vekalet sözleşmelerinde iki tarafın da sözleşmeyi diledikleri zaman sonlandırabileceğine ilişkin hüküm (BK m. 512) karşısında tarafların sözleşmelerinde bir götürü tazminat veya ceza koşulu kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığıdır.[110] Federal Mahkeme'nin bugün için yerleşmiş içtihadı, götürü tazminat anlaşmasının ancak sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sonlandırmaktan doğan

[107] **Miller**, s. 79, 90.

[108] Örn. bkz. **Knütel/Rieger**, s. 288 vd.; **Birinci Uzun**, s. 269 vd.

[109] **Birinci Uzun**, s. 271.

[110] Tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oertli**, s. 137 vd.; **Werro**, s. 6 vd.; CHK-**Gehrer Cordey/Giger**, Art. 404 OR, N. 9.

zarara ilişkin olması halinde geçerli kabul edileceğidir.[111] Zira m. 512, c. 2 ancak bu zararla sınırlı bir tazminat talebine izin vermektedir. Bunu aşan ve özellikle müspet zararın da tazminine giden bir sözleşme hükmü tarafların diledikleri zaman vekalet sözleşmesini sonlandırma özgürlüğünü kısıtlayacaktır. Bu tür hükümler ceza koşulu veya götürü tazminat olsun geçersiz sayılır.

Götürü tazminata ilişkin bir düzenlemenin ahlaka, kamu düzenine ve/veya kişilik haklarına aykırı olması söz konusu olabilir mi? Doktrinde bir kısım yazar bu görüştedir.[112] Ancak yukarıda aktarıldığı gibi, bir götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul edebilmek için saptanan rakamın ileride doğabilecek zararın makul bir öngörüsü olması gerekir. Eğer baştan itibaren bu tür bir makul öngörü yoksa, beklenen zarar 13.000 TL iken 60.000 TL ödeme kararlaştırılıyorsa bu zaten bir götürü tazminat anlaşması değildir. Bu bir ceza koşuludur. Dolayısıyla da hakimin bu meblağı BK m. 182, f. 3 uyarınca indirmesi mümkündür. Veya tacirler arası işlemlerde TK m. 22 nedeniyle bu hükmün bir ceza koşulu olarak BK m. 27 veya MK m. 23'e aykırılığı kabul edilebilir.

Bir sözleşme hükmünün götürü tazminat olarak nitelendirmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirmesine içkin olan soru, belirlenen meblağın, öngörülen zarara nazaran çok yüksek veya çok düşük olup olmadığıdır. İlk ihtimalde ceza koşulu, ikinci ihtimalde sorumsuzluk anlaşması söz konusu olur. Yok eğer öngörülen zarara uygun bir rakam sözleşmeye yazılmışsa, bu değerin, örneğin daha sonra zararın çok az gerçekleşmesi nedeniyle *ex post* ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi ise mümkün olmaz. Ahlaka, kamu düzenine aykırılık gibi değerlendirmeler kural olarak sözleşmenin kurulması anına göre yapılır.[113]

---

[111] BGE 110 II 380, 383; BGE 4A_294/2012 ve 4A_300/2012'de mimar ile akdedilen sözleşmede haksız fesih halinde kalan ödemelerin 10%'luk bir bölümünün tazminat olarak talep edilebileceğine ilişkin düzenleme makul ve İBK m. 404'e (BK m. 512) uygun bulunmuştur.

[112] **Birinci Uzun**, s. 277 vd.; **Erdem**, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, s. 104; **Oertli**, s. 122-123;

[113] Örn. bkz. MüKoBGB/**Armbrüster,** § 138 N. 133-139; **Ernst A. Kramer**, Art. 19-20 OR, N. 144-145, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stämpfli, 1991.

D. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Gerçekleşen Değişiklikler Sözleşmede Kararlaştırılan Maktu Miktara İlişkin Anlaşmayı Nasıl Etkiler?

Son olarak üzerinde durulması gereken konu tarafların sözleşmede saptadıkları maktu miktarın daha sonra yaşanan gelişmelerden nasıl etkileneceğidir. Nitekim, yukarıda aktarılmaya çalışılan bir dizi değer yargısı farklılığının kaynağında sözleşmenin kurulması anındaki durum ile sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak zararın doğumu anındaki durum arasında gerekli ayırımın yapılmaması yatmaktadır. Yine giriş bölümündeki örnek üzerinden sorunu aktarmak mümkündür. Hatırlanacağı üzere iki yıl içinde tamamlanması gereken bir inşaata dair sözleşmede şu düzenleme yer almaktaydı: "*İnşaatın belirlenen tarihte tamamlanmaması halinde yüklenici her gecikilen ay başına kira kaybı bedeli olarak 15.000 TL ödemeyi kabul eder. Gün başına düşen meblağ aylık 30 gün üzerinden oransal olarak hesaplanır.*" Bu durumda sözleşmenin kurulmasından sonra gelişmeler iki farklı şekilde olabilir:

- 2 senenin sonunda sözleşme konusu inşaatın bulunduğu yerde rayiç kira bedeli **8.000** TL olarak gerçekleşmişse:
    - **A ihtimalinde** sözleşmede bir cezai şart vardı (tahmin edilen 3.000 TL kira yerine kararlaştırılan 15.000 TL). Bunun etkisi yine cezai şart olarak kalacak; bu sefer 8.000 TL gerçekleşen kira yerine 15.000 TL ödenecek, vasıflandırmada değişiklik yaşanmayacaktır. Bu olasılıkta sorun, ilk kararlaştırıldığında muhtemelen fahiş olarak nitelendirilebilecek bir meblağın (3.000 yerine 15.000) daha sonra makul bir düzeye düşmesi (8.000 yerine 15.000), ama cezai şart niteliğini kaybetmemesidir. Yine de BK m. 182, f. 3'ün uygulama alanı bulup bulamayacağı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından belirlenecektir. Zira her ne kadar sözleşmede kararlaştırılan bir meblağın vasıflandırması her zaman *ex ante* yapılacak olsa da cezai şartın aşırı olup olmadığı değerlendirmesi *ex post* yani gerçek

zarar miktarı belli olunca yapılır.[114] Rayiç kira bedelinin iki katı muhtemelen artık fahiş olarak nitelendirilmeyecektir.

- **B ihtimalinde** aslında sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla yüklenici lehine kabul edilmiş olan bir miktar (tahmin edilen 25.000 TL kira yerine 15.000 TL) zaman içinde bir cezai şarta dönüşmüştür (8.000 TL yerine 15.000 TL). Bu durumda acaba iş sahibinin 15.000 TL talep etmesi mümkün olabilir mi? Kanımca hayır, zira bu düzenlemenin sözleşmeye yazılmasının sebebi yükleniciyi korumaktır, iş sahibi de bu tür bir sorumluluk sınırlamasını yüklenici lehine serbest iradesi ile kabul etmiştir. Bu durumda zaman içinde ilgili hükmün işlevinin değişmesi sonuç açısında bir şey değiştirmez. Yorum yoluyla, ilgili hükmün taraflarca üzerinde uyuşulan içeriğinin "*en fazla 15.000 TL ödemek*" olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla iş sahibi ancak zararı kadar bir tazminat isteyebilecektir.

- **C ihtimalinde** makul öngörüyle saptanan bir götürü tazminat varken (tahmin edilen 13.000 TL kira yerine 15.000 TL) zaman içinde bu da bir cezai şarta dönüşmüştür (8.000 TL yerine 15.000 TL). Bu olasılıkta acaba yüklenicinin 15.000 TL ödemekten kaçınması imkanı olmalı mıdır? Bu sorunun cevabı aşağıda ayrı ele alınacaktır.

[114] **Başak Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, BK m. 138, Aşırı İfa Güçlüğü, 2. Bası, On İki Levha, 2017, s. 298. Yazara göre, BK m. 182, f. 3 bağlamındaki aşırılık değerlendirmesinde sözleşmenin kurulmasından sonraki değişikliklerin de dikkate alınması gerektiği için, işlem temelinin çökmesine ilişkin BK m. 138'in özel bir düzenlemesi söz konusudur. Bu özel uyarlama klozu BK m. 138'e nazaran öncelikli uygulanır. Bu bağlamda tâbi cevaplanması gereken bir soru, tacirler arası işlemlerde TK m. 22 her ne kadar BK m. 182, f. 3'ün uygulanmasını yasaklıyor olsa da BK m. 138 çerçevesinde bir uyarlama yapma imkanının yine de olup olmayacağıdır. Kanımca buna olumlu yaklaşmak gerekir. Zira yukarıda (dn. 99) ifade edildiği gibi, B2B işlemlerde ahlaka aykırılık denetimi yoluyla ancak baştan itibaren (*ex ante*) ahlaka aykırı cezai şartlar denetlenebilir. Buna karşılık bu kadar aşırı olmayan bir miktarın daha sonraki gelişmeler nedeniyle çok aşırı hale gelmiş olması ihtimalinde ya bu meblağı talep etmenin, yani sözleşmedeki bu hakka dayanmanın MK m. 2'ye aykırı olacağı kabul edilmeli ya da BK m. 138 üzerinden bir çözüm üretilmelidir.

- İkinci seçenek ise 2 senenin sonunda sözleşme konusu inşaatın bulunduğu yerde rayiç kira bedelinin **35.000** TL olarak gerçekleşmesidir:

  - **A ihtimalinde** cezai şart 2 yılın sonunda bir sorumluluk sınırlamasına dönüşmüştür. Tahmin edilen 3.000 TL kira yerine 15.000 TL kararlaştırılmış, oysa kira bedeli 35.000 TL olarak gerçekleşmiştir. Bu durumda yüklenici bunun bir sorumluluk sınırlaması olduğunu ileri sürerek sadece 15.000 TL ödemekle kurtulabilir mi? Yukarıda B ihtimalinde söylenenlere paralel olarak burada da tarafların amacı bir cezai şart kararlaştırmak, dolayısıyla da iş sahibi lehine bir düzenleme getirmektir. Bu amaç daha sonraki gelişmelerden etkilenmez. Bu açıdan BK m. 180, f. 2 uygulanacak ve iş sahibi cezai şartı aşan zararını talep edebilecektir.

  - **B ihtimalinde** sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla yüklenici lehine kabul edilmiş olan bir miktar bu işlevini muhafaza etmiştir. Tahmin edilen 25.000 TL kira getirisi yerine 15.000 TL kararlaştırılmış, kira beklentilerin de üzerinde yüksek gerçekleşmiştir. Yani sorumluluk sınırlaması işlevi kalmıştır. Dolayısıyla iş sahibi BK m. 115-116'ya dayanabilecektir.

  - **C ihtimalinde** makul öngörüyle saptanan bir götürü tazminat varken (13.000 TL kira beklentisi yerine 15.000 TL) zaman içinde bu bir sorumluluk sınırlamasına dönüşmüştür (15.000 TL yerine 35.000 TL asıl kira getirisi). Bu olasılıkta acaba iş sahibinin daha yüksek kira getirisini isteme imkanı olacak mıdır?

İki olasılıkta da C ihtimalinde bir mutlak götürü tazminat anlaşması söz konusudur ve tarafların doğmasını öngördükleri zarar ya çok daha az ya da çok daha fazla gerçekleşmiştir. Acaba bu durumda nasıl bir çözüm üretmek uygun düşer? Açıktır ki buradaki sorun BK m. 138'de düzenlen-

miş olan işlem temelinin çökmesine ilişkin bir sorundur.[115] Nasıl ki eser sözleşmelerinde bir ücretin götürü saptanması BK m. 480 uyarınca yeri geldiğinde bedelde bir uyarlama ihtiyacı doğuruyorsa, aynı şey götürü tazminat anlaşmaları için de geçerli olmalıdır. Götürü tazminat anlaşmasının bir ölçüde rizikolu (muhataralı) [116] olması bu değerlendirmede bir şey değiştirmez.[117] Tarafların sözleşmeyi kaleme alırken öngörmedikleri ve kendilerinden de öngörmelerinin beklenemeyeceği bir gelişme nedeniyle saptadıkları rakam, gerçekleşen zarara nazaran ya çok yüksek ya da çok düşük kalırsa ve bu rakamı talep etmek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek olursa bu durumda tarafların hakimden ilgili meblağın uyarlanmasını isteme imkanı olmalıdır.[118] Açıktır ki taraflar bu gelişmeleri bilselerdi sözleşme içeriğini farklı şekillendireceklerdi. Götürü tazminatın iki tarafın da lehine saptanıyor olması bu konuda uyarlama talep etme hakkının da iki tarafa verilmesini gerektirir. BK m. 138'in ifadesi her ne kadar borçludan bahsetmekteyse de rakamın çok düşük kalması ihtimalinde alacaklının, rakamın çok yüksek olması ihtimalinde de borçlunun hakimin müdahalesini isteme hakkı olacağı açıktır.[119]

Ancak bu soruna ilişkin olarak Yargıtay uygulamasındaki bir aksaklığı vurgulamak gerekir. Yüksek Mahkeme sözleşmede kararlaştırılan maktu gecikme tazminatının (yani götürü tazminat anlaşmasının) özellikle inşaat projelerinde uzun süren gecikmeler karşısında anlamını yitirebileceğini, dolayısıyla da bunların "*en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark bulunması gerektiği de dikkate alınarak*" bir yıldan sonraki dönem için hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edileceği sonucuna varmaktadır.[120] Sonucu itibariyle bu yaklaşım her ne kadar

---

[115] Aynı görüşte **Birinci Uzun**, s. 309; **Kapancı**, s. 668; **Parlak Börü**, s. 217; **Werro**, s. 6; **Couchepin**, s. 26-27.

[116] **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N. 990. Kavram hakkında bkz. **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, 2006. s. 22.

[117] Rizikolu sözleşmelerin de uyarlanabileceği konusunda bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 301 vd.

[118] BK m. 138'in uygulanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 203 vd.

[119] Kanunun bu konudaki ifadesinin eleştirisi için bkz. **Baysal**, Uyarlama, s. 262-263.

[120] Y.15. HD, 6.12.2011, E. 2011/515, K. 2011/7200: "Sözleşmedeki süre ve verilen ek

makul kabul edilebilirse de bu tür bir uyarlama yapmanın ön koşullarının BK m. 138'de düzenlenmiş olduğunun ve burada aranan koşullar gerçekleşmeden de hakimin uyarlama yapamayacağının altı çizilmelidir. Hem mağdur olan taraftan bir uyarlama talebi gelmeli, hem de uyarlama yapmayı gerektirecek durumun sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması, öngörülmez olması ve taraflardan birinin üstlenmediği bir riske dair olması gerekir. Bunların hepsi ispatlanmadan hakimin müdahalesi yasaya aykırıdır.

---

sürelere rağmen inşaatın teslim edilmemesi halinde arsa sahiplerinin tüm daireleri için yüklenicinin ödeyeceği kabul edilen aylık 500,00 TL gecikme tazminatı niteliğinde olduğundan sözleşme hukukundaki ahde vefa kuralı uyarınca taraflar için bağlayıcıdır. Dairemizin öteden beri devam eden uygulamalarında maktu tazminatın değiştirilmeksizin uygulanması benimsenmekle birlikte son zamanlarda gecikmenin uzun süre devam etmesi halinde dahi değiştirilip değiştirilmeyeceği, bu miktarla tarafların hangi süreyle bağlı olacakları değiştirilebilecekse süre ve miktarın belirlenmesinde yöntemin nasıl olması gerektiği tartışılmaya başlamıştır. (...) Gecikme süresine bakılmaksızın arsa sahibinin bağlı tutulması hakkaniyete uygun olmadığı gibi yüklenicinin bu yöndeki savunmaları iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hukuk tarafından korunmaz (TMK'nın 2. maddesi). Bu halde maktu olarak kararlaştırılan gecikme tazminatı miktarının uzun süreli gecikmelerde dahi taraflar için bağlayıcı olacağının kabul edilmesi sözleşmeyle beklenen yarara, tazminatın konuluş amacıyla iyiniyet kuralları ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaati oluştuğundan, Dairemizin maktu gecikme tazminatının değiştirilmeksizin uygulanması gerektiğine dair uygulamasından vazgeçilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararlaştırılan tazminatın süresiz uygulanamayacağı bu şekilde kabul edildikten sonra maktu tazminatın ne kadar süreyle tarafları bağlayacağı ve bu süreden sonra da tüm daireler için toplu gecikme tazminatı hesaplanıp hesaplanmayacağı konusuna gelince; bu süre sözleşmedeki teslim süresi, gecikilen sürenin uzunluğu, öngörülen tazminat miktarı, geçen süre içinde gerçeklesen enflasyon, fiyat artışları, döviz fiyatları ve faiz oranlarındaki artış ve eksilişler ve rayiçlere göre istenebilecek miktar ile maktu tazminatın ödenmeye devam edilmesi halinde arsa sahibinin elde edeceği miktarlar da göz önünde tutulmak suretiyle bu hususta bilirkişi görüşünden de yararlanılarak, sözleşmedeki düzenleme ve miktarın en az 1 yıl süreyle mutlak bağlayıcı olacağı ve maktuen belirlenen miktar ile rayiçlere göre saptanacak miktar arasında en az bir misli fark bulunması gerektiği de dikkate alınarak hakkaniyete uygun biçimde hakim tarafından takdir edilmelidir. Hakim tarafından belirlenen makul süreden sonraki gecikme tazminatı miktarının da; her bir bağımsız bölüm için taşınmazın mevkii, konumu, ülkenin ve inşaatın yapıldığı yerin sosyo-ekonomik koşulları da göz önünde tutulmak suretiyle ve sözleşmede kararlaştırılmış gecikme tazminatı yokmuş gibi gecikme tazminatının en az mahalli piyasa rayiçlerine göre mahrum kalınan kira bedeli kadar olacağı ilkesine göre bilirkişiye hesaplattırılması gerekir". Aynı yönde örneğin Y23HD, 16.04.2015, E. 2014/7999 K. 2015/2613.

VI. Sonuç Yerine: Tespitler

Karşılaştırmalı hukukun verileri ışığında Türk hukuku açısından yapılan tespitleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Sorumsuzluk anlaşması, ceza koşulu ve götürü tazminat farklı ihtiyaçlara cevap veren farklı hukuksal kavramlardır.
- Hepsinin ortak yönü, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi halinde maktu bir rakamın ödenmesinin kararlaştırılmış olmasıdır.
- Ancak kararlaştırılan bu rakam bazen alacaklı lehine (ceza koşulu), bazen borçlu lehine (sorumluluk sınırlaması) sözleşmeye eklenirken bazen de tarafların ikisinin menfaatini dengelemeye yarar (götürü tazminat).
- Ceza koşulunun asli amacı sözleşmeyi ihlal eden kişi üzerinde baskı yaratmak için bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırılmasıdır. Buna karşılık götürü tazminat, oluşabilecek zararın gerçekçi bir tahmini niteliğindedir.
- Bunlardan hangisinin söz konusu olduğuna dair bir ihtilafta hakimin yapması gereken sözleşmenin kurulma anına geri giderek (*ex ante*) bir yorumla tarafların ortak iradelerini saptamaktır. Fiilen gerçekleşen zarar miktarına bakarak (*ex post*) bir vasıflandırma yapılması yanlıştır. Sözleşmedeki ilgili hükme ceza koşulu, sorumsuzluk anlaşması veya götürü tazminat vasfını kazandıran tarafların sözleşmenin kurulması anında neyi düşündükleridir. Eğer gerçekleşmesi muhtemel zarara ilişkin tahminlerinin hayli altında kalan bir meblağ belirlemişlerse sorumluluk sınırlaması; muhtemel zararı hayli aşan bir miktar belirlemişlerse ceza koşulu; muhtemel zarara yakın bir meblağ belirlemişlerse de götürü tazminat anlaşması söz konusu olacaktır.
- Tarafların ilgili hükme atfettikleri anlamın daha sonraki gelişmeler nedeniyle etkisini kaybetmesi durumuna her bir hukuki kavram açısında farklı yaklaşmak gerekir:

- Bir cezai şart olarak saptanan meblağ daha sonra zararın çok daha fazla olması nedeniyle bir sorumluluk sınırlamasına dönüşürse, alacaklı BK m. 180, f. 2 uyarınca aşkın zararını isteyebilir;
- Bir sorumluluk sınırlaması olarak düşünülen meblağ daha sonra zararın çok daha düşük kalması nedeniyle bir cezai şarta dönüşürse, alacaklı yine de ancak zararı oranında bir tazminat isteyebilir;
- Bir götürü tazminat anlaşması olarak saptanan meblağ daha sonra asıl zarardan çok daha fazla veya çok daha az olarak gerçekleşirse mağdur olan taraf ancak BK m. 138 uyarınca hakimden bir uyarlama talep edebilir.

- Götürü tazminat anlaşması tarafların ikisinin de menfaatini dengeleyen bir hüküm olması itibariyle ne ceza koşulunun ne de sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarına tâbi değildir. Ancak genel işlem koşulları içinde karşı tarafa dayatılan götürü tazminat anlaşmaları BK m. 25 uyarınca denetlenebilir.