

## Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi

### Issue of Reduction of Liquidated Damages by Judge

Bahar ÖCAL APAYDIN\*  
Nurten İNCE AKMAN\*\*

#### Öz

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulan ve günlük hayatta en çok karşılaşılan hukuki işlemdir. Kural olarak sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan borçlarını ifa edecekleri kabul edilir. Ne var ki, sözleşme taraflarının borca aykırı davranış sergilemeleri de karşılaşılan bir durumdur. Borca aykırı davranışın sonuçları Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin tanıdığı sınırlar içinde, tarafların borca aykırılık hâlinde ortaya çıkması muhtemel zararı tahmin etmek suretiyle ödenecek tazminatı götürü olarak belirlemesi mümkündür. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda götürü tazminatı düzenleyen hükümler olmasa da, öğreti ve uygulamada götürü tazminat kavramı kabul edilmiştir. Uygulamada ise tarafların götürü tazminat kararlaştırmış olup olmadığı meselesi, sözleşmenin yorumu bakımından sıkça karşılaşılan bir meseledir. Bir diğer mesele ise taraflarca kararlaştırılan tazminatın gerçekte meydana gelen tazminattan daha fazla olması hâlinde, hâkimin kararlaştırılan tazminat miktarını indirip indiremeyeceğidir. Nitekim bu mesele, gerek İsviçre ve Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında gerekse Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında oldukça tartışmalı meselelerden birini teşkil eder. Özellikle ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemenin götürü tazminatın indirilmesi bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı konusu, tartışmaların ana eksenindeki konulardan biridir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle götürü tazminat kavramını, götürü tazminatın amaç ve işlevinin yanı sıra türlerini ele almaktır. Ardından hâkimin taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatı indirmesi meselesi inceleme konusu yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Götürü tazminat, Ceza koşulu, Götürü tazminat anlaşması, Götürü tazminat anlaşmasının türleri, Götürü tazminatın indirilmesi

#### Abstract

The contract is widely applied legal transaction in daily life which is concluded upon the exchange of statements of converging intent. As a rule, the contracting parties are expected to fulfill their contractual obligations. However, it occasionally occurs that one or both of the parties could fail to fulfill their contractual obligations. The remedies in case of breach of contract are provided by The Turkish Code

\* Dr. Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, iletişim: bahar.apaydin@inonu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-9106-8286.

\*\* Dr. Iur. Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, iletişim: nurten.ince@marmara.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-8674-3221).

of Obligations. However, in range of the principle of freedom of contract, contracting parties may agree on the pre-determination of a sum *i.e* liquidated damages where the breaching party may due to in case of breach of contract. Although Turkish Code of Obligations and the Swiss Code of Obligations which is the reference to the Turkish Code of Obligations do not contain any specific provisions on liquidated damages, the concept of liquidated damages is accepted by case law and doctrine both in the Swiss and the Turkish legal system. In practice, it is often a matter of contract interpretation whether the parties agreed on liquidated damages or not. The other problem occurs when the court may confront a problem where the pre-estimated amount of liquidated damages is higher than the damage incurred and whether the court can reduce such amount. This problem in fact, is one of the very controversial problems not only in the Swiss and Turkish legal doctrine and case law but also in the German legal doctrine. One of the major axis of the discussions, is the possibility of application of the provision regarding the reduction of contractual penalty to reduction of liquidated damages. Therefore, the aim of this study is to examine first the concept and purpose of liquidated damages and the types of liquidated damages clauses, then to analyze whether the court can reduce the pre-estimated amount that the parties agreed on.

**Keywords:** Liquidated damages, Penalty clauses, Liquidated damages clauses, Types of liquidated damages clauses, Reduction of liquidated damages

## GİRİŞ

Sözleşme, iki ya da fazla tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile meydana gelen ve günlük hayatta en fazla karşılaşılan hukuki işlemdir. Kural olarak, sözleşme taraflarının borçlarını ifa edeceği düşünülmektedir. Diğer bir deyişle sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi hâkimdir. Buna rağmen bazen çeşitli sebeplerle sözleşme taraflarının sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi ifa etmediği durumlara rastlamak mümkündür ve buna ilişkin düzenlemelere kanunlarda yer verilmektedir. Ancak sözleşme özgürlüğünün tanıdığı yetki nedeniyle son yıllarda sözleşmenin ihlali hâlinde tarafların ödeyeceği tazminat miktarının önceden götürü olarak belirlenmesi başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle satış sözleşmelerinde satış konusu malın geç gönderilmesi, eser sözleşmelerinde eserin vaktinde tamamlanmaması, sözleşme taraflarından birinin sırlarının başkasına açıklanması, rekabet yasağı anlaşmalarına aykırılık gibi durumlarda ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlendiği görülmektedir<sup>1</sup>.

Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinde götürü tazminat düzenlenmiş olmasına karşın, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminata ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ne var ki, gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda öğreti ve uygulamada götürü tazminat kabul edilmektedir.

İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde götürü tazminat anlaşması; mutlak, nispi ve kısmen nispi olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Mutlak götürü tazminat anlaşması tarafların

1 FRITZEMEYER, Wolfgang/KRIECHBAUMER, Eva: "Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz im angelsächsischen Rechtskreis" RIW 2017, s. 777; BERGER, Peter: "Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht" RIW 1999, s. 401; MÜLLER GRAFF, Peter-Christian/KAINER, Friedemann: "Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträgen", WM 2013, s. 2149.

tazminat miktarını mutlak suretle belirlediği ve gerçekte meydana gelen zararın karşılaştırılan tazminat miktarından daha az ya da daha fazla olduğunun ispatı suretiyle tazminat miktarının indirilmediği yahut artırılmadığı götürü tazminat anlaşması olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, nispi götürü tazminat anlaşmasında tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararın ispatı hâlinde artırılması yahut azaltılması mümkündür. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşması ise tazminatın asgari yahut azami sınırının karşılaştırıldığı götürü tazminat anlaşmasıdır. Asgari götürü tazminat anlaşmasında, gerçekte meydana gelen zararın ispatı suretiyle karşılaştırılan tazminat miktarı indirilmesinin, azami götürü tazminat anlaşmasında ise gerçekte meydana gelen zararın ispatı ile karşılaştırılan tazminat miktarının artırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

Mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasında karşılaştırılan tazminat miktarının indirilmesi bakımından uyumsuzluk çıkması hâlinde hâkimin karşılaştırılan tazminat miktarına müdahale edip edemeyeceği çözülmesi gereken bir meseledir. Özellikle mutlak ve asgari götürü tazminatın ceza koşulu olarak kabul edilmesi veya ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemenin götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanması, öğretide ileri sürüldüğü gibi mahkeme kararlarına da yansıyan bir uygulamadır.

Bu çalışmada öncelikle götürü tazminat kavramı ve götürü tazminat anlaşmasının türleri ile götürü tazminatın amaç ve işlevleri ele alınacaktır. Ardından İsviçre hukuku ve Türk hukukunun yanı sıra Alman hukuku kapsamında hâkim tarafından götürü tazminatın indirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi incelenecektir.

## I. GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI

### A. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN TANIMI

Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda götürü tazminatı düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Buna karşılık, öğretide ve uygulamada götürü tazminat kavramı kabul edilmiştir. Götürü tazminat kavramı ile tarafların tazmin edilmesi gereken muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmak suretiyle, tazminat miktarını önceden ve götürü olarak karşılaştırması kast edilmektedir<sup>2</sup>.

2 OERTLI, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004, N. 20; TOLOU, Alborz: La forfaitisation du dommage, Zurich, Schulthess, 2017, N. 18; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenecek Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa:1-2, Haziran-Aralık 1999, s. 28; KOCAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Karşılaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?, TBB Dergisi, Sa. 74, 2008, s. 152-153; ERDEM, Mehmet: "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 98; BİRİNCİ-UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 68; KAPANCI, Berk: "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 656-657; PARLAK-BÖRÜ, Şafak: "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", TBB Dergisi 2017 (129), s. 197.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde tazminatın işlevi, telafi etmektir<sup>3</sup>. Sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu, kendisine kusur atfedilemeyeceğini ispat etmedikçe, borcun kötü ifası yahut hiç ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112)<sup>4</sup>. Borçlunun alacaklının uğradığı zararı giderme borcu, tali niteliktedir ve başlangıçtaki borç ilişkisinde ihlal edilen borcun yerini alır<sup>5</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 114/f. 2 hükmü atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri, sözleşmeden doğan borcun ihlali hâlinde tazminatın hesaplanması bakımından da uygulama alanı bulur<sup>6</sup>. Ne var ki, sözleşmenin taraflarının, emredici nitelikte olmayan bu hükümlerden farklı düzenlemeler yapmaları mümkündür<sup>7</sup>. Zira taraflar hukuk düzeninin sınırları içinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını serbestçe düzenlerler<sup>8</sup>. Dolayısıyla kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere taraflar, sözleşmeye aykırılık hâlinde sorumluluğa ilişkin kuralları tespit ederler<sup>9</sup>. Bu doğrultuda taraflar, tazminatın miktarının hesaplanması yönünde anlaşma yapabilecekleri gibi tazminatın götürü bir bedel olmasını da kararlaştırabilir<sup>10</sup>.

Türk hukukunda özellikle inşaat sözleşmelerinde götürü tazminat kayıtlarına rastlanmaktadır. Uygulamada, götürü tazminat kavramı yerine kira tazminatı yahut maktu tazminat kavramının da tercih edildiği görülmektedir<sup>11</sup>.

- 3 HONSELL, Henrich: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, www.honsell.at/pdf/FSWestermann.pdf, s. 3; WERRO, Franz: La responsabilité civile, Stämpfli Verlag AG, 2017, N. 6; CHAPPUIS, Benoît: Le moment du dommage, Schulthess Verlag, Zürich 2017, N. 18; WINIGER, Bénédict/FLEURY, Patrick/AVRAMOV, Philippe: Digest of European Tort Law. Vol. 2: Essential Cases on Damage, Editors: Winiger, Bénédict/Kozioł, Helmut/Koch, Bernhard A./Zimmermann, Reinhard, Berlin, De Gruyter, 2011, s. 21. Oysa *Anglo-Amerikan* hukuk sisteminde, haksız fiil neticesinde bir zarar meydana gelmemiş olsa dahi haksız fiil işleyen bu fiilini tespit etmek amacıyla hükmedilen nominal (sembolik) tazminata hükmedilebileceği gibi, haksız fiil işleyen kişiyi cezalandırmak suretiyle ileride benzer bir fiili işlemekten caydırmak amacıyla medeni cezaya da hükmedilebilmektedir (bkz. ÖZDENMERHACI, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013, s. 63 vd.; GÜL, İbrahim: Medeni Ceza, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015, s. 118 vd.).
- 4 FISCHER, Thomas: Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, Zürich 1997, s. 11 vd.; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.
- 5 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1145; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016, N. 1250; ERGÜNE, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 330; HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 67.
- 6 FISCHER, s. 13 vd.
- 7 WERRO, Franz, Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz: Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Art. 41-61 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 Art. 43, N. 17 [CR-CO]; WEBER, Roger: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Art. 100, N. 49 ve 167 [BSK-OR]; ERDEM, s. 98.
- 8 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1201.
- 9 Bu nedenle de haksız fiil sorumluluğundan farklılaşır (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1201).
- 10 KAPANCI, s. 655.
- 11 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416; Y.HGK., 17.02.1971, K. 1505-85; Y.14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031. Bkz. ayrıca KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 155.

## B. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASI

Götürü tazminat anlaşması (*vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz; convention d'indemnisation forfaitaire des dommages*), tarafların borca aykırı davranışın sonuçlarından zararını tazmin yükümlülüğüne ilişkin yaptığı, doğması muhtemel zararın tazmini bakımından tazminatın önceden götürü olarak belirlenmesine ilişkin kendine özgü (*sui generis*) bir yan anlaşmadır<sup>12</sup>. Taraflar bu yan anlaşmayı ayrı bir sözleşme şeklinde akdedebilecekleri gibi, akdettikleri asıl sözleşmenin içinde bir hüküm (kayıt) olarak da düzenleyebilirler<sup>13</sup>.

Borçlunun tali nitelikteki tazminat ödeme borcu ise TBK m. 112 hükmüne dayanmaktadır. Dolayısıyla götürü tazminat, borca aykırı davranışın gerçekleşmesine bağlıdır<sup>14</sup>. Bu hâlde, götürü tazminat anlaşması yeni bir borç doğurmaz; fakat TBK m. 112 hükmüne dayanan tazminat alacağını biçimlendirir<sup>15</sup>. Dolayısıyla TBK m. 112 hükmü uyarınca, tazminat ödeme borcunun koşulları gerçekleşmiş olmalıdır. Buna göre borçlu borca aykırı hareket etmiş olmalı, alacaklı zarara uğramış olmalı, borçlunun borca aykırı davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalı ve borçlu borca aykırı davranışı bakımından kusuru olmadığını ispat edememiş olmalıdır<sup>16</sup>.

Bağlı bulunduğu asıl borç ilişkisi farklı olsa dahi, götürü tazminat anlaşması tek tarafa borç yükleyen bir anlaşmadır<sup>17</sup>. Zira götürü tazminat anlaşmasında, yalnızca tazminat borçlusuna borç yüklenmektedir.

Taraflar, TBK m. 118 hükmü gereğince temerrüde düşen borçlunun zamanında ifayı gerçekleştirmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olmasına yönelik götürü tazminat üzerinde anlaşabilir<sup>18</sup>. Keza TBK m. 125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine, alacaklının seçimlik hakları bakımından gecikme tazminatının, olumlu zararının yahut olumsuz zararının talep edilmesine yönelik de götürü tazminat kararlaştırılabilir<sup>19</sup>.

12 BELKE, Rolf: "Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", DB 1969, s. 559 vd.; FISCHER D, s. 73; COUCHEPIN, Gaspard: "La forfaitisation du dommage", Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 2; COUCHEPIN, Gaspard: La clause pénale étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess, 2008, s. 206; ERDEM, Mehmet: La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Thèse, Ankara 2006 s. 45; TOLOU, N. 18; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 98 vd. ile 09; KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 49; KAPANCI, s. 656-657. Tazminatın zarar doğduktan sonra belirlenmesi, götürü tazminat anlaşması sayılmaz (ERDEM, Clause Pénale, s. 45; KAPANCI, s. 656, dn.2).

13 TOLOUN, 75; ERDEM, s. 102; KAPANCI, s. 657.

14 MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2149; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.

15 ENGEL, s. 862; TOLOU, N. 184.

16 Kanun gereğince borca aykırılıktan borçlunun kusursuz sorumlu olduğu hâllerde götürü tazminatın doğması için borçlunun kusurlu olması şartı aranmaz (ERDEM, s. 106; BİRİNCİ-UZUN, s. 150).

17 KAPANCI, s. 658; BİRİNCİ-UZUN, s. 87.

18 TOLOU, N. 388 vd.

19 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TOLOU, N. 406 vd.

### C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN KONUSU

Borçlunun sözleşmeden doğan borcuna aykırı hareket etmesi hâlinde ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesi, götürü tazminat anlaşmasının konusunu teşkil eder<sup>20</sup>. Taraflar götürü tazminat edimini, ileride borca aykırı davranış sonucunda doğması muhtemel zararın giderilmesi amacıyla belirli bir miktar para şeklinde kararlaştırır<sup>21</sup>.

Esasen götürü tazminat ediminin konusunu, tarafların borca aykırı davranışın sonucunda doğması muhtemel zarara ilişkin yaptıkları tahmin oluşturur<sup>22</sup>. Ne var ki, yapılan bu tahmin alacaklı bakımından yeni bir tazminat talebi oluşturmaz<sup>23</sup>. Zira tazminat alacağı, taraflar arasındaki sözleşmeden yahut kanundan kaynaklanır<sup>24</sup>. Götürü tazminat anlaşmasının kurulmasıyla ortaya çıkan götürü tazminat edimi, tazminat alacağının doğmasına bağlı müstakbel bir alacaktır<sup>25</sup>. Zira götürü tazminat, zararın varlığına bağlıdır<sup>26</sup>. Diğer bir deyişle, alacaklının zarara uğraması hâlinde götürü tazminat talebi söz konusu olur.

Borçlu tarafından sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesi hâlinde, alacaklının zararının ortaya çıkması ile taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat edimi ihlal edilen borcun yerini alır<sup>27</sup>. Dolayısıyla, asıl borç ilişkisinin ihlal edilmesi neticesinde, götürü tazminat ödeme borcu ortaya çıkar<sup>28</sup>. Bu hâlde artık götürü tazminat ödeme borcu muaccel olur ve asıl borçtan bağımsız bir nitelik kazanır<sup>29</sup>. Buna karşılık, muaccel olmadan önce götürü tazminat edimi asıl borca bağlıdır<sup>30</sup>. O nedenle götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurması, asıl borç ilişkisinin hüküm ve sonuç doğurmasına bağlıdır<sup>31</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere, götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, borçlunun borca aykırı davranışının sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmaktadırlar<sup>32</sup>. Ne

20 TOLOU, N. 26; COUCHEPIN, s. 10; ERDEM, s. 100; KAPANCI, s. 658.

21 TOLOU, N. 20. Buna karşın götürü tazminat ediminin sözleşmeden doğan borcun aynen ifası biçiminde kararlaştırılabileceği yönünde bkz. COUCHEPIN, s. 10.

22 ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Stämpfli, 1997, s. 862; FISCHER, s. 161; COUCHEPIN, s. 2; TOLOU, N. 108.

23 ENGEL, s. 862; FISHER, s. 161; TOLOU, N. 108; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2149.

24 ENGEL, s. 49; TOLOU, N. 108.

25 OERTLI, N. 20; TOLOU, N. 109.

26 WEILER, Frank: *Beck Online Grosskommrntar* (Hrsg: Beate GSELL/ Wolfgang KRÜGER/ Stephan LORENZ/ Christoph REYMANN), Verlag C.H. Beck, München 2018, § 309 Nr. 5 N. 35; TOLOU, N. 110.

27 TOLOU, N. 184.

28 O nedenle götürü tazminat, borcun ihlal edilmesi geciktirici koşuluna bağlıdır (bkz. ERDEM, s. 101; KAPANCI, s. 665; PARLAK-BÖRÜ, s. 204 vd.

29 ERDEM, s. 101.

30 COUCHEPIN, s. 5 – 7; ERDEM, s. 101; BİRİNCİ-UZUN, s. 91; KAPANCI, s. 661 vd.; PARLAK-BÖRÜ, s. 204.

31 ERDEM, s. 101; BİRİNCİ-UZUN, s. 91 ve 255 vd.; KAPANCI, s. 662; PARLAK-BÖRÜ, s. 204.

32 COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1025; TOLOU, N. 110; ATAMER, Yeşim M.: *Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları*, Atamer/Baş Süzel/ Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, 2018, s. 110.

var ki, taraflarca yapılan bu tahminin makul olması gerekir<sup>33</sup>. Bu sayede götürü tazminat, taraflarca öngörülebilir bir talebe dönüşür<sup>34</sup>. Diğer bir deyişle, götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurması hâlinde, götürü tazminat edimi taraflarca öngörülebilir zararın karşılığını oluşturur<sup>35</sup>. Bu sayede taraflar ve özellikle borçlu, borca aykırı davranışının sonuçlarından tazminat ödeme yükümlülüğünün kapsamını öngörebilmektedir<sup>36</sup>. Öngörülebilirlik, borca aykırılıktan doğan sorumluluğu tarafların sözleşmeyi kurduğu esnada öngörebildikleri zararlarla sınırlayan bir kriterdir<sup>37</sup>. İsviçre hukuku ve Türk hukukunda sözleşmeden doğan borca aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından öngörülebilirlik şeklindeki subjektif ölçüt benimsenmemiş ve fakat uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Bu nedenle zarar ile borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağı kurulması hâlinde borçlunun zararı tazmin yükümlülüğü söz konusu olur. Dolayısıyla tarafların götürü tazminat kararlaştırması hâlinde, sorumluluğu sınırlayan öngörülebilirlik kriterinden farklı olarak tarafların zararı öngörmesinin iki işlevi vardır. Öncelikle götürü tazminat ile zarar tahmini arasındaki bu bağlantı, diğer bir ifadeyle götürü tazminat kararlaştırılması hâlinde taraflarca zararın öngörülebilir olması, götürü tazminatın karakteristik bir özelliği olup ceza koşulu ile ayırt edilmesi bakımından önem arz eder<sup>38</sup>. Zira ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatta zarara ilişkin bir tahmin söz konusu olmakta ve bu suretle taraflar sözleşmeyi kurduğu esnada zararı öngörebilmektedirler<sup>39</sup>. Öngörülebilirliğin ikinci işlevi ise hâkimin götürü tazminat miktarına müdahalesi bakımından kendini gösterir. Şöyle ki, tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada yapmış olduğu zarar tahmini, gerçekten meydana gelen zarardan çok uzaksa artık bu durumda zararın öngörülebilir olduğundan bahsedilemez. O takdirde tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı amaçlayıp amaçlamadıkları araştırılabilir. Ancak taraflarca ceza koşulu kararlaştırılması amaçlanmamışsa o takdirde tarafların yaptığı zarar tahmini gerçekten meydana gelen zararın çok üzerindeyse yahut çok altında kalmışsa, götürü tazminat anlaşmasının değişen koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağı inceleme konusu yapılabilir.

33 FISCHER, Detlev: Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung. Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt a. M. 198, s. 86; ERDEM, s. 123; BİRİNCİ-UZUN, s. 76-77; KOCAAĞA, s. 154 [İnşaat Sözleşmesi]; OZANOĞLU, s. 30; AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 393; ATAMER, s. 124.

34 TOLOU, N. 110.

35 TOLOU, N. 110; FISCHER, s. 122.

36 FISCHER, s. 122; ATAMER, s. 114.

37 PICHONNAZ, Pascal: Le dommage contractuel e la question de la prévisibilité, Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, (Edité par WERRO, Franz/PICHONNAZ, Pascal), Bern 2013, s. 37. Fransız ve Anglo Amerikan hukuk düzenlerinin yanı sıra Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında da sözleşmenin ihlalden sorumluluk bakımından öngörülebilirlik kriteri benimsenmiştir. Fransız hukuku için bkz. Fransız Medeni Kanunu m. 1231-3. İngiliz hukuku için bkz. *Hadley v. Baxendale*. CISG için bkz. CISG m. 74 (ayrıntılı bir inceleme için bkz. PICHONNAZ, s. 33 vd.).

38 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, Jörn: BeckOK BGB (Hrsg Heiny Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019 § 309 Nr. 5 N. 2; FISCHER, s. 122; OSTENDORF, Patrick: “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung” JuS 2015, s. 978; TOLOU, N. 112.

39 TOLOU, N. 112; ATAMER, s. 114.

## D. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN AMAÇ VE İŞLEVLERİ

İsviçre, Türk ve Alman sorumluluk hukukunda benimsenen zararı tazmin etme, diğer bir deyişle zarar görenin zararını telafi etme şeklindeki amaç, götürü tazminat anlaşmasıyla tazminat miktarı tespit edilmek suretiyle somutlaşmaktadır<sup>40</sup>. Dolayısıyla götürü tazminat anlaşmasının öncelikli amacı, zararın tazmin edilmesidir<sup>41</sup>. Zira borca aykırılık gerçekleştiğinde ve alacaklının zararı doğduğunda, götürü tazminat edimi muaccel olmaktadır. O nedenle götürü tazminat, zarardan bağımsız olarak düşünülemez.

Götürü tazminat anlaşması, tazminat alacaklısını tazminat miktarını ispat yükünden kurtarır<sup>42</sup>. Ayrıca götürü tazminat anlaşmasının zararın varlığına ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olduğu ve bu suretle borçlunun zararın meydana gelmediğini ispatlaması hâlinde, sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Böylece götürü tazminat anlaşması, tazminat alacaklısının tazminata kavuşmasını kolaylaştırmaktadır<sup>44</sup>.

Götürü tazminat anlaşması kapsamında taraflar, tazminatı sözleşme ile düzenlemek suretiyle, İsviçre hukuku ve Türk hukukunda klasik anlamda tazmin edilecek maddi zarar kalemleri arasında kabul edilmeyen şans kaybı zararı, beklentinin boşa çıkması zararı ve itibar kaybı gibi zararların tazminini kararlaştırabilir<sup>45</sup>. Bu doğrultuda götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırmak suretiyle taraflar, tazminatın kapsamını genişletebilirler.

Götürü tazminat anlaşmasıyla borçlunun borca aykırı davranışının sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin yaptığı tarafların tahmini nedeniyle borçlu, zararı tazmin etmesi söz konusu olduğunda ödemesi gereken tazminat miktarını önceden bilmektedir<sup>46</sup>. Bu suretle götürü tazminat anlaşmasının, dolaylı olarak borçlunun borca aykırı davranışını önleme işlevi olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Ayrıca taraflar borca aykırılık hâlinde, söz konusu olması muhtemel zarara ilişkin tahmin yapmak ve tazminat miktarını önceden belirlemek suretiyle, tazminat miktarına ilişkin ihtilafı sözleşme kurulurken barışçıl bir biçimde çözümlenmiş olurlar<sup>48</sup>. Diğer bir deyişle,

40 COUCHEPIN, s. 3; TOLOU, N. 91.

41 LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Auflage, München 1987, s. 315; OSTENDOREF, JuS 2015, s. 978; FISCHER, s. 101.

42 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 2; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 102 ve 107 vd.; KAPANCI, s. 665-666; PARLAK-BÖRÜ, s. 209 ve 222; KOCAAĞA, s. 52.

43 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 2; GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996, N. 709; ERDEM, Clause pénale, s. 48; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1026 vd.; TOLOU, N. 266.

44 GAUCH, N. 709; ERDEM, Clause pénale, s. 48; COUCHEPIN, s. 3; TOLOU, N. 91; YILDIRIM, Fadıl: "Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve "Al ya da Öde" Kaydının Hukuki Niteliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2 Yıl 2011, s. 37.

45 TOLOU, N. 95.

46 GAUCH, N. 711; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1035; TOLOU, N. 100.

47 ERDEM, Clause pénale, s. 48; TOLOU, N. 98.

48 BT-Drs. 7/3919, 30; WEILER, BeckOGK BGB § 309 Nr. 5 N. 8, 87 88; COUCHEPIN, s. 4; TOLOU, N. 101; KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 152-153; OZANOĞLU, s. 91; KAPANCI, s. 658; PARLAK-BÖRÜ, s. 209-210; ATAMER, s. 89.



tarafların, ödenmesi gereken tazminat miktarını önceden belirlemesi hâlinde mahkemeye başvurmayacakları ya da taraflar mahkemeye başvursalar bile uyuşmazlığın kısa bir süre içinde sonuca bağlanacağı ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Böylece tarafların mahkeme huzurunda artık tazminat miktarını uyuşmazlık konusu yapmaları gerekmez.

## II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILMASI MESELESİ

### A. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILARAK İNCELENMESİ

#### 1. Genel Olarak

Sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları içinde tarafların farklı şekillerde götürü tazminat kararlaştırabileceği İsviçre hukuku ve Türk hukukunda kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Buna göre götürü tazminat anlaşması, mutlak götürü tazminat, nispi götürü tazminat ve kısmen nispi götürü tazminat olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrım, götürü tazminat anlaşmasının taraflarının, anlaşmada kararlaştırılan tazminat miktarının aksini ispat etme imkânına sahip olup olmamasına dayanarak yapılmaktadır<sup>51</sup>. Diğer bir deyişle, gerçekte meydana gelen zararın ispatlanması suretiyle kararlaştırılan tazminat miktarında değişikliğin mümkün olup olmaması dikkate alınmaktadır.

#### 2. Mutlak Götürü Tazminat Anlaşması

Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde ve tek bir değer olarak kararlaştırmasıdır<sup>52</sup>. Bu hâlde, götürü tazminat anlaşmasıyla tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminat miktarı taraflarca mutlak suretle belirlenmektedir<sup>53</sup>. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tazminat miktarını gerek asgari gerekse azami yönden sınırlandırmaktadır<sup>54</sup>. Diğer bir deyişle bu hâlde, taraf iradeleri ile tazminatın asgari miktarı farazi olarak belirlenmekte ve tazminatın miktarı azami yönden sınırlandırılmaktadır<sup>55</sup>. O nedenle tazminat alacaklısı ya da borçlusunun gerçekte meydana gelen zarar miktarının kararlaştırılan götürü tazminat ediminden farklı olduğu yönündeki taleplerinin dinlenmeyeceği ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Diğer bir deyişle,

49 OSTENDORE, JuS 2015, s. 981.

50 OERTLI, N. 45; TOLOU, N. 28; BİRİNCİ-UZUN, s. 110; KAPANCI, s. 667; PARLAK-BÖRÜ, s. 210.

51 OERTLI, N. 45; TOLOU, N. 28; BİRİNCİ-UZUN, s. 110-111; PARLAK-BÖRÜ, s. 210.

52 TOLOU, N. 41; ERDEM, s. 99. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların mutlak bir götürü tazminat anlaşması yapmak istedikleri öğretilerinde kabul edilmektedir (ATAMER, s. 115).

53 GAUCH, N. 709; COUCHEPIN, s. 11 vd.; TOLOU, N. 44.

54 Eser sözleşmesinde götürü tazminat miktarının mutlak suretle belirlendiği hal için bkz. TF, 4P99/2005, 3.2.

55 TOLOU, N. 45.

56 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99; BİRİNCİ-UZUN, s. 118; PARLAK-BÖRÜ, s. 216; ATAMER, s. 112.

gerçekte meydana gelen zarar miktarı taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatı aştığı takdirde, aşan kısmın talep edilmesinin mümkün olmadığı; ayrıca oluşan zararın götürü tazminat miktarının altında kalması hâlinde tazminat miktarının indirilmesinin de söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir<sup>57</sup>.

### **3. Nispi Götürü Tazminat Anlaşması**

Tarafların mutlak suretle götürü tazminat edimini belirlemediği ve gerçek zararın daha az olması hâlinde borçlunun, daha fazla olması hâlinde ise alacaklının, bunu ispat etmek suretiyle sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat ediminde değişiklik yapılmasını talep edebildiği hâlde nispi götürü tazminat anlaşması söz konusu olur<sup>58</sup>. Zira nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflar, aksi ispatlanabilir şekilde tazminat miktarını kararlaştırmaktadır<sup>59</sup>.

Uyuşmazlık konusu olması hâlinde götürü tazminat anlaşmasının türü taraf iradelerinin TBK m. 19/f.1 hükmü uyarınca güven ilkesine göre yorumu ile tespit edilemiyorsa, ortada bir nispi götürü tazminat anlaşmasının olduğu kabul edilmelidir<sup>60</sup>.

Götürü tazminat ediminin nispi olarak belirlenmesi hâlinde, kural olarak, TBK m. 52 hükmü uyarınca tazminattan indirim sebepleri dikkate alınır<sup>61</sup>. Buna karşılık, taraflar gerçekte meydana gelen zarar miktarının kararlaştırılan götürü tazminat miktarının altında kalması hâlinde tazminattan indirim sebeplerinin dikkate alınmayacağı yönünde anlaşılabilir<sup>62</sup>.

### **4. Kısmen Nispi Götürü Tazminat Anlaşması**

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflar, tazminat miktarının alt sınırını veya üst sınırını belirlemektedirler<sup>63</sup>. Böylece taraflardan birine götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânı tanınmaktadır<sup>64</sup>. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşması, asgari götürü tazminat anlaşması ve azami götürü tazminat anlaşması şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

#### **a) Asgari Götürü Tazminat Anlaşması**

Asgari götürü tazminat anlaşması, tarafların sözleşmede tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminat miktarının alt sınırını belirlemesi şeklinde düzenlenir<sup>65</sup>. Asgari götürü

57 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99; BİRİNCİ-UZUN, s. 118; PARLAK-BÖRÜ, s. 216; ATAMER, s. 112.

58 TOLOU, N. 31; BİRİNCİ-UZUN, s. 112; KAPANCI, s. 669; PARLAK-BÖRÜ, s. 211; ATAMER, s. 112.

59 TOLOU, N. 35.

60 KAPANCI, s. 667.

61 TOLOU, N. 39.

62 TOLOU, N. 39.

63 KAPANCI, s. 670; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

64 KAPANCI, s. 670.

65 TOLOU, N. 50 vd.; BİRİNCİ-UZUN, s. 115; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

tazminat anlaşması ile taraflarca, tazminatın alt sınırı belirlenmek suretiyle tazminat miktarı sınırlandırılmaktadır. Ne var ki, tazminat alacaklısı gerçekte meydana gelen zararının sözleşmede kararlaştırılan asgari miktarı aştığını ispatlamak suretiyle aşan kısmı talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Buna karşılık, borçlunun gerçekte meydana gelen zararın daha az olduğunu ileri sürerek kararlaştırılan tazminat miktarının indirilmesini talep edemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>67</sup>. Zira asgari götürü tazminat anlaşması ile alacaklının uğradığı zararın giderilmesi bakımından, asgari bir tazminat miktarının belirlenmiş olduğu ifade edilmektedir<sup>68</sup>.

### **b) Azami Götürü Tazminat Anlaşması**

Taraflarca sözleşmede tazminatın üst sınırı kararlaştırılmışsa o takdirde, azami götürü tazminat anlaşmasından bahsedilir<sup>69</sup>. Azami götürü tazminat anlaşması ise azami miktar ile tazminatı sınırlandırmaktadır; ancak gerçekte meydana gelen zarar üst sınırın altında kalırsa zarar miktarını ispatlanmak suretiyle tazminat borçlusu üst sınırın altında tazminat ödeyebilir<sup>70</sup>. Buna karşılık alacaklı tarafından, gerçekte meydana gelen zararın azami miktarın üzerinde olduğunun ispat edilmesi suretiyle kararlaştırılan tazminatın üstündeki tazminat miktarının talep edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Dolayısıyla, azami götürü tazminat anlaşması tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu tazminatın üst sınırını belirleyen bir anlaşmadır<sup>72</sup>. Bu sayede borçlu, sözleşmenin kurulması aşamasında ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarını bilmekte ve alacaklının uğradığı gerçek zararın kararlaştırılan miktarın altında kalması hâlinde, gerçek zararı ispat etmek suretiyle azami tazminat miktarının indirilmesini talep etme imkânına sahip olmaktadır<sup>73</sup>.

## **B. ALMAN HUKUKUNDA GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILMASININ ELEŞTİRİSİ**

Alman hukukunda kanun koyucu genel işlem koşullarının düzenlendiği hükümlerde götürü tazminat kavramından bahsetmiştir<sup>74</sup>. AL.MK § 309/(5) hükmünde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olduğu, bu nedenle kararlaştırılan götürü tazminatla gerçek zarar arasında bir bağlantının olmadığı durumlarda götürü tazminata ilişkin anlaşmaların hükümsüz olacağı belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bu doğrultuda Alman hukukunda götürü

66 TOLOU, N. 54; BİRİNCİ-UZUN, s. 116.

67 TOLOU, N. 54.

68 COUCHEPIN, s. 13; TOLOU, N. 54; GAUCH, N. 709.

69 BİRİNCİ-UZUN, s. 116 vd.; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

70 TOLOU, N. 60; BİRİNCİ-UZUN, s. 117.

71 TOLOU, N. 60; BİRİNCİ-UZUN, s. 117; PARLAK-BÖRÜ, s. 216.

72 TOLOU, N. 60.

73 TOLOU, N. 63.

74 FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.

75 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 516.

tazminat İsviçre hukuku ve Türk hukukunun aksine çeşitli türlere ayrılmadan incelenmiştir. Diğer bir deyişle, Alman hukukunda götürü tazminat kavramı öğretilerde ve mahkeme kararlarında bu şekilde türlere ayrılmamıştır.

Özellikle götürü tazminat kavramının kullanıldığı genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemede, borçlunun zararın daha az olduğunu ya da hiç doğmadığını ispat edebilme hakkına vurgu yapılmıştır<sup>76</sup>. Dolayısıyla zararın mutlak olarak belirlendiği durumlarda zararın kararlaştırılmış olan götürü tazminattan az olması hâlinde, ne olursa olsun borçlunun bu miktarı ödeyeceğinin savunulmasının tazminat prensipleri ve kanundaki düzenlemelerin amacıyla uyumlayacağı bu hukuk düzeninde kabul edilmiştir.

Alman hukukunda da götürü tazminatın amacının tarafların soyut bir miktar belirlemesi olduğu kabul edilmektedir; ancak bu belirlenen miktarın yol gösterici bir fonksiyonu olduğu ve bu nedenle mutlak ya da asgari götürü tazminatın kararlaştırılmasının isabetli olmayacağı savunulmuştur<sup>77</sup>. Meydana gelen zararın daha fazla ya da az olduğunu tarafların ispatlama hakkına sahip olmaları gerektiği ifade edilmiştir. Zira bu hakkın tarafların elinden alınması hâlinde artık tazminat kavramından bahsedilmeyeceği belirtilmiştir<sup>78</sup>. Ayrıca götürü tazminatın amacının cezalandırma ve sözleşmenin ifasını gerçekleştirme hususunda bir baskı aracı olmadığı; ancak asıl amacının iki tarafın menfaatini dengelemek olduğu belirtilmiştir<sup>79</sup>. Bu nedenle mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmaları, tazminat kurumunun amacı ve işlevinden uzaklaştığı gerekçesiyle reddedilmektedir.

Kanaatimizce, mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasını bu şekilde baştan reddetmek ve ceza koşulu ile özdeşleştirmek isabetli değildir. Öncelikle İsviçre ve Türk hukukunda götürü tazminatın amacının zararı tazmin olduğu kabul edilmektedir. O nedenle götürü tazminat zarardan bağımsız olarak düşünülemez. Her halde zararın hiç doğmadığının ispatı halinde tazminat borçlusu götürü tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, borca aykırı davranışın tazminat yaptırımını, muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yaparak belirlemektedir. Bu suretle borca aykırılık hâlinde, ortaya çıkabilecek zarar taraflarca öngörülebilmektedir. Dolayısıyla yapılacak karşılaştırma, dürüstlük kuralı gereğince tarafların sözleşmeyi kurduğu anda yaptığı zarar tahmini ile borca aykırı davranış gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar arasında olmalıdır. Öncelikle taraflarca sözleşme kurulurken yapılan muhtemel zarar tahmini, güven ilkesi uyarınca tespit edilmelidir. Fakat götürü tazminat olarak öngörülen zarar miktarının, hayatın olağan akışına göre meydana gelmesi beklenen bir zarar olup olmadığı da araştırılmalıdır.

76 FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 778; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

77 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5.

78 FISCHER, s. 132 vd., 152; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777 vd.; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

79 FISCHER, s. 132 vd., 152; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777 vd.; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

### III. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ

#### A. GENEL OLARAK

Götürü tazminat kapsamında tarafların yaptığı muhtemel zarara ilişkin tahmin, kural olarak, gerçekte meydana gelen zarara yaklaşmalıdır. Bu hâlde tarafların zarara ilişkin tahmini, gerçek zarar miktarı ile örtüşmektedir<sup>80</sup>. Ne var ki, her zaman tarafların yaptığı tahmin ile gerçekte meydana gelen zarar tam anlamıyla birbiri ile örtüşmez. Götürü tazminat miktarının, gerçek zarar miktarından daha fazla ya da daha az olması mümkündür. Türk hukuku ve İsviçre hukukunda tarafların nispi ya da kısmen nispi bir biçimde götürü tazminat edimini belirlediği hallerde, götürü tazminat ediminin gerçek zarar miktarına yaklaştırılması mümkündür. Zira nispi götürü tazminat anlaşması taraflara, gerçek zarar miktarını ispat etmek suretiyle tazminat miktarının indirilmesi yahut artırılması imkânını vermektedir.

Asıl mesele mutlak götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılan alt sınır bakımından söz konusu olmaktadır. Asgari götürü tazminat anlaşmasında da tazminatın alt sınırı taraflarca kararlaştırıldığından, gerçekte meydana gelen zararın ispatlanması ile tazminatın indirilip indirilemeyeceği tartışma konusu olmaktadır. Alman hukukunda mutlak götürü tazminat ve asgari götürü tazminat anlaşmaları kabul edilmediğinden, her hâlde tazminatın indirilebileceği kabul edilmektedir. İsviçre ve Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında ise mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmalarında kararlaştırılan tazminatın indirilmesinin dayanağı tartışmalıdır. Tartışmaların içinde, ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK m. 182/f.3 hükmünün, götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesi özellikle önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca kararlaştırılan tazminat miktarının değişen koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağı; alacaklının kusurunun kararlaştırılan tazminatın indirimi bakımından değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı ve tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesi karşısında kararlaştırılan tazminatın indirilip indirilemeyeceği incelenmesi gereken diğer ihtimallerdir.

#### B. TAZMİNAT MİKTARINI İNDİRİLMESİ BAKIMINDAN TBK M. 182/F.3 HÜKMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

##### 1. Mutlak ve Asgari Götürü Tazminat Anlaşması ile Ceza Koşulunun Ayırt Edilmesi

Ceza koşulu, borçlunun ileride borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklıya önceden ifa etmeyi taahhüt ettiği sözleşme hükmü olarak kararlaştırılan bir edimdir<sup>81</sup>. Götürü

80 TOLOU, N. 113.

81 MOOSER, Michel: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Intro. Art. 158-163 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012, Intro. Art. 158-163, N. 6 [CR-CO]; EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 1; TOLOU, N. 163; COUCHEPIN, Clause pénale, s. 85; ERDEM, Clause pénale, s. 15; TUNÇOMAĞ,

tazminattan farklı olarak ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nda m. 179 ila 182 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kural olarak borçlunun borca aykırı hareket etmesi hâlinde, alacaklının zararı doğmuşsa kusurlu hareket eden borçlu bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 112). Ne var ki, taraflar sözleşmede ceza koşulu kararlaştırmış ise, alacaklı zarara uğramasa dahi borca aykırı davranış gerçekleşmişse borçlu, ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimi yerine getirmelidir (TBK m. 180/İsv. BK. m. 161)<sup>82</sup>. Ceza koşulu fer'i nitelikte olduğundan kaderi asıl borca bağlıdır<sup>83</sup>. Dolayısıyla asıl borcun hükümsüz olması hâlinde ceza koşulu da hükümsüz olur (TBK m. 182/f.2). Ceza koşulu fer'i niteliği haiz olmakla beraber sözleşme koşulu gerçekleştiği anda ceza koşulu olarak kararlaştırılan edim muaccel olur<sup>84</sup>. Bu suretle ceza koşulu, asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir borca dönüşür<sup>85</sup>.

Öğretide özellikle asgari götürü tazminat anlaşmasını, ceza koşulu şeklinde nitelendiren bir görüş mevcuttur<sup>86</sup>. Ayrıca mutlak suretle kararlaştırılan götürü tazminat anlaşması ile ceza koşulunun

Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6; EREN, s. 1209; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 2016, N. 1559 vd.; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2017, N. 1, s. 376; NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, N. 235.1; KILIÇOĞLU, s. 986-987; KOCAAĞA, s. 26; CANSEL, Erol/ÖZEL Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Journal of Yaşar University, Cilt 8 Özel Sayı, 2013, s. 713-714; BİLGE, Necip: "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatrasına Armağan, Ankara 1958, s. 39; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, ceza koşulunun konusunun yalnızca bir edimden ibaret olmadığı ve hatta edimden başka – örneğin, bir hakkın kazanılamaması şeklinde kendi yararına olan bir hukuki durumun elde edilemeyecek olmasının kabulü şeklinde de olabileceği ifade edilmiştir (ATF 135 III 433). Aynı doğrultuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 1578; KOCAAĞA, s. 96.

82 FISCHER, s. 58; BERGER, RIW 1999, s. 407.

83 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 3; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; ENGEL, s. 863; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1368; EREN, s. 1210; TUNÇOMAĞ, s. 15; CANSEL/ÖZEL, s. 718; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 342 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1580 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 6, s. 377; NOMER, N. 237; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 988; KOCAAĞA, s. 91; BİLGE, s. 67; ÖKTEM ÇEVİK, s. 100; CANSEL/ÖZEL, s. 715 ve 721; AKSOY, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 1007; Y. HGK. T. 20.05.1964, E. 3/751 – K. 383; Y. HGK., T. 15.02.1989, E. 1985/11, K. 1989/85; Y. 15. HD., T. 01.02.1994, E. 1993/3321 – K. 1994/486. Borçlunun kusurlu olması hâlinde ceza koşulunun söz konusu olacağı yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359-360; KILIÇOĞLU, s. 1000; NOMER, N. 237.1; KOCAAĞA, s. 234; ÖKTEM ÇEVİK, s. 107. Kusuru aranmaması yönünde bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1388; CANSEL/ÖZEL, s. 726; SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s. 353; AKSOY, s. 1011.

84 MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 9, s. 378. Zira ceza koşulu geciktirici (erteleyici) koşula bağlı bir edim borcudur (OSTENDORE, JuS 2015, s. 978; FISCHER, s. 56; DERLIN, Thomas: "Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle" MDR 2009, s. 597; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1367; EREN, s. 1211; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1565; NOMER, N. 235.1; KILIÇOĞLU, s. 992. Öğretide bu koşulun bir "bozucu koşul" olduğunu ileri süren görüş için bkz. CANSEL/ÖZEL, s. 716.

85 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 4; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1369; EREN, Borçlar Genel, s. 1211; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 7, s. 378; KOCAAĞA, s. 92; ÖKTEM ÇEVİK, s. 100; CANSEL/ÖZEL, s. 721 vd.

86 BÖTTICHER, Eduard: "Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle", ZfA 1970, s. 36; VON TUHR/ESCHER, s. 103 (Naklen TOLOU, N. 55).

karıştırılması da muhtemeldir. Bu doğrultuda öncelikle belirtmek gerekir ki ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminat, zararın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır<sup>87</sup>. Ceza koşulu ise borca aykırı davranışın gerçekleşmesi hâlinde, zararın varlığından bağımsız olarak talep edilir<sup>88</sup>. Ancak alacaklı kararlaştırılan ceza koşulunu aşan zararını ispat etmek suretiyle bu zararının tazminini talep edebilir (TBK m. 180/f.2). Ne var ki, mutlak götürü tazminat anlaşmasında yahut azami götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılan tazminat miktarını aşan zararın ispatlanması hâlinde dahi bu zararın tazmininin istenemeyeceği kabul edilmektedir<sup>89</sup>.

Ayrıca götürü tazminat anlaşması ve ceza koşulu farklı amaçlara hizmet etmektedir. Götürü tazminatın temel amacı, borçlu tarafından verilen zararın giderilmesidir<sup>90</sup>. Taraflarca kararlaştırılan mutlak yahut asgari tazminat miktarı ise zarara ilişkin önceden yapılan bir tahmindir<sup>91</sup>. Böylece götürü tazminat anlaşması, gerek tazminat miktarını önceden belirlemek suretiyle taraflar arasındaki tazminat miktarına ilişkin ihtilafı barışçıl yollarla çözmekte gerekse tazminat alacaklısını tazminat miktarını ispat yükünden kurtarmak suretiyle tazminata kavuşmasını kolaylaştırmaktadır<sup>92</sup>. Ne var ki, ceza koşulunun öncelikli amacı borçluya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi yönünde baskı yapmak suretiyle borçluyu ifaya zorlamaktır<sup>93</sup>. Ceza koşulunun bir diğer amacı ise borçlunun borca aykırı davranışını doğrudan önleme işlevi sayesinde alacağı kuvvetlendirmesidir<sup>94</sup>.

Öğretide genellikle ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatın borçluyu edimini ifaya yönelterek, baskı oluşturma işlevinin bulunmadığı ileri sürülmüştür<sup>95</sup>. Zira götürü tazminatın temel

87 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1039; TOLOU, N. 55; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 11, s. 379; ERDEM, s. 107; BİRİNCİ-UZUN, s. 148; KAPANCI, s. 660; KOCAAĞA, s. 50. Öğretide bir görüşe götürü tazminat alacaklısının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek olmadığı görüşündedir (SARI, Suat: "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 302; TUNÇOMAĞ, s. 861; ATAMER, s. 115-116).

88 FISCHER, s. 56 vd.; MOOSER, CR-CO, Art. 161, N. 2; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 161, N. 4; TOLOU, N. 171; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1254; KOCAAĞA, s. 174-175; BİRİNCİ-UZUN, s. 148. 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (2020 Tasarısı) m. 218 hükmünde ceza koşulu düzenlenmiştir. 2020 Tasarısı m. 219'da ise alacaklının zararı olmasa dahi ceza koşulunu talep edebileceği hüküm altına alınmıştır.

89 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99.

90 TOLOU, N. 55.

91 TOLOU, N. 55.

92 BGH NJW 1975, s. 163; BGH NJW 1979, s. 212; BGH NJW 1981, s. 1509; BGH NJW 1993, s. 1786; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 6; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150; YILDIRIM, s. 37.

93 BGH NJW 1961, s. 115; BGH NJW 1983, s. 385; BGH NJW 1968, s. 149; BGH NJW 1975, s. 163; BGH 1993, s. 1786; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 6; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 2; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 146; TOLOU, N. 195; KOCAAĞA, s. 33; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1370; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1564; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342; CANSEL/ÖZEL, s. 715; ÖKTEM ÇEVİK, s. 97; AKKAYAN-YILDIRIM, s. 357-414.

94 MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 2; TOLOU, N. 195; EREN, s. 1210; CANSEL/ÖZEL, s. 715; ÖKTEM ÇEVİK, s. 98; YILDIRIM, s. 37.

95 BGH NJW 1992, s. 2625; TF 4C.241/2005; ATF 109 II 462; OSTENDORF, JuS 2015, s. 978; NODOUSHANI, Manuel: Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz. Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, s. 63 vd; BIRKENFELD-PFEIFFER, s. 159; DERLIN, MDR 2009, s. 597; ERHAT, Felix R./WIDMER, Markus: Basler Kommentar zum Schweizerischen

amacı, tazminat alacaklısının uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Nitekim Federal Alman Yüksek Mahkemesi de götürü tazminatla ceza koşulu arasında en büyük farkın bu olduğunu vurgulamıştır<sup>96</sup>.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi 1972 yılındaki kararlarından itibaren götürü tazminat ile cezai koşulun farklı kurumlar olduğunu belirtmektedir<sup>97</sup>. Alman hukukunda borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu ile götürü tazminat arasında bir ayırım yapılmasının çoğu zaman zor olduğu, bu nedenle her olayın özelliği ve bu iki kurumun amacının dikkate alınarak detaylı bir inceleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Örneğin, inşaat sözleşmesinde yer alan “*inşaatın belirlenen tarihte tamamlanamaması hâlinde yüklenici gecikilen her ay için kira bedeli olarak 15.000-TL ödemeyi kabul eder. Gün başına düşen miktar, aylık 30 gün üzerinden orantısız olarak hesaplanır*”<sup>99</sup> şeklindeki bir hükmün somut olay dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle taraf iradelerinin muhtemel zarara ilişkin bir tahmine mi yoksa ceza koşuluna mı yöneldiği araştırılmalıdır<sup>100</sup>. İnşaatın süresi, sözleşmesinin kurulduğu sırada inşaatın bulunduğu bölgede inşaat tamamlanana kadar beklenen muhtemel kira getirisi de göz önüne alınarak, bu sözleşme hükmünün hayatın olağan akışına uygun bir zarar tahmini mi yoksa ceza koşulu mu olduğu tespit edilmelidir<sup>101</sup>.

Yargıtay kimi zaman verdiği kararlarda cezai şart ile götürü tazminat kurumları arasındaki farkı silikleştirmekte ve adeta iki kurumun aynı olduğunu düşünmektedir<sup>102</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1986 tarihli bir kararına göre “*tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının (borçlunun) yüklediği bu edimin “cezai şart” olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının (alacaklının) ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilmektedir*”<sup>103</sup>.

Kanaatimizce ceza koşulu ile mutlak yahut asgari götürü tazminatın ayırt edilmesi, sözleşmenin yorumu ile ilgilidir<sup>104</sup>. He ne kadar sözleşme kurulurken tarafların yaptığı muhtemel zarar tahminin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta artık ceza koşulunun söz konusu olduğu kabul edilebilirse de güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olduğu

Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Hrgs: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Art. 160, N.12; COUCHEPIN, s. 15; TOLOU, N. 104; ATAMER, s. 110.

96 BGH NJW 1992, s. 2625.

97 BGH NJW 1972, s. 32 vd.

98 OSTENDORF, JuS 2015, s. 978.

99 Örnek ATAMER, s. 88’den alınmıştır.

100 KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 154.

101 Ayrıntılı bir inceleme için bkz. ATAMER, s. 88-90

102 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416; Y.HGK., 17.02.1971, K. 1505-85; Y.14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031. Bkz. ayrıca KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 155, dn. 27.

103 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416. “Hukuk Genel Kurulunun 17.02.1971 tarih ve 1505-85 sayılı kararında belirtildiği üzere cezai şart “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir”. Değişik bir ifadeyle Hukuk Genel Kurulu cezai şartın götürü tazminat mahiyetinde olduğunu kabul etmiştir.” (Y. 14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031).

104 Aynı yönde bkz. ATAMER, s. 130.



da tespit edilebilmelidir<sup>105</sup>. Zira ceza koşulu, borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulu, zararı tazmin amacı taşımamakta ve fakat borçluyu ifaya yönlendirmek amacıyla bir baskı işlevi görmektedir. O nedenle taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her hâlde ceza koşulu kararlaştırılmıştır şeklinde bir tespit isabetli olmayabilir. Şayet taraflar iradeleri zararın tazmin edilmesi yönünde ise o takdirde götürü tazminatın kararlaştırılmış olduğu kabul edilmelidir.

## 2. Hâkimin Ceza Koşulunu İndirmesi

Ceza koşulunda hâkimin indirimine gidebilmesi için, geçerli bir ceza koşulunun bulunması gerekir. Asıl borcun hükümsüz olması nedeniyle ceza koşulu da hükümsüz olabileceği gibi; asıl borç hüküm ve sonuç doğurmasına rağmen ceza koşulunun kanuna, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olması gibi nedenlerle hükümsüz olması da mümkündür<sup>106</sup>. Bu hallerde ceza koşulu zaten hükümsüz olacağı için ceza koşulunun indirilmesinden de bahsedilmeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 hükmü uyarınca hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme yetkisine sahiptir. Hükmün dayanağını, TMK m. 2/f.2 kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması yasağı teşkil eder<sup>107</sup>. Borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğu şeklindeki iddiası karşısında hâkim re'sen harekete geçer<sup>108</sup>. TBK m. 182/f.3 hükmü, sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir<sup>109</sup>. O nedenle hâkim, kararlaştırılan ceza koşulunun makul bir yaptırım olması ve hakkaniyete aykırı olmaması karşısında, ceza koşuluna müdahale etmekten kaçınmalıdır<sup>110</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 uyarınca gerek ceza koşulunun aşırı olup olmadığı gerekse ceza koşulundan yapılacak indirimin kapsamı hâkim tarafından takdir edilmelidir<sup>111</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre kararlaştırılan ceza koşulu ile sözleşmeden doğan borcun ihlal edildiği anda somut olarak tespit edilen alacaklının talebinin tamamını korumaya yönelik menfaati arasında aşırı orantısızlık olması hâlinde ceza koşulu indirilmelidir<sup>112</sup>.

Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmünde de hâkimin aşırı olan ceza koşulunu indirebileceği belirtilmektedir<sup>113</sup>. Alman hukukunda, İsviçre ve Türk hukukunun aksine, hakkın kötüye

105 Hâkimin sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerini yorumlaması yönünde bkz. ATAMER, s. 130.

106 GOTTWALD, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Hrsg: Franz Jürgen SÄCKER/ Roland RIXECKER/ Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG) Verlag, C.H. Beck, München 2018, MüKoBGB § 343 N. 8.

107 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10a.

108 TOLOU, N. 1171.

109 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 770-778; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 341.

110 Y.HGK, 24. 12. 2014, E. 2014/22-624, K. 2014/1077; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 840; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 341.

111 BERGER, RIW 1999, s. 407; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 822; TOLOU, N. 1172; KILIÇOĞLU, s. 1003; KOCAAĞA, s. 339 ve 343.

112 TF, 4A 268/2016; ATF 133 III 201; ATF 133 III 42 (JdT 2007 I 226); Y.6.HD., 12. 09. 2013, E. 2013/679, K. 2013/12298.

113 HESS, Claus: Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin,

kullanılmasını düzenleyen açık bir hüküm olmadığı için § 343 hükmünün kaynağını dürüstlük kuralı olan § 242 hükmünün teşkil ettiği ileri sürülmektedir<sup>114</sup>. Al.MK § 343 hükmünün emredici olduğu bu nedenle, taraflar arasında ceza koşulunun indirilmeyeceğine ilişkin yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu savunulmaktadır<sup>115</sup>. Başka bir ifadeyle taraflar henüz ceza koşulunun doğmadığı bir anda Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bir anlaşma yapamazlar<sup>116</sup>.

İsviçre hukuku ve Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda hâkimin ceza koşulunu indirebilmesi için bu hususta borçlunun talebi olması gerekmekte olup ceza koşulunun aşırılığı hâkim tarafından re'sen nazara alınmaz<sup>117</sup>. Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca mahkemeden her ceza koşulu değil, aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi talep edilecektir. Bu hüküm uyarınca ceza koşulunun aşırı olup olmadığı değerlendirilmesinde alacaklının, yalnızca mali menfaatleri ile sınırlı olmaksızın, her türlü meşru menfaati dikkate alınmaktadır<sup>118</sup>. Ceza koşulunun yaptırım karakteri dikkate alınarak söz konusu sözleşmeye aykırılığın ağırlığı, alacaklıya vereceği zarar, tehlike, sözleşme taraflarının ekonomik durumu, borçlunun kusurunun derecesi, gerçekte doğmuş olan zarar gibi pek çok husus dikkate alınmaktadır. Kanımızca, söz konusu madde metninde açıkça alacaklının her türlü menfaatinin dikkate alınacağını belirtilmesi son derece isabetlidir. Bu hükmün bir benzeri İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Buna karşılık gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerekse Yargıtay'ın Alman Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmünden de etkilenecek, ceza koşulunun indirilmesi bakımından alacaklının menfaatlerinin tümünün hesaba katılması gerektiği yönünde kararları mevcuttur<sup>119</sup>. Bu doğrultuda hâkimin, borcun ihlalinin ağırlığını; kusurun ağırlığını,

1993, s. 143; SCHMEEL, Günster: "Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe, Möglichkeiten der Herabsetzung oder "Payment unlimited"?" MDR 2017, s. 1034; NODOUSHANI, s. 151 vd.

114 JANOSCHEK, Christian: BeckOK BGB (Hrgs: Heiny Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH/Wolfgang HAU/ Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019, § 343 N. 1, 5.

115 BGH NJW-RR 1991, s. 569; GOTTWALD, , § 343 N. 2, 8; JANOSCHEK, BeckOK BGB § 343 N. 2.

116 Bu hüküm kapsamında taraflarca sadece para olarak kararlaştırılmış olan ceza koşulunun değil; aynı zamanda yapma tarzındaki ceza koşulunun da hâkim tarafından indirileceği ileri sürülmüştür (GOTTWALD, MüKoBGB § 343 N. 6).

117 JANOSCHEK, BeckOK BGB § 343 N. 7; BGH NJW-RR 1993, s. 464.

118 SCHMEEL, MDR 2017, s. 1034; GOTTWALD, MüKoBGB § 343 N.1, 8; BEUTHIN, Volker: "Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe", in FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 502 vd.

119 BGE 114 II 264. Bu kararında mahkeme her ne kadar sözleşme serbestisi ve sözleşmeye bağlılığın esas olduğunu belirtse de hâkimin somut olayın özelliğini dikkate alarak sözleşmelerde hakkaniyetin sağlanması için bu hukuki işlemlere müdahale edebileceği ve ceza koşulunun indirilebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ceza koşulu indirilirken sözleşmenin şekli ve süresi (BGE 38 II 102), kusurun ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı (BGE 103 II 135, BGE 91 II 383), tarafların ceza koşulunu kararlaştırmadıkları menfaatleri (BGE 103 II 135) ve ekonomik durumları dikkate alınmalıdır (BGE 95 II 539). Y.6.HD., 12. 09. 2013, E. 2013/679, K. 2013/12298. Yargıtay' a göre cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi hâlinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Benzer yönde Y.HGK.16.04.1986 E. 1984/13730, K. 1986/416; Y.13. HD., 06.06.2018, E. 2016/2319, K. 2018/6679; FISCHER, s. 60; KOCAAĞA, s. 345.

alacaklının ceza koşulunu muhafaza etmekteki menfaati ile tarafların ve özellikle borçlunun ekonomik durumunu dikkate alması gerekir<sup>120</sup>.

Alacaklının menfaatinin incelenmesi bakımından, ceza koşulu ile alacaklının uğradığı zarar arasındaki bağlantının değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği hususu İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında farklılık göstermektedir<sup>121</sup>. Öğretide bir görüşe göre, gerçekte meydana gelen zararın yahut azami soyut zararın, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmez; ancak alacaklının maruz kaldığı somut zarar tehlikesi dikkate alınmalıdır<sup>122</sup>. Bu kapsamda özellikle muhtemel zararın da hesaba katılması gerekir<sup>123</sup>. Hâkim, borca aykırılığın gerçekleştiği anda alacaklının ceza koşuluna konu edimin bütününe muhafaza etmeye yönelik menfaati ile somut olayın koşullarını birlikte değerlendirmelidir<sup>124</sup>. Zira aslında aşırı olmayan bir ceza koşulu, kararlaştırıldığı yahut uygulandığı koşullar dikkate alındığında “aşırı” olarak nitelendirilebilir<sup>125</sup>.

### **3. Götürü Tazminatın İndirilmesi Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Kıyasen Uygulanmasına İlişkin Tartışmalar**

Taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatın indirilmesi bakımından TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3; Alman Medeni Kanunu'nun § 343) hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı konusu gerek uygulamada gerekse öğretide tartışmalara neden olmuştur.

#### **a) Uygulamadaki Yaklaşımlar**

İsviçre Federal Mahkemesi, taraflarca mutlak götürü tazminat anlaşması yapılmış olan bir uyuşmazlıkta İsv.BK m. 163/f. 3 hükmündekine benzer bir yöntemle, götürü tazminatın indirilmesi yönünde karar vermiştir<sup>126</sup>. Taraflar arasında on yıl süre için akdedilen gayrimenkul yönetimi sözleşmesinin 5. maddesinde “31 Aralık 1963 tarihinden önce Dunand Gayrimenkul Acentesi'nin yönetimine son verildiği takdirde dosya yeniden değerlendirilerek, 31 Aralık 1963 tarihine kadar yıllara göre artırılmak suretiyle yenilenen binaların tamamının kiralanmış olması hâlinde doğan komisyon miktarına karşılık olmak üzere tazminat ödenmesi” kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin bu hükmü uyarınca, söz konusu tarihten önce gayrimenkul yönetimi işine son

120 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 16; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 8; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 862; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 342.

121 Meydana gelen zararın, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirmek bakımından dikkate alınmasına gerek olmadığı yönünde bkz. ATF 39 II 685 (JdT 1915 I 38). Buna karşılık, ceza koşulunun zararın varlığının ispatına bağlı olmadığı; ne var ki, gerçekte meydana gelen zararın taraf menfaatleri bakımından değerlendirilerek, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti için değerlendirilmesi yönünde bkz. ATF 103 II 129 (JdT 1978 I 150).

122 TOLOU, N. 1174.

123 KOCAAĞA, s. 346.

124 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 15 ve 17; TOLOU, N. 1175.

125 KOCAAĞA, s. 343.

126 ATF 83 II 525.

verilmesi nedeniyle zarar gören taraf 8.909-İsviçre frangı tazminat talep etmiştir. Kanton mahkemesi, sözleşmenin anılan hükmünü ceza koşulu olarak nitelendirmiş ve İsv.BK m. 404 hükmüne aykırı olduğundan tazminat talebini reddetmiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi gayrimenkul yönetim sözleşmesini *sui generis* bir iş görme sözleşmesi olarak kabul etmiş bunun yanı sıra sözleşmenin 5. maddesindeki hükmü, kâr mahrumiyetine karşılık bir tazminat anlaşması olarak nitelendirmiştir. Ne var ki, taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarını 6.000-İsviçre frangına indirmiştir. Bu indirim yapılırken, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle tazminat talebinde bulunan alacaklının, zamanını diğer işlerine ayırabilme imkânının dikkate alındığı ifade edilmiştir. Son olarak mahkeme, söz konusu hükmü ceza koşulu olarak nitelendirmek suretiyle İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulamaktan farklı bir sonuca ulaşmadığını belirtmiştir<sup>127</sup>. Esasen İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında gerçekte meydana gelen zararı dikkate alarak, götürü tazminat miktarında indirim yapmıştır. Ancak ceza koşulunun indirilmesi ile götürü tazminatın indirilmesi arasında fark olmadığını belirtmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında ise kıyasen İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulamak suretiyle götürü tazminat miktarının indirilmesi yönünde hüküm kurmuştur<sup>128</sup>. Ebeveynlerinin özel bir okulla çocuklarının eğitimi için akdettiği sözleşmede, sözleşmenin 15 Nisan'dan sonra feshedilmesi hâlinde birinci yarıyla ait okul ücretinin tamamının ödeneceği şeklinde hüküm bulunmaktadır. Ebeveynler ise sözleşmeyi haziran ayında feshetmişlerdir. Özel okulun birinci yarıyı okul ücretini talep etmesi üzerine uyuşmazlık Kanton Mahkemesi'ne taşınmış ve Kanton Mahkemesi, genel işlem koşulları kapsamında düzenlenen sözleşme hükmünü İsv.BK m. 404 hükmüne aykırı görmemiş ve ebeveynlerin okula birinci yarıyı okul ücretine karşılık gelen 5.500-İsviçre frangını ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatın indirilmesinin İsv.BK m.163/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle mümkün olduğu yönünde karar vermiştir. Mahkemeye göre gerek ceza koşulu gerekse götürü tazminat miktarı aşırı olduğu takdirde hâkim tarafından indirilmelidir<sup>129</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararlarına karşın Federal Alman Yüksek Mahkemesi 1972 yılında vermiş olduğu kararında götürü tazminatın ve aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmünün kıyasen uygulanmayacağına karar vermiştir<sup>130</sup>. Bu uyuşmazlıkta taraflar bir araç alımı hususunda anlaşmıştır. Sözleşmenin. IV. 2. genel işlem şartları başlığı taşıyan kısmında; alıcının aracı almaması, aracının gönderilmesine ilişkin sözleşmede belirlenen hükümleri gereği gibi yerine getirmemesi, satım bedelini zamanında ödememesi ve gerekli güvenlik tedbirlerini almaması ve durumunun 8 günden fazla sürmesi

127 ATF 83 II 525. Öğretide bir görüş İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararda İsv.BK m. 163/f.3 hükmünün hâkimin götürü tazminatı indirmesi bakımından uygulamasını reddettiğini ileri sürmektedir (COUCHEPIN, s. 24). Buna karşılık, bir başka görüş mahkemenin esasen İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulaysaydı dahi aynı sonucu elde edeceğini belirtmesi suretiyle İsv.BK m. 163/f.3 hükmündeki inceleme yönteminin benzeri ile tazminat miktarını indirdiğini kabul etmektedir (TOLOU, N. 1183).

128 TF 4A\_601/2015.

129 TF 4A\_601/2015.

130 BGH NJW 1972, s. 32 vd.

hâlinde satıcının hiçbir ek süre tanımadan sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlarını isteyebileceği ya da sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. Satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, satım bedelinin %20'sini tazminat olarak talep edeceği kararlaştırılmıştır. Alıcının aracı almaması üzerine, taraflar arasında soyut olarak belirlenmiş tazminat miktarının geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık Federal Alman Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, satıcının sözleşmeden dönmesi hâlinde zararının meydana geldiğini ispat etmeksizin satım bedelinin %20'sinin tazminat olarak kararlaştırılmasının götürü tazminat olduğuna karar vermiştir. Bu götürü tazminatın da sözleşmede genel işlem şartları şeklinde bir madde içerisinde düzenlenmesine dikkat çekmiştir. Mahkeme bu kararda söz konusu düzenlemenin ceza koşulu olması hâlinde Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca indirilebileceğini ancak bunun götürü bir tazminat olması hâlinde Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan genel normlar aracılığıyla yani ahlaka aykırılık (§ 138), dürüstlük kuralı (§ 242) gibi hükümler uyarınca indirilebileceğini tespit etmiştir<sup>131</sup>. Mahkeme, bu kararında, götürü tazminatla ceza koşulunun işlevlerinin birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, ceza koşulunun birincil amacı taraflar üzerinde baskı kurarak sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaktır. Uyuşmazlıkta satıcının zararı ispat etmeden satım bedelinin %20'sini talep edebilmesinin satıcıya ispat kolaylığı sağladığını, birincil amacının tarafların sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası olmadığını açıklamıştır<sup>132</sup>. Mahkeme aşırı olarak belirlenen götürü tazminatın Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca indirilmeyecek olmasının tarafların diledikleri şekilde götürü tazminat miktarını kararlaştıracağı şeklinde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkemeye göre sözleşme adaletinin sağlanması için götürü tazminat miktarına müdahale edilmesi mümkündür ve bu müdahaleyi haklı kılan gerekçeler zaten tazminat kavramının içeriğinde saklıdır. Tazminata hükmedilmesi için tarafların sözleşmeyi ifa etmemesi önemlidir; ancak tek başına yeterli değildir. Zira zarar meydana gelmemişse, tazminata hükmedilmeyecektir. Ayrıca tazminatın bir zenginleşme aracı olmaması gerektiği ilkesi de son derece önemli olup taraflarca belirlenen tazminat miktarına hâkimin müdahale edebileceği sonucuna varılmıştır<sup>133</sup>.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, eser sözleşmesinin taraflarının eserin tamamlanamaması nedeniyle gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden kararlaştırabileceğini, bu yoldaki anlaşmanın geçerli olduğunu ve tarafları bağladığını, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılmasının doğru olmadığını vurgulamıştır<sup>134</sup>. Yargıtay'a göre, 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eTBK) 161/3 (TBK m. 182/f.3) hükmü ile kira tazminatının değil, ceza niteliği bulunan tazminatların tenkisi amaçlanmaktadır. Taraflar arasında kararlaştırılan tazminat, ceza niteliğinde olmayıp gecikme tazminatı olduğuna göre eTBK 161/son (TBK m. 182/f.3) maddesine göre tenkisi mümkün değildir<sup>135</sup>. Yargıtay da Federal Alman Yüksek Mahkemesi gibi götürü tazminat gerçekte meydana gelen zarardan fazla ise, koşulların gerçekleşmesi hâlinde

131 Doktrinde de benzer görüş için bkz. BERGER, RIW 1999, s. 404.

132 BGH NJW 1972, s. 32.

133 BGH NJW 1972, s. 32

134 Y. 15.HD., T. 13.6.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856.

135 Y.23. HD., T. 25.6.2015, E. 2014/4117, K. 2015/4877.

(yüklenicinin ekonomik yıkımını mucip olacak derecede ağır ve haksız olması) eBK m.19 ve 20 hükümleri gereğince ahlak ve adaba aykırılık veya 743 sayılı Medeni Kanun m. 2 (TMK m. 2) hükmü gereğince dürüstlük kuralı uyarınca müdahale edilebileceğini kabul etmiştir<sup>136</sup>. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında ceza koşulu ve götürü tazminat arasında bir ayrım yapmadığı ve TBK m. 182/f.3 hükmünü doğrudan uygulamak suretiyle götürü tazminatın indirilmesinin mümkün olup olmadığını tartıştığına rastlamak mümkündür<sup>137</sup>.

### **b) Öğretideki Yaklaşımlar**

Öğretideki görüşler incelendiğinde, Türk hukukunda ceza koşulunun, götürü tazminatın bir türü olduğu<sup>138</sup> ve götürü tazminatın indirilmesi bakımından TBK m. 182/f.3 hükmünün doğrudan uygulanabileceğinin ileri sürülmüş olduğu görülmektedir<sup>139</sup>. İsviçre hukuku ve Türk hukuku öğretisinde bir başka görüş, TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m.163/f.3) hükmünün götürü tazminatın indirilmesi bakımından kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>140</sup>. Bu doğrultuda TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmünün kendisini zayıf bir konumda bulan borçluyu korumaya yönelik olduğu; ceza koşulunda olduğu gibi götürü tazminatta da sözleşmeden doğan borcun ihlalinden önce taraflarca tazminat miktarının belirlendiği; söz konusu tahminin zarara yaklaşmasının gerekli olduğu ve dolayısıyla borca aykırılığın gerçekleşmesi üzerine tazminatın orantısızlığına ilişkin riskin mevcut olduğu; sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun borcu ihlal etmeyeceği düşüncesiyle götürü tazminat anlaşmasını ciddiye almamış olabileceği gerekçeleri ileri sürülmektedir<sup>141</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü emredici nitelikte olduğundan isimsiz bir sözleşme olan götürü tazminat anlaşması bakımından uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, emredici nitelikteki hükümlerin doğrudan isimsiz sözleşmelere uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir<sup>142</sup>. İsimsiz sözleşmenin taraflarının emredici hukuk kuralının sağladığı korumanın ayınına ihtiyaç duyması hâlinde emredici hukuk kuralının kıyasen isimsiz sözleşmeye uygulanmasının mümkün olduğu öğretide ileri sürülmektedir<sup>143</sup>. Bu doğrultuda TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü kapsamında

136 Y. 15.HD., T. 13.6.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856.

137 Y.HGK., 9.10.1991, E. 1991/15-340, K. 1991/467.

138 TUNÇOMAĞ, s. 29-30. Fransız, Belçika, Hollanda ve İtalyan hukuk düzenlerinde ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasında ayrım gözetilmemektedir (ATAMER, s. 93).

139 SANLI, s. 339.

140 BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Neubearbeitete Auflage, Zürich 1988, s. 527 dn. 23; GAUCH, Peter/SCHLUEP Walter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2 Bände, 6. Auflage, Zürich 1995, N. 3974; BERGER, RIW 1999, s. 407; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; GAUCH, N. 711; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 4; SARI, s. 303; CANSEL/ÖZEL, s. 716.

141 BUCHER, s. 527 dn. 23; GAUCH/SCHLUEP, 3974; BERGER, RIW 1999, s. 407; GAUCH, N. 711; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 4; SARI, s. 303; CANSEL/ÖZEL, s. 716.

142 TF, 4A\_404/2008.

143 AMSTUTZ Marc/MORIN Ariane, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Vorbem. zu Art. 184, N. 32; THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des

sağlanan korumanın, mutlak götürü tazminat anlaşması yahut asgari götürü tazminat anlaşmasının tarafı olan borçlunun ihtiyaç duyduğu korumayı sağlaması hâlinde kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir<sup>144</sup>.

Alman hukukunda da bir görüş, götürü tazminatının genel olarak o iş çevresinde meydana gelen zararlardan daha fazla olmaması (tipik zarar olması) gerektiği fikrini eleştirmiştir<sup>145</sup>. Ayrıca tazminatın zenginleşme aracı olmadığına ilişkin kuralın da çok katı bir şekilde uygulanmayacağı savunulmuştur. Dolayısıyla bu görüş taraftarları, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemelerin aslında götürü tazminata neden uygulanmayacağı hususunun tam olarak açıklanmadığını ve bu normların götürü tazminatta da uygulama alanı bulacağını ileri sürmüş olup bu doğrultuda götürü tazminatla ceza koşulu arasında net bir ayırım yapmanın ceza koşulunun baskı amacının tazminattan farklı olarak daha ön planda olduğunun her zaman kabul edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>146</sup>. Alman hukukunda kanun koyucunun tam olarak doktrindeki fikirleri dikkate almadığı ve kanun koyucunun iki kurum arasındaki farklılıkları net olarak ortaya koymadığı savunulmuştur<sup>147</sup>. Bu nedenle kanun koyucunun tam olarak bir açıklama getirmeksizin kanunda götürü tazminatın indirilmesinde § 343. hükmünün uygulanmayacağını kabul etmesi ve kanun koyucunun Federal Alman Mahkemesi kararını dikkate alması son derece eleştirilmiştir<sup>148</sup>. Kanun maddeleri kaleme alınırken, gerekçeler ve görüşmelerden tam olarak götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farka değinilmemesi de isabetli bulunmamıştır<sup>149</sup>. Götürü tazminata ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanmaması durumunda hâkimin hakkaniyetle uyuşmayan götürü tazminata nasıl müdahale edeceği ve bu gibi düzenlemelerin hukuki sonucunun ne olacağının belirsiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>150</sup>.

Buna karşılık gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse de Alman hukukunda ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen hükümlerin götürü tazminatın indirilmesine kıyasen uygulanmayacağını savunanlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m.163/f.3) hükmü kıyasen götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanamaz<sup>151</sup>. Bu görüş taraftarlarınca, öncelikle ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatın, borçluya borcunu ifa etmesi yönünde baskı yapma amacının olmadığı; ancak zararı tazmin etme (telafi etme) amacı olduğunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>152</sup>. O nedenle ceza koşulu kararlaştırılması hâlinde borçlunun

Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Intro Art. 184-529, CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012, N. 52; TOLOU, N. 1236.

144 TOLOU, N. 1237.

145 FISCHER D, s. 91.

146 FISCHER D, s. 91.

147 FISCHER D, s. 31 vd.

148 FISCHER D, s. 93.

149 HESS, s. 93.

150 FISCHER D, s. 173 vd. özellikle s. 182.

151 COUCHEPIN, s. 24; ERDEM, Clause pénale, s. 49; ERDEM, s. 122; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1254; KOCAAĞA, s. 186; KAPANCI, s. 675; ATAMER, s. 120.

152 BEUTHIEN, s. 495 vd.; LARENZ, s. 383 vd.; COUCHEPIN, s. 24; YILDIRIM, s. 37.

korunması ihtiyacı söz konusu iken, götürü tazminat bakımından böyle bir ihtiyacın bulunmadığı ileri sürülmüştür<sup>153</sup>. Bu doğrultuda tazminatın götürü şekilde belirlenmesi suretiyle taraflarca borca aykırılık hâlinde doğması muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapılması nedeniyle, götürü tazminat anlaşmasının her iki tarafın da menfaatini korumaya yönelik olduğu savunulmuştur<sup>154</sup>. Dolayısıyla TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmünün götürü tazminat bakımından kıyasen uygulanmasının, götürü tazminat ile ceza koşulunu aynı kefeye koymakla sonuçlanacağı ifade edilmiştir<sup>155</sup>. Ayrıca TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil ettiğinden, ceza koşulundan farklı işleve sahip olan götürü tazminat bakımından kanuni bir dayanak olmaksızın, bu hükmün uygulama alanının genişletilmemesi gerektiği de savunulmuştur<sup>156</sup>.

Ceza koşulunun zararın varlığından bağımsız olduğu o nedenle, tarafların herhangi bir objektif değerlendirmeye ihtiyaç duymaksızın keyfi biçimde ceza koşulunu serbestçe kararlaştırabileceği kabul edilmekte ve bu keyfiyet nedeniyle borçlunun ceza koşulunun orantısız olması hâlinde karşılaşacağı risk TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü ile dengelenmektedir<sup>157</sup>. Ne var ki, götürü tazminat anlaşması ile borcun ihlali hâlinde alacaklının muhtemel zararına ilişkin bir tahmin yapılmaktadır. O nedenle götürü tazminat miktarının söz konusu zarar tahminine yaklaşması gerekir.

Alman hukukunda ceza koşulunun tazminatın gerçekleşmesine ilişkin koşullara bağlı olmadığı ve ceza koşulunun tazminattan farklı bir amaca hizmet ettiği bu nedenle de sözleşmede yer alan bir koşulun ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu hususunda şüphe olması hâlinde götürü tazminatın kabul edilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir<sup>158</sup>. Alman kanun koyucusu, bazı maddelerde örneğin kiraya ilişkin düzenlemelerde ceza koşulunun kararlaştırılmasını yasaklamışken bazı maddelerde örneğin, Meslek Eğitim Kanunu'nda ceza koşulu ve götürü tazminatın § 5. hükmü uyarınca kararlaştırılmayacağını, Uzaktan Eğitim Kanunu'nun § 2. hükmünün 5. fıkrasının 1. cümlesinin 2. bendine göre taraflar arasında uzaktan eğitim sözleşmeleri için götürü tazminat miktarının belirlenemeyeceğini düzenlemiştir<sup>159</sup>. Ayrıca yine genel işlem koşullarının düzenlendiği maddelerde de kanun koyucunun hem ceza koşulu hem de götürü tazminat kavramına yer verdiği ve bu düzenlemelerden yola çıkılarak kanun koyucunun iki kurumun birbirinden farklı olduğunu kabul ettiği savunulmuştur<sup>160</sup>. Dolayısıyla hem ceza koşulunun hem de götürü tazminatın aynı amaca hizmet ettiği, birbirinden farklı olmadığı ve ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen götürü

153 BEUTHIEN, s. 495; LARENZ, s. 383; COUCHEPIN, s. 24; ATAMER, s. 114.

154 BİRİNCİ-UZUN, s. 101 vd.; KAPANCI, s. 677; PARLAK-BÖRÜ, s. 209-210; ATAMER, s. 112; KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 78.

155 COUCHEPIN, s. 24.

156 COUCHEPIN, s. 24; ERDEM, Clause pénale, s. 49.

157 TOLOU, N. 1238.

158 FISCHER D, s. 81; BEUTHIN, s. 511, 514; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; SCHMEEL, MDR 2017, s. 1035.

159 WEILER, BeckOGK BGB § 309 Nr. 5 N. 21 vd.

160 BERGER, RIW 1999, s. 405; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.



tazminata uygulanacağı görüşünün isabetli olmadığı belirtilmiştir<sup>161</sup>. Alman Medeni Kanunu § 343. hükmüyle hâkimin ceza koşulunu indirmesinin hukuk güvenliğini zedelediği ve böyle koşulların sonuçlarının nasıl olacağı, hâkimin bu ceza koşulunu nasıl indireceğinin sorun teşkil edebileceği ileri sürülmüştür<sup>162</sup>. Buna karşılık hâkimin genel işlem koşullarının denetlenmesi, götürü tazminata ilişkin hükümler ve genel normlarla götürü tazminata müdahalesinin hukuk güvenliğine daha fazla hizmet edeceği belirtilmiştir<sup>163</sup>. Zira karşılaştırılan tazminat miktarının hayatın olağan akışına uygun bir miktar olması ve yine taraflara özellikle de borçluya gerçekte meydana gelen zararın karşılaştırılan tazminat miktarından daha az olduğunu ya da hiç zararın meydana gelmediğini ispat etme imkânının tanınmasının son derece doğru olacağı belirtilmiştir<sup>164</sup>. Yine götürü tazminat için sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışın yeterli olmadığı ayrıca mutlaka zararın doğması şartı aranacağı ancak söz konusu bu şartın ceza koşulunda olmadığı ileri sürülmüştür<sup>165</sup>. Buna göre, tarafların karşılaştırmış oldukları götürü tazminat miktarının geçerli olabilmesi için, karşılaştırılan tazminatın tipik ya da gerçek zarara uygun olması gerekmektedir<sup>166</sup>. Alman hukukunda yargı kararlarında ve doktrinde, götürü tazminatın aşırı olması hâlinde genel hükümler aracılığıyla bu miktara hâkimin müdahale edebileceği, bu suretle götürü tazminatı indirebileceği savunulmaktadır<sup>167</sup>. Ayrıca Alman hukukunda, tazminatın bir tarafın zenginleşmesine imkân vermeyeceği ve bu nedenle tarafların zararın daha az ya da fazla olduğuna ilişkin ispat hakkının her zaman olduğu böylelikle aşırı olan götürü tazminatın indirilmesi için ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükme gerek olmadığı ileri sürülmüştür<sup>168</sup>. Bu suretle tazminat borçlusunun, ceza koşulunda olduğu gibi orantısızlık riski ile karşılaşmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir<sup>169</sup>. Sonuç olarak, aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenlenen AL.MK § 343 hükmü uyarınca sadece tarafların ekonomik menfaatlerinin dikkate alınmamasının bu maddenin son derece özel bir madde olduğunu göstermektedir<sup>170</sup>. Özel ve uygulama alanı son derece dar olan Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmü gibi normların kıyasen uygulamaya elverişli olmadığı da ileri sürülmüştür<sup>171</sup>.

Kanımızca cezai koşulun işlevi ile götürü tazminatın işlevi birbirinden farklıdır. Götürü tazminat kavramı zarardan ve kusurlu davranıştan bağımsız bir şekilde düşünülemez. Kural olarak borçlunun borca aykırı hareket etmesi hâlinde, alacaklının zararı doğmuşsa kusurlu hareket eden borçlu bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 112). Ne var ki, taraflar sözleşmede ceza koşulu karşılaştırmış ise, alacaklı zarara uğramasa dahi borca aykırı davranış gerçekleşmişse borçlu

161 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; BERGER, RIW 1999, s. 404.

162 BERGER, RIW 1999, s. 404.

163 BERGER, RIW 1999, s. 404.

164 FISCHER D, s. 99; BERGER, RIW 1999, s. 404.

165 BEUTHIN, s. 500.

166 BEUTHIN, s. 511, 514; BERGER, RIW 1999, s. 404.

167 BERGER, RIW 1999, s. 404 vd.

168 BEUTHIN, s. 504, 511 ve 514.

169 BEUTHIN, s. 511 vd.

170 FISCHER D, s. 77; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.

171 LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.

ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimi yerine getirmelidir. Mahkeme kararları ve doktrinde de belirtildiği gibi ceza koşulunun borçluyu edimini ifaya yönelterek, baskı oluşturma işlevi son derece önemlidir. Buna karşılık, götürü tazminatta öncelikli amaç zararın tazminidir. Sözleşme serbestisinin istisnasını teşkil eden, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemelerin özel hükümler olduğu ve dar yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda söz konusu hükümler, götürü tazminat miktarının indirilmesine kıyasen uygulanamaz. Götürü tazminat anlaşmasının taraflarının kim olduğundan bağımsız olarak değerlendirilmesi; zararın meydana gelmesi ve tazminatın zenginleşmeye hizmet etmemesi gibi temel prensipler götürü tazminat bakımından son derece önemlidir. Ancak bu prensipler, ceza koşulu bakımından uygulanmaz. Örneğin tacirler arasında kararlaştırılmış olan aşırı ceza koşulunun indirilip indirilmeyeceği tartışmalıyken, tacirler arasında kararlaştırılmış götürü tazminatta eğer zarar daha az meydana gelmişse bu husus ileri sürülebilir ve buna göre indirim yapılabilir. Bu nedenle cezai koşul için düzenlenmiş olan bir hükmün, işlevi ve amacı farklı olan götürü tazminat bakımından uygulanamayacağını ifade etmek gerekir.

### C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI MESELESİ

Daha önce de ifade edildiği üzere, götürü tazminat anlaşması ile taraflar, önceden borca aykırı davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin bir tahminde bulunurlar. Diğer bir deyişle, taraflar götürü tazminat anlaşmasını kurdukları esnada öngörebildikleri koşulları dikkate alarak borca aykırılığın sebep olacağı muhtemel zararı tahmin ederler<sup>172</sup>. Buna karşılık, söz konusu koşulların sözleşmenin kurulmasından sonra değişmesi mümkündür. Örneğin, gerçekte meydana gelen zarar, söz konusu değişen koşulların etkisiyle tarafların zarara ilişkin tahminini aşmış olabilir. Kural olarak ahde vefa ilkesi gereğince her bir taraf sözleşmenin kurulmasından sonraki değişikliklere ilişkin riske kendisi katlanmalıdır<sup>173</sup>. Ne var ki, sözleşmenin kurulmasından sonra taraflarca öngörülemeyen sebeplerle meydana gelen bazı değişikliklere rağmen borçlunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenemeyebilir. Bu hâlde hâkimin müdahalesi ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması söz konusu olabilir<sup>174</sup>. Götürü tazminatın uyarlamasından kasıt, sözleşme taraflarının yaptığı zarara ilişkin tahminin gerçekte meydana gelen zarara yaklaştırılmasıdır<sup>175</sup>. Dolayısıyla mutlak götürü tazminat ya da asgari götürü tazminat bakımından, kararlaştırılan tazminatın gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu hâlde, uyarlama söz konusu olursa tazminat miktarının indirilmesi gündeme gelir.

Gerek Türk gerekse de Alman hukukunda uzun yıllar sözleşmenin değişen koşullara uyarlamasının sözleşme adaleti için çok önemli olduğu doktrin ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan reformla § 313 hükmünde “işlem

172 TOLOU, N. 1243; BİRİNCİ-UZUN, s. 305.

173 WIEGAND, BSK-OR, Art.18, N. 97; WINIGER, CR-CO, Art. 18, N. 193; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1300; TOLOU, N: 1243; BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 1 vd.

174 COUCHEPIN, s. 26-27; TOLOU, N. 1242 vd. ile 1268 vd.; BİRİNCİ-UZUN, s. 309; KAPANCI, s. 668; PARLAK-BÖRÜ, s. 217; ATAMER, s. 128.

175 BİRİNCİ-UZUN, s. 309.

*temelinin bozulması*” başlığıyla Türk hukukunda ise 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu’nun 138. maddesinde “aşırı ifa güçlüğü” başlığıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusu düzenlenmiştir<sup>176</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, bazı sözleşme tipleri bakımından düzenlenmiş olmakla birlikte genel hüküm niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>177</sup>. Buna karşılık öğreti ve uygulamada sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilmektedir<sup>178</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmüne göre, “sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”. Alman Medeni Kanunu’nun § 313. hükmüne göre “Sözleşmenin temelini oluşturan hal ve şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra ağır bir şekilde değişmişse ve taraflar bu değişikliği önceden görselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da başka bir içerikle kuracaklar idiyse ve bu sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık taraflardan birinden somut olayın tüm özelliklerine ve bilhassa yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse işbu sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.(2) Sözleşmenin temeli durumuna gelen temel tasavvurların yanlış çıkması hali de hal ve durum değişikliği ile eşittir.(3) Eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan biri için katlanılmaz ise mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.”

Öncelikle Türk hukukundaki hüküm incelendiğinde, Alman hukukundan farklı<sup>179</sup> olarak, madde metninde sadece borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceğinin yer aldığı görülmektedir. Alman hukukunda ise sözleşme taraflarının sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kanun metninde açıkça düzenlenmiştir. Ne var ki, Türk hukukunda gerek öğretide gerekse de mahkeme kararlarında, TBK m. 138 hükmü kanunda yer almadan önce hem

176 Bu hususta detaylı açıklama için bkz. İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker § Humblot Berlin 2015, s. 1 vd. Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanunu’nda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

177 İsv.BK m. 373/f.2 hükmünde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması öngörülmüştür. Ayrıca 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı m. 19 hükmünde sözleşmenin uyarlanması şu şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşme taraflarından birinden borcunun ifasının beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, koşulların öngörülemeyen biçimde değişmesi hâlinde mahkeme, sözleşmeyi uyarlayabilir yahut sonlandırabilir”. Bu düzenleme ile değerlendirme için bkz. VOGT, Hans Ueli: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Herausgeber: Huguenin, Claire / Hilty, Reto M., Schulthess Juristische Medien AG 2013, N. 2 vd.; BAYSAL, s. 94-95.

178 Ayrıntılı inceleme için bkz. BAYSAL, s. 84-94.

179 Alman hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda detaylı bilgi için bkz. İNCE, s. 1 vd; İNCE, Nurten: “Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki” LHD C. 14 Sa. 165, 2016, s. 4854 vd [İfa İmkânsızlığı].

alacaklının hem de borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>180</sup>. Dolayısıyla kanaatimizce, her ne kadar madde metninde sadece borçlu denilse de alacaklının da sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmelidir<sup>181</sup>. Zira hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması hâlinde, tek tarafa borç yükleyen götürü tazminat anlaşmalarında alacaklının götürü tazminatın uyarlanmasını isteyemeyeceği gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Oysa sadece borçlu değil; alacaklı da diğer koşulların gerçekleşmesi hâlinde götürü tazminat miktarının uyarlanmasını talep edebilmelidir.

Türk hukukunda taraflarca öngörülme ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir durum olması hâlinde uyarlama isteneceği belirtilmiştir. Kanun metnindeki olağanüstü durum kavramından yola çıkılmak suretiyle, Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması talebi için özellikle herkesi ilgilendiren sosyal felaketler şeklinde bir olayın<sup>182</sup> meydana gelmesinin gerekli olup olmadığı da tartışılmıştır. Katıldığımız görüş uyarınca buradaki olağanüstü durum kavramının sosyal felaketle eş değer tutulmaması gerekir; dolayısıyla tarafların öngörmediği ve düşünmediği ancak o sözleşme ilişkisini etkileyen olaylar da sözleşmelerin uyarlanmasına sebebiyet verebilir<sup>183</sup>. Olağanüstü durumun deprem, savaş vb. sosyal felaketlerle eş tutulması hâlinde tarafların bu haller dışında götürü tazminatın uyarlanmasını talep etmesi mümkün olmamaktadır. Oysa sosyal felaket niteliğinde olmayan olayların meydana geldiği hâllerde de uyarlama talebinin gündeme geleceği unutulmamalıdır.

Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için borçlunun borcunu ifa etmemesi<sup>184</sup> ya da ihtirazi kayıt altında ifa etmesi bir şart olarak

180 Y.HGK. 07.05.2003, E.2003/13-332, K. 2003/340; Y.HGK. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/ 599; ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller, (BK. 365/2) İstanbul 1979, s. 111; KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 157; BAYSAL, s. 253; ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 191.

181 Aynı yöndeki kararlar ve görüşler için bkz. Y.HGK., 07. 05. 2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340; Y.HGK., 15. 10. 2003, E. 2003/13 – 599, K. 2003/599; Y.HGK., 07. 05. 2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340, İNCE, s. 387 vd.; ARAT, 191 vd.; BAYSAL, s. 131 vd.

182 Sosyal felaket şeklinde bir olay gerekir görüşü için bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, 106 vd., 116; İMRE, Zahit: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu”, Kemal Fikret Arık’a Armağan, Ankara 1973, s. 281; ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilmeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara 1970, s. 68; BURCUOĞU, Haluk: “Hukukta Uyarlama – Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Döviz Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama”, MHAD 1996, Sayı 20, s. 62 vd; KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 147 vd; Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için sosyal felaket şeklinde bir olayın aranması hâlinde, amacın boşa çıkması gibi hallerde de uyarlama kabul edilmeyecektir. Bkz. BISHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983, s. 184, 202.

183 GÜLEKLİ, Yeşim: “İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, MHAD 1990, s. 52; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip: “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 512; YILMAZ, Süleyman: “Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFD 59 (1) 2010, s. 138; TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 267; İNCE, s. 3238 vd.; ARAT, s. 103 vd.; BAYSAL, s. 164 vd..

184 İfa etmeme koşulunu olumlu bulanlar için bkz. GÜRİSOY, s.110 vd.; ARAT, s. 123 vd. Eleştiriler için bkz. BAYSAL, s. 112; YILMAZ, s. 157; İNCE, s. 369

aranmıştır. Bu durum Türk hukuku bakımından son derece karmaşık olaylara sebebiyet vermektedir. Öncelikle borcunu ifa etmediği için temerrüde düşen borçlunun uyarlama talep edemeyeceği uygulamada kabul edilmiştir<sup>185</sup>. Ayrıca götürü tazminatı ödeyen borçlunun uyarlama isteyemeyeceği, zaten ortada bir aşırı ifa güçlüğü bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>186</sup>. Kaldı ki, borcunu ihtirazi kayıt altında ifa eden borçlunun bunu sonra ne şekilde ispat edeceği sorununa da bir açıklık getirilmemiştir. Hâl böyle olunca borcunu ihtirazi kayıt koyarak ifa eden ve daha sonra uyarlama davası açmak isteyen borçlu, borcunu ifa ettiği ve ifaya engel bir durum olmadığı sorunuyla karşılaşabilir. Ayrıca kanun koyucunun borcun ifa edilmemesi ya da ihtirazi kayıt altında borcunun ifa etmesi tarzındaki bu düzenlemesi sadece borçlu tarafın uyarlama istemesinden yola çıkılarak kaleme alınmıştır. Oysaki alacaklı taraf da uyarlama isteyebilecektir. Örneğin, kiralayan kira bedelinin arttırılmasını talep edebildiği hâlde, borcunu baştan beri ifade ettiği için kiralayanın kira bedelinin uyarlanmasını istemeyeceğinin ileri sürülmesi doğru değildir.

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmü gereğince borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden isteyeceği düzenlenmiştir. Ancak özellikle son yıllarda yeniden müzakere yükümlülüğünün tartışıldığı, arabuluculuğun son derece yaygınlaştığı bir dönemde buradaki hâkim kavramının nasıl yorumlanması gerektiği de son derece tartışmalı bir konuya dönüşmektedir<sup>187</sup>. Öğretide bir görüşe göre, sözleşmenin uyarlanması sorunu bir boşluk olup boşluğu doldurma hâkimin görevi olduğundan uyarlama hâkimden talep edilebilir<sup>188</sup>. Diğer bir görüş ise Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını düzenleyen hükümlerde (m. 138 ve 480), kanun koyucunun açıkça uyarlamının hâkimden isteneceğini düzenlediği bu durumda mahkemeler dışında uyarlanmanın talep edilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>189</sup>. Bir başka görüşe göre, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar uyarlama hususunda hâkime başvurmadan önce kendileri bir araya gelerek sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda anlaşılabilir<sup>190</sup>. Bu tartışmalardan da anlaşılacağı üzere götürü tazminat miktarının uyarlanmasını isteyen tarafın mutlaka bunu bir dava yoluyla ileri sürmesi gerekip gerekmediği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca burada tarafların hâkime başvurmaları zorunlu olmamalıdır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar bir araya gelip kendi menfaatleri ve beklentileri kapsamında mahkeme ve zaman baskısı olmadan sorunlarına çözüm arayabilirler.

185 Y.HGK., 30. 05. 2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459; Y.11.HD., 16. 01. 2003, E. 2002/ 7816, K. 2003/302; Y.11.HD., 02. 06. 1995, E. 1995/534, K. 1995/4540.

186 İfa etmeme koşulunu olumlu bulanlar için bkz. GÜRİSOY, s.110 vd.; ARAT, s. 123 vd. Eleştiriler için bkz. BAYSAL, s. 112; YILMAZ, s. 157; İNCE, s. 369.

187 İNCE, s. 382 vd.; İNCE, Nurten: "Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Kulfeti Mi?" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIII, Sa. 1, s. 179 vd.; BAYSAL, Başak: "Yeniden Müzakere Ödevi" Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 185 vd. Sözleşmenin uyarlanmasını bir boşluk olarak gören ve bu boşluğun hakim tarafından doldurulması gerektiğini savunan TOPUZ'a göre yeniden müzakere etme ödevinden de bahsedilemez. TOPUZ, s. 335.

188 TOPUZ, s. 335.

189 ANTALYA, O.G: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler (Derleyen: İNCEOĞLU, Murat) İstanbul 2012, s. 153. Hemen belirtmeliyiz ki, ANTALYA görüşlerini 138. Maddeye yönelik yapılmış genel değerlendirmeler kısmında sözlü olarak yapmıştır. Sözlü olarak yapılan bu genel değerlendirmeler (soru, cevap eleştirisi) de yayımlanmış olan eserde yer almıştır.

190 GÜRİSOY, s. 173, ERMAN, s. 115; BAYSAL, s. 228, BAYSAL, Yeniden Müzakere Ödevi, s. 188.

Bu durum bozulmuş olan sözleşme adaletini dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık prensibi uyarınca yeniden inşa etmeye hizmet edecektir. Taraflar mahkemeye başvurmadan önce bir araya gelerek mahkemelerin iş yükünü azalttıkları gibi mahkeme masraflarından da kurtulmuş olacaklardır. Yine taraflar kendilerine ait ticari surların vs. mahkemeye taşınmadan sözleşmenin uyarlanmasını sağlayabilirler. Ancak tarafların mahkemeye başvurmadan sözleşmenin uyarlanmasını talep etmeleri bir borç olarak anlaşılmamalıdır. Diğer bir deyişle, tarafları uyarlama davası açmadan yeniden müzakere etmeye zorlamak irade serbestisini de sınırlamak anlamına gelir. Tarafların baştan beri menfaatleri çatışıyor ve uyarlama (uyarlamanın şekli, miktarı vs.) hakkında anlaşmaları mümkün görünmüyorsa onları yeniden müzakereye zorlamak zaman kaybı olacaktır. TBK 480. maddenin gerekçesinde, uyarlama hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Her ne kadar madde gerekçelerinin bağlayıcılığı olmazsa da kanımızca uyarlamanın sadece hâkim tarafından yapılacağını ve kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu savunmak isabetli değildir.

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması TBK m. 138 hükmü ile bir düzenlemeye kavuşmuş olmakla birlikte söz konusu madde başlığı ve koşullarına ilişkin büyük eleştiriler bulunmaktadır. Bu nedenle hâkimin götürü tazminat miktarına sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hükümle müdahale etmesi pek de kolay görünmemektedir. Ayrıca götürü tazminatta koşulların gerçekleşmesi hâlinde borçlu tarafından bir miktar para ödemesi kararlaştırılmaktadır. Para borçlarının uyarlanıp uyarlanmayacağı da son derece tartışmalı bir husustur. Zira “*paran olmalı (Geld muss man haben)*” gibi bir prensip bulunmaktadır<sup>191</sup>. Bu nedenle genelde para borçlarının uyarlanması konusunda daha sert davranıldığını söylemek mümkündür. Ancak Türk hukukunda 138. maddenin 2. fıkrasında bu madde hükmünün yabancı para borçlarına uygulanacağı düzenlenmiştir. Özellikle kazancı Türk Lirası olan, ancak kredi borcunu vb. yabancı para olarak ödemek zorunda kalan birçok tüketicinin mağduriyeti sonucunda kanunda böyle bir hükmün düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Götürü tazminat yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, koşullarının gerçekleşmiş olması hâlinde hâkim, değişen koşullar nedeniyle bozulan dengeyi sağlamak adına götürü tazminat anlaşmasını yahut götürü tazminata ilişkin sözleşme hükmünü uyarlayabilir<sup>192</sup>. Buna karşılık, 2012 yılındaki düzenlemeden önce genelde uygulamada Türk parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesinin öngörülemeyen bir durum olmadığı, Türkiye’de sıklıkla devalüasyonun gerçekleştiği yönünde bir yaklaşım mevcuttur<sup>193</sup>. Türk parası karşısında Euro, Dolar, Yen ve İsviçre Frankı’nın birden değer kazanması hâlinde bu durumun öngörülemeyecek bir durum olmadığına ilişkin mahkeme kararları bulunmaktadır<sup>194</sup>. O hâlde götürü tazminat miktarının yabancı para borcu

191 MEDICUS, Dieter: “Geld muss man haben” Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel” AcP 188 (1988), s. 503 vd.

192 WIEGAND, BSK-OR, Art.18, N. 118; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 979b; TOLOU, N. 1254.

193 Y.13.HD., 09. 06. 2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749; Y.19.HD., 27. 01. 2005, E. 2004/ 3, K. 2005/328; Y.9.HD., 25.03.2004, E. 2003/5020, K.2004/3287; Y.11.HD., 10.10. 2005, E. 2004/12208, K. 2005/9454; Y.11.HD., 01. 04. 2002, E. 2001/10794, K. 2002/2870; Y.13.HD., 26. 09. 2012, E. 2012/3259, K. 2012/21304; İstanbul 4. Tüketici Mahkemesi, 05. 08. 2011, E. 2011/895, K. 2011/631.

194 Y.13.HD., 09. 06. 2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749; Y.19.HD., 27. 01. 2005, E. 2004/ 7053, K. 2005/328; Y.19.HD., 25. 03. 2004, E. 2003/5020, K. 2004/3287; Y.11.HD., 10. 10. 5, E. 2004/12208, K. 2005/9454; Y.11.HD., 01. 04. 2002, E.

olarak kararlaştırıldığı ve Türk parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesi nedeniyle zor durumda kalan borçlunun götürü tazminat miktarının uyarlanmasını talep etmesi hâlinde bu talebinin mahkemelerce kabul edilmemesi riski de bulunmaktadır. Yabancı para borçlarının değer kazanması hâlinde bile bunun öngörülemez bir durum olmadığını kabul eden mahkeme kararları karşısında Türk Lirası olarak borçlanan para borçlarının uyarlanması talebine çok sıcak bakmayacağı düşünülebilir. Kanımızca koşulların gerçekleşmesi hâlinde para borçlarında da uyarlanma kabul edilmelidir. Özellikle sözleşmelerin uyarlanması hususunda hukukumuz açısından önemli bir sorun olan yabancı para borçlarının uyarlanması hususunun Alman hukukundan farklı olarak madde metninde açıkça düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur<sup>195</sup>.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hakkında hâkime daha fazla takdir yetkisi veren Alman hukukunda<sup>196</sup> hâkim, götürü tazminatı uyarlaması hâlinde sözleşme taraflarının yaptığı zarara ilişkin tahmini gerçekte meydana gelen zarara yaklaştırmaktadır<sup>197</sup>. Bu fark götürü tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararın çok üzerinde olması şeklinde olabilir. Ne var ki hâkim, kararlaştırılan tazminat miktarını gerçekte meydana gelen zarar miktarına kadar indirmek şeklinde bir yol izlemek suretiyle taraf iradelerini göz ardı etmemeli ve fakat tarafların farazi iradelerini esas alarak, makul bir tazminat miktarı belirlemelidir<sup>198</sup>. Dolayısıyla hâkimin, sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren koşulların taraflarca bilinmiş olması hâlinde kabul edecekleri miktara kadar kararlaştırılan götürü tazminat miktarını azaltması gerektiği göz önüne alınmalıdır<sup>199</sup>.

#### **D. TAZMİNAT MİKTARININ İNDİRİLMESİ BAKIMINDAN TAZMİNAT ALACAKLISININ MÜTERAFİK KUSURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Tarafların borca aykırılık hâlinde tazminat miktarını mutlak suretle yahut asgari olarak tespit etmesi hâlinde, TBK m. 114/f.2 hükmünün atfıyla TBK m.51 ve 52 hükümlerinde ifadesini bulan tazminattan indirim sebeplerinin, kural olarak, uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir<sup>200</sup>. Ne var ki, tazminat alacaklısının ortak kusuru ile zarara sebebiyet vermiş olması hâlinde, kararlaştırılan tazminat miktarının indirimi bakımından alacaklının kusurunun dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>201</sup>. Bu hâlde tazminat alacaklısının kusuru, borçlunun kusuru ile birlik oluşturmuş ve böyle zararın doğmasına yahut artmasına

2001/10794, K. 2002/2870. Yargıtay özellikle 138. maddenin yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu kararında İsviçre Frangı'na endeksli konut finansman kredisinin uyarlanabileceği belirtir de yine muhalefet şerhlerinde bu durumun öngörülemez olmadığı belirtilmiştir. Y.13.HD, 07. 02. 2013, E. 2012/8250, K. 2013/2623.

195 Aynı yönde bkz. İNCE, s. 319.

196 Alman hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması hususunda hâkime daha fazla takdir yetkisi verildiğine dair detaylı bilgi için bkz. İNCE, s. 120, 221, 449.

197 BİRİNCİ-UZUN, s. 309.

198 TOLOU, N: 1255 ve N. 1270.

199 TOLOU, N: 1255 ve N. 1270; ATAMER, s. 128.

200 TOLOU, N. 1257; BİRİNCİ-UZUN, s. 315.

201 BİRİNCİ-UZUN, s. 316.

sebepl olmuştur<sup>202</sup>. O nedenle, taraflarca belirlenen götüürü tazminatın tamamının tazminat borçlusunu tarafından ödenmesinin beklenemeyeceğı kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Zira götüürü tazminat anlaşmasında taraflar, borca aykırılık hâlinde muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmakta ve bu suretle sözleşmenin kurulması esnasında zararını öngörebilmektedirler. Ne var ki, tarafların yapmış olduğı bu tahmin borçlusunun borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelecek zarara ilişkindir. Dolayısıyla alacaklusının kusuru ile zarara neden olması yahut zararını artırması ihtimali bu kapsamda değerlendirilmez. O nedenle alacaklusının kusurunun borçlusunun kusuru ile birlik olması ve bu suretle zararın doğmasına veya artmasına neden olması hâlinde, alacaklusının kusuru dikkate alınarak tazminat miktarını indirilmelidir.

Öncelikle tazminat alacaklusının kusurunun ağırlığının, zarar ile borca aykırı davranış arasındaki uygun nedensellik bağını kesecek nitelikte olup olmadığı incelenmelidir. Alacaklusının zarara neden olan davranışı bakımından kusurunun ağırlığı, şayet nedensellik bağını kesecek derecede ise artık borçlu, borca aykırı davranışı nedeniyle sorumluluktan kurtulacaktır<sup>204</sup>. Buna karşılık, alacaklusının zarara neden olan davranışındaki kusurunun nedensellik bağını kesecek ağırlıkta olmaması hâlinde, TBK m. 52/f.1 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesinde alacaklusının davranışı da dikkate alınacaktır. Bu hâlde alacaklusının davranışı, zararın doğumunun yegâne nedeni değildir ve fakat zararın doğmasına veya artmasına katkı sağlar<sup>205</sup>. Kanımızca bu hâlde hâkim, alacaklusının ortak kusurunu hesaba katmak suretiyle götüürü tazminat miktarını indirmelidir.

## **E. TAZMİNATIN ZENGİNLEŞME ARACI OLMADIĞI İLKESİ KARŞISINDA MUTLAK VE ASGARİ GÖTÜRÜ TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ MESELESİ**

Tazminatın gerçek zararını aşamayacağı, diğer bir deyişle sorumluluk hukukunda tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesi gerek İsviçre hukuku ve Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda benimsenmiştir<sup>206</sup>. Buna göre tazminat alacaklusının uğramış olduğı zarar tazminatın üst sınırını teşkil eder ve tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi nedeniyle bu sınırı aşacak şekilde tazminata hükmedilemez<sup>207</sup>.

Tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi karşısında, taraflarca tazminat miktarının götüürü olarak kararlaştırılması hâli inceleme konusu yapılmalıdır. Öğretide taraflar arasında mutlak

202 BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Müterafık Kusuru, İstanbul 2012, s. 36; BİRİNCİ UZUN, s. 316.

203 BİRİNCİ-UZUN, s. 305.

204 EREN, s. 588; KILIÇOĞLU, s. 639.

205 BAYSAL, Zarar Görenin Kusuru, s. 296. Alacaklusının kusuru, zararın doğmasının veya artmasının uygun sebebi olmalıdır (EREN, s. 791).

206 HONSELL, Henrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2013, § 1, N. 64; WERRO, CR-CO, Intro. Art. 41-61, N. 2.

207 WERRO, CR-CO, Art. 43, N. 13 vd.; TANDOĞAN, Halük: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 261 ve 430; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1253; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1408; ERĐNE, s. 332. Dolayısıyla İsviçre sorumluluk hukuku ve Türk sorumluluk hukukunda, faili caydırma işlevini haiz ve zarar görenin gerçekte uğradığı zararını aşacak şekilde medeni cezaya hükmedilmesi mümkün değildir (BREHM, BK-OR, Art. 42, N. 15; WERRO, CR-CO, Intro. Art. 41-61, N.2; TOLOU, N. 90).



götürü tazminat anlaşması yahut asgari götürü tazminat anlaşması olması hâlinde, gerçekte meydana gelen zararın dikkate alınacağını ve taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarar kadar olması gerektiğini kabul etmenin, taraf iradelerini göz ardı etmek suretiyle götürü tazminat anlaşmalarını işlevsiz hale getireceği ileri sürülmüş ve yapılacak karşılaştırmanın, kararlaştırılan tazminat miktarı ile gerçekte meydana gelen zarar arasında yapılmaması gerektiği savunulmuştur<sup>208</sup>. Zira taraf iradeleri, gerçekte meydana gelen zararın ispat edilmesi hâlinde kararlaştırılan götürü tazminatın değişebileceği yönünde ise bu bir nispi götürü tazminat anlaşmasıdır. Bu görüşe göre, taraf iradeleri, tazminat miktarının mutlak suretle yahut alt sınırını belirlemek üzere kısmen nispi şekilde belirlemek yönündeyse, artık kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarar göz önünde tutularak indirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira taraflarca, mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşması yapılması suretiyle, tazminat alacaklısına ödenecek tazminat miktarının hesaplanması bakımından gerçekte meydana gelen zararın dikkate alınması imkânının saf dışı bırakıldığı ileri sürülmüştür<sup>209</sup>. Ne var ki öğretiler, bu hâlde taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararı aşması hâlinin, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği de savunulmaktadır<sup>210</sup>. Bu görüşe göre, zarar görenin uğradığı zararın tazminatın üst sınırını teşkil etmesi şayet götürü tazminat anlaşması bakımından bir sınırlandırma olarak kabul edilirse, tarafların kararlaştırdığı mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmasının ceza koşulu olduğu düşünülebilir<sup>211</sup>.

Tazminat alacaklısının zenginleşip zenginleşmediği hususunun, kararlaştırılan tazminat miktarı ile gerçekte uğradığı zarar miktarı arasında yapılacak ekonomik karşılaştırmaya dayanmayacağı öğretilerde ileri sürülmüştür<sup>212</sup>. Bu doğrultuda yapılacak karşılaştırmanın, tazminat alacaklısına ödenen miktar ile taraflarca dürüstlük kuralı gereğince kararlaştırılan miktar arasında yapılması gerektiği ve şayet taraflarca kararlaştırılan miktardan fazlası tazminat alacaklısına ödenmişse o takdirde, tazminat alacaklısının zenginleşmesinden bahsedileceği belirtilmiştir<sup>213</sup>. Zira tazminat alacaklısına, borcun ihlali hâlinde ödenmesi kararlaştırılan miktar ödenmelidir. Daha önce de değinildiği gibi, tarafların götürü tazminat anlaşmasında tazminini kararlaştırdıkları birtakım zarar kalemleri, İsviçre sorumluluk hukuku ve Türk sorumluluk hukukunda klasik zarar kavramı benimsendiğinden kanun uyarınca yapılacak zarar hesaplamasının dışında kalabilir. Bu hâlde kanun uyarınca yapılacak zarar hesaplamasının, tarafların kararlaştırdığı zarar tahmininden farklı olması kaçınılmazdır.

Alman hukukunda ise tazminat kavramı adı altında mutlak götürü tazminat kavramından bahsetmenin ve bu miktarın indirilmeyeceğini savunmanın isabetli olmayacağı belirtilmiştir<sup>214</sup>.

208 ATAMER, s. 117.

209 TOLOU, N. 94.

210 FISCHER, s. 163 ve 166-167; OZANOĞLU, s. 87-88, dn. 46; KOCAAĞA, 181.

211 Jura Kanton Mahkemesi'nin bu eğilimini gösteren kararı için bkz. TC (JU), CC 112/2015 (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/0c10d280-3d95-47c3-9dfc-e2675918ebf9>, erişim tarihi: 02.03.2019).

212 TOLOU, N. 94. Aksi görüşte bkz. SANLI, s. 342 vd.

213 TOLOU, N. 94.

214 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5.

Bu doğrultuda her ne kadar borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ve taraf iradeleri büyük rol oynasa da tarafların, yaptığı sözleşmelerde her zaman eşit olduğu ve sözleşmenin içeriğini eşit belirlediği varsayımı doğru olmadığı vurgulanmıştır<sup>215</sup>. Kanun koyucunun birçok düzenleme ile daha zayıf olan tarafı korumaya çalıştığı aşikârdır. Bu nedenle götürü tazminat kavramını çeşitlere ayırıp sırf taraf iradelerinden yola çıkarak mutlak götürü tazminat yahut asgari götürü tazminat anlaşmalarında kararlaştırılan miktarda indirimle gidilmeyeceğini savunmanın isabetli olmadığı ileri sürülmüştür<sup>216</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi bu hallerde mutlak götürü tazminatın ceza koşuluna yaklaştığı ileri sürülmektedir. Tazminat istemi için sadece tarafların sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı yetmemekte ayrıca bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. O hâlde tarafların kararlaştırdığı miktardan daha az zarar meydana gelmişse borçlunun bunu ispat ederek daha az zararı ödemesi mümkün olmalıdır. Tarafların meydana gelen zararın daha fazla ya da az olduğunu ispatlama hakkının ellerinden alınması hâlinde artık tazminat kavramından bahsedilmeyeceği ifade edilmektedir<sup>217</sup>.

Kanaatimizce, sözleşme kurulurken tarafların yaptığı muhtemel zarar tahminin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta artık ceza koşulunun söz konusu olduğu kabul edilebilir. Ne var ki, güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olduğu tespit edilebilmelidir. Zira ceza koşulu, borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulu, zararı tazmin amacı taşımamakta ve fakat borçluyu ifaya yönlendirmek amacıyla bir baskı işlevi görmektedir. O nedenle taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her hâlde ceza koşulu kararlaştırılmıştır şeklinde bir tespit isabetli olmayabilir. Şayet güven ilkesi gereğince yorumlanan taraf iradeleri, borca aykırılık hâlinde meydana gelen zararın tazminine yönelik bir tahminse o takdirde gerçekte meydana gelen zarardan yüksek bir tahmin yapıldığı için götürü tazminat miktarının indirilmesi, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesinin bir gereğidir. Taraflarca götürü tazminat kararlaştırılması; zararın miktarının ispatının zor olduğu hallerde, alacaklıyı bu ispat yükünden kurtarmakta ve borca aykırı davranışın sonucunda zararın meydana geldiği hallerde taraflara bu uyuşmazlığı barışçıl bir şekilde sona erdirmeye ya da daha az mahkeme masraflarıyla çözüme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla iki taraf açısından da avantajları olan götürü tazminatın borçlunun durumunu güçleştirecek ve tazminat hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edecek şekilde düzenlenmesi mümkün değildir.

## SONUÇ

Sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları içinde tarafların sözleşme içeriğini emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece belirlemesi mümkündür. Borçlu tarafın ifaya zorlanması için taraflar ceza koşulu kararlaştırabilir. Ancak ceza koşulunun aşırı olması hâlinde, sözleşme serbestisi ilkesine rağmen hâkim tarafından ceza koşuluna müdahale

215 BERGER, RIW 1999, s. 404.

216 BERGER, RIW 1999, s. 404.

217 WEILER, BeckOG, BGB § 309 Nr. 5. N. 140; BEUTHIN, s. 502 vd.

edileceği ve ceza koşulunun indirileceği Türk hukuku, İsviçre hukuku ve Alman hukukunda kanunda açıkça düzenlenmiştir. Götürü tazminata hâkimin müdahale edip edemeyeceği ve taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının hâkim tarafından indirilip indirilmeyeceği meselesi ise tartışmalıdır.

Son yıllarda sağladığı kolaylıklar nedeniyle taraflarca birçok sözleşmede götürü tazminata yer verilmektedir. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışıp bir menfaat risk analizinde bulunabilmekte, tazminat alacaklısı zararını ispat yükünden kurtulmakta, sözleşmenin ihlali hâlinde tazminat borçlusu ise kendisini neyin beklediğini bilmektedir. Ayrıca uyumsuzluğun barışçıl bir yöntemle çözülmesi ya da uyumsuzluğun mahkeme önüne gitmesi hâlinde daha az masrafla çözülmesi de götürü tazminat anlaşması sayesinde mümkün olmaktadır.

İsviçre hukuku ve Türk hukuku öğretisinde götürü tazminat anlaşmaları; mutlak, nispi ve kısmen nispi (asgari-azami) götürü tazminat şeklinde türlere ayrılarak incelenmektedir. Alman hukukunda ise mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmaları, gerçek zararın ispatlanması hâlinde kararlaştırılan tazminat miktarının indirilmesinin mümkün olmaması argümanından hareketle, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek reddedilmektedir. Bu suretle mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olmadığı; bu hallerde ancak ceza koşulundan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür.

Ne var ki, mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasını bu şekilde baştan reddetmek ve ceza koşulu ile özdeşleştirmek isabetli değildir. Zira götürü tazminat anlaşmasında taraflarca, borca aykırılık halinde gerçekleşmesi muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapılmakta ve böylece zarar öngörülebilmektedir. O nedenle dürüstlük kuralı gereğince tarafların sözleşmeyi kurduğu anda yaptığı zarar tahmini ile borca aykırı davranış gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar arasında karşılaştırma yapılmalıdır. Sözleşmenin kurulması esnasında yapılan muhtemel zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta ise ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu ihtimali söz konusu olabilir. Ancak güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olup olmadığı tespit edilebilmelidir. Zira borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde ceza koşulu, zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulunun amacı, zararı tazmin etmek değildir; ancak borçluyu ifaya yönlendirmek suretiyle bir baskı işlevi görmektedir. Dolayısıyla taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her durumda ceza koşulunun kararlaştırıldığı sonucuna varmak isabetli olmayabilir.

Güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin yorumlanması ile tarafların borca aykırılık hâlinde meydana gelen zararın tazminine yönelik bir tahmin yapmış oldukları sonucuna varılırsa, gerçekte meydana gelen zarardan yüksek bir tahmin yapıldığı için götürü tazminat miktarının indirilmesi, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesinin bir gereğidir. Zira taraflar götürü tazminat kararlaştırmak suretiyle; özellikle zararın miktarının ispatlanmasının zor olduğu durumlarda alacaklıyı bu ispat yükünden kurtarmaktadır. Ayrıca götürü tazminatın kararlaştırılması taraflara, borca aykırılık sonucunda tazminat alacaklısının zarara uğraması hâlinde bu uyumsuzluğu

barışçıl bir şekilde sona erdirmeye ya da daha az mahkeme masrafiyle çözüme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla iki tarafın menfaatine olan götürü tazminatın, borçlunun durumunu güçleştirecek ve tazminat hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edecek şekilde düzenlenmesi mümkün değildir.

Götürü tazminat anlaşması kapsamında taraflarca İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde tazmini mümkün olmayan zarar kalemlerinin tazmininin kararlaştırılabileceğı göz önünde tutularak, tarafların kararlaştırdığı zarar kalemlerine ilişkin muhtemel zarar tahmini ile gerçekte meydana gelen zarar arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Örneğın, kanun gereğı tazmini mümkün olmayan itibar kaybı nedeniyle doğacak maddi zararın fiili zarar ile birlikte tazmini bakımından tazminat miktarı götürü olarak belirlenmişse artık gerçekte meydana gelen fiili zararın yanında itibar kaybı nedeniyle bir zarar doğmuşsa, bu zarar da hesaplanmalı ve tarafların sözleşmeyi kurarken yaptığı zarar tahmini ile karşılaştırılmalıdır.

Götürü tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarardan fazla olması hâlinde gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse de Alman hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesini öngören hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrin ve mahkeme kararlarında tartışmalıdır. Ne var ki, katıldığımız görüş uyarınca ceza koşulu ile götürü tazminatın farklı amaçlara hizmet ettiği ve farklı kurumlar olduğu göz önüne alındığında götürü tazminatın indirilmesi hususunda ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki, ceza koşulunda indirimi düzenleyen hükümlerin sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil etmesi karşısında dar yorumlanması gerektiğı nazara alınmalıdır.

Gerek Türk ve İsviçre hukuku gerekse de Alman hukukunda zarar miktarından uzaklaşan götürü tazminatın hâkim tarafından değışen koşullara uyarlamak suretiyle müdahale edebileceğı savunulmaktadır. Koşullarının gerçekleşmesi hâlinde götürü tazminatın değışen koşullara uyarlanması söz konusu olabilir. Ancak Türk hukukunda 138. maddede düzenlenen koşullar incelendiğinde maddede birçok hususun tartışmaya açık olduğu görülmektedir. Özellikle sözleşmeye bağlılık ilkesi ve paranın olması gerektiğı ilkesi karşısında, mahkemelerin bu hükmü son derece dar yorumlaması muhtemeldir. Benimsediğimiz görüş uyarınca, koşulların gerçekleşmesi hâlinde para borçlarında da uyarlama kabul edilmelidir. Götürü tazminatın özellikle yabancı para borcu olarak kararlaştırıldığı durumlarda TBK m. 138/f.2 hükmüne göre, diğer koşulların gerçekleşmesiyle bu tazminat miktarının uyarlanması mümkündür.

Götürü tazminat anlaşmasında tarafların, borca aykırılık hâlinde muhtemel zarara ilişkin yaptığı tahmin borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelecek zarara ilişkindir. Sözleşme kurulurken, alacaklının kusuru ile zarara neden olması yahut zararı artırması ihtimali değerlendirilmez. Dolayısıyla alacaklının kusurunun borçlunun kusuru ile birlik olması ve bu suretle zararın doğmasına veya artmasına neden olması hâlinde, alacaklının kusuru dikkate alınarak tazminat miktarı indirilmelidir.

## KISALTMALAR

- Al.MK:** Alman Medeni Kanunu  
**AcP:** Archiv für die civilistische Praxis  
**ATF:** Arrêts du Tribunal Fédéral (=BGE)  
**AÜHFD:** Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi  
**Bkz.:** Bakınız.  
**BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch  
**BGH:** Bundesgerichtshof  
**C.:** Cilt  
**CO:** Code des Obligations  
**DB:** Der Betrieb  
**dn.:** dipnot  
**E.:** Esas Numara  
**FS:** Festschrift  
**f.:** fıkra  
**HD.:** Hukuk Dairesi  
**İsv. BK:** İsviçre Borçlar Kanunu  
**İÜHFİM:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası  
**JuS:** juristische Schulung  
**K.:** Karar numarası  
**m.:** madde  
**MDR:** Monatsschrift für Deutsches Recht  
**MHAD:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi  
**N.:** Numara  
**NJW:** Neu juristische Wochenschrift  
**NJW-RR:** Neu juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report  
**OR:** Das Schweizerische Obligationenrecht  
**RIW:** Recht der Internationalen Wirtschaft  
**s.:** sayfa  
**Sa.:** Sayı  
**T.:** Tarih  
**TBB:** Türkiye Barolar Birliği  
**TBK:** Türk Borçlar Kanunu  
**vd.:** ve devamı  
**WM:** Zeitschrift für Wirtschafts – und Bankrecht  
**Y.:** Yargıtay  
**Y. HGK.:** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

**KAYNAKÇA**

- AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 357-414.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 999-1018.
- AMSTUTZ Marc/MORIN Ariane, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015.
- ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- ATAMER, Yeşim M.: Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları, Atamer/Baş Süznel/ Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 87-131.
- BAYSAL, Başak: “Yeniden Müzakere Ödevi” Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 185-198. (Yeniden Müzakere Ödevi)
- BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Müterafik Kusuru, XII Levha, Yayınları İstanbul 2012 [Baysal, Zarar Görenin Kusuru].
- BECKER, Jörn: BeckOK BGB (Hrgs: Heiny Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019.
- BELKE, Rolf: “Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, DB 1969, s. 559-565.
- BERGER, Peter: “Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht”, RIW 1999, s. 401-411.
- BEUTHIEN, Volker: “Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe”, FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495 – 516.
- BISHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983.
- BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 37-128.
- BİRİNCİ-UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- BIRKENFELD-PFEIFFER, Daniela: Schadensersatzpauschalen zwischen legitimer Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und einseitiger Selbstbevorzugung des Verwenders, Peter Lang, 1991.
- BÖTTICHER, Eduard: “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, ZfA 1970, s. 3-61.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Neubearbeitete Auflage, Zürich 1988.
- BURCUOĞLU, Haluk: “Hukukta Uyarlama – Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama”, MHAD 1996, Sayı 20, s. 59-91.
- CANSEL, Erol/ÖZEL Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Journal of Yaşar University, Cilt 8 Özel Sayı, 2013, s. 713-734.
- CHAPPUIS, Benoît: Le moment du dommage, Schulthess Verlag, Zürich 2017.
- COUCHEPIN, Gaspard: “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 1-30.
- COUCHEPIN, Gaspard: La clause pénale étude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess, 2008 [Clause pénale].
- DERLIN, Thomas: “Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle”, MDR 2009, s. 597-602.

- EHRAT, Felix R./WIDMER, Markus: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Hrsgs: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015.
- ENGEL, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, Berne, Stämpfli, 1997.
- ERDEM, Mehmet: La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Thèse, Ankara 2006 [Clause pénale].
- ERDEM, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 97-124 ([http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s\\_5.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf), Erişim tarihi: 13.11.2018).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- ERGÜNE, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller, (BK. 365/2) İstanbul 1979.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilmeyen nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara 1970.
- FISCHER, Detlev: Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung. Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt a. M. 1981.[FISCHER D, s.]
- FISCHER, Thomas: Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, Zürich 1997.
- FRITZEMEYER, Wolfgang/KRIECHBAUMER, Eva: ”Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz im angelsächsischen Rechtskreis”, RIW 2017, s. 777-786.
- GAUCH, Peter,:Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände , 6 Auflage, Zürich 1995.
- GOTTWALD, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Hrsg: Franz Jürgen SÄCKER/ Roland RIXECKER/Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG) Verlag C.H. Beck, München 2018.
- GÜL, İbrahim: Medeni Ceza, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015.
- GÜLEKLİ, Yeşim: “İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, MHAD 1990, s. 43-69.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- HESS, Claus: Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1993.
- HONSELL, Henrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2013.
- HONSELL, Henrich: Der Strafgedanke im Zivilrecht-ein juristischer Atavismus, [www.honsell.at/pdf/FSWestermann.pdf](http://www.honsell.at/pdf/FSWestermann.pdf) (Erişim tarihi: 10.11.2018).
- İMRE, Zahit: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu”, Kemal Fikret Arık’a Armağan, Ankara 1973, s. 153-194.
- İNCE, Nurten: “Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı İle İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki” LHD C.14 Sa. 165, 2016, s. 4845-4906.[İfa İmkânsızlığı].

- İNCE, Nurten: “Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Külfeti Mi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIII, Sa. 1, s. 179-208.
- İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- JANOSCHEK, Christian: BeckOK BGB (Hrsg. Heiny Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019.
- KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- KAPANCI, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683.
- KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- KOCAAĞA, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, TBB Dergisi, Sa. 74, 2008 [İnşaat Sözleşmesi].
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Auflage, München 1987.
- LINDACHER, Walter F.: “Schadensersatzpauschalen: Kontrolle und Korrektur”, Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag (Hrsg. v. Horst Konzen, Sebastian Krebber, Thomas Raab, Barbara Veit u. Bernd Waas) Mohr Siebeck Tübingen 2018, s. 515 – 520.[LINDACHER, FS Rolf Birk, s.].
- LINDACHER, Walter F.: Phänomenologie der Vertragsstrafe: Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, Athenäum 1972.
- MEDICUS, Dieter: “Geld muss man haben” Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel” AcP 188 (1988), s. 489-510.
- MOOSER, Michel: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Intro. Art. 158-163 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CO-CR].
- MÜLLER GRAFF, Peter-Christian/KAINER, Friedemann: “Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträgen”, WM 2013, s. 2149-2155.
- NODOUSHANI, Manuel: Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz. Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
- NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- OSTENDORF, Patrick: “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 977-981.
- OERTLI, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004.



- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa: 1-2, 1999, s.65-118.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97-112.
- ÖZDEN-MERHACI, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013.
- PARLAK-BÖRÜ, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi 2017 (129), s. 195-228.
- SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.
- SARI, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 299-304.
- SCHMEEL, Günster: “Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe, Möglichkeiten der Herabsetzung oder Payment unlimited?”, MDR 2017, s. 1033-1035.
- TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016.
- THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Art.97-109 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CR-CO].
- THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Intro Art. 184-529, CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CR-CO].
- TOLOU, Alborz: La forfaitisation du dommage, Zurich, Schulthess, 2017.
- TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- VOGT, Hans Ueli: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Herausgeber: Huguenin, Claire / Hilty, Reto M., Schulthess Juristische Medien AG 2013.
- WEBER, Roger: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015 [BSK-OR].
- WEILER, Frank: Beck Online Grosskommrntar (Hrsg: Beate GSELL/Wolfgang KRÜGER/ Stephan LORENZ/ Christoph REYMANN), Verlag C.H. Beck, München, 2018.
- WERRO, Franz: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2<sup>e</sup> édition, Art. 41-61 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CO-CR].
- WERRO, Franz: La responsabilité civil, Stämpfli Verlag AG, 2017.

- WINIGER, Bénédic/FLEURY, Patrick/AVRAMOV, Philippe: Digest of European Tort Law. Vol. 2: Essential Cases on Damage, Editors: Winiger, Bénédic/Koziol, Helmut/Koch, Bernhard A./Zimmermann, Reinhard, Berlin, De Gruyter, 2011.
- YILDIRIM, Fadıl: “Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2 Yıl 2011, s. 29-43.
- YILMAZ, Süleyman: “Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFD 59 (1) 2010, s. 131-172.

## **KARARLAR**

[www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

<https://beckonline.beck.de>

<https://www.swisslex.ch/de>

<https://www.swisslex.ch/fr>