

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Tuba BİRİNCİ UZUN

GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2015

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Tuba BİRİNCİ UZUN

GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Danışman

Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2015

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Tuba BİRİNCİ UZUN'un bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (İmza)

Üye : Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Selin SERT (İmza)

Tez Başlığı : Götürü Tazminat

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 25/05/2015

Mezuniyet Tarihi : 27/05/2015

Prof. Dr. Zekeriya KARADAVUT
Müdür

İÇİNDEKİLER

| | |
|---------------------------|------|
| KISALTMALAR LİSTESİ | vii |
| ÖZET | xii |
| SUMMARY..... | xiii |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT ve GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASI KAVRAMLARI, GÖTÜRÜ TAZMİNATIN UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI, TÜRLERİ, DÜZENLENİŞ BİÇİMİ ve UYGULAMA ALANI

| | |
|---|----|
| 1.1 Götürü Tazminat ve Götürü Tazminat Anlaşması Kavramları..... | 23 |
| 1.2 Götürü Tazminatın Unsurları..... | 25 |
| 1.2.1 Genel Olarak..... | 25 |
| 1.2.2 Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Bulunması..... | 26 |
| 1.2.3 Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması..... | 28 |
| 1.2.3.1 Genel Olarak | 28 |
| 1.2.3.2 Götürü Tazminat Ediminin Türü ve Ödenme Biçimi | 30 |
| 1.2.3.3 Götürü Tazminat Ediminin Miktarı | 32 |
| 1.2.4 Tarafların Anlaşması (Götürü Tazminat Anlaşması) | 36 |
| 1.2.4.1 Genel Olarak | 36 |
| 1.2.4.2 Tarafları..... | 37 |
| 1.2.4.3 Şekli..... | 39 |
| 1.3 Götürü Tazminatın Hukuki Niteliği..... | 41 |
| 1.3.1 Götürü Tazminatın Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir İlişki Doğurması..... | 41 |
| 1.3.2 Götürü Tazminatın Kendine Özgü (Sui Generis) Olması..... | 42 |
| 1.3.3 Götürü Tazminatın Asıl Borca Bağlı Olması | 44 |
| 1.3.3.1 Genel Olarak | 44 |
| 1.3.3.2 Geçerliliği Bakımından | 45 |
| 1.3.3.3 Şekil Bakımından | 45 |
| 1.3.3.4 İfa Yeri ve Zamanı Bakımından..... | 46 |
| 1.3.3.5 Alacağın Devri Bakımından..... | 46 |
| 1.3.3.6 Borcun Üstlenilmesi Bakımından | 46 |
| 1.3.3.7 Teminata Bağlanması Bakımından | 47 |
| 1.3.3.8 Sona Ermesi Bakımından..... | 51 |
| 1.3.4 Götürü Tazminatın Tali (İkincil) Edim Yükümlülüğü Niteliğinde Olması..... | 53 |

| | | |
|---------|--|----|
| 1.4 | Götürü Tazminatın Amacı | 54 |
| 1.4.1 | Genel Olarak | 54 |
| 1.4.2 | Zararın Giderilmesi..... | 55 |
| 1.4.3 | Zararı İspat Yükünden Kurtulma..... | 57 |
| 1.4.4 | Şeffaflığın ve Hukuki Güvenliğin Sağlanması | 58 |
| 1.4.5 | Sorumluluğun Sınırlandırılması | 61 |
| 1.5 | Götürü Tazminatın Türleri..... | 63 |
| 1.5.1 | Genel Olarak | 63 |
| 1.5.2 | Nispi (Aksi İspat Edilebilen) Götürü Tazminat..... | 64 |
| 1.5.3 | Kısmen Nispi (Asgari/Azami) Götürü Tazminat..... | 67 |
| 1.5.3.1 | Asgari Götürü Tazminat..... | 67 |
| 1.5.3.2 | Azami Götürü Tazminat..... | 69 |
| 1.5.4 | Mutlak (Aksi İspat Edilemeyen) Götürü Tazminat | 70 |
| 1.6 | Götürü Tazminatın Düzenleniş Biçimi | 71 |
| 1.6.1 | Genel Olarak | 71 |
| 1.6.2 | Türk Hukukunda..... | 73 |
| 1.6.3 | Alman Hukukunda..... | 73 |
| 1.6.4 | İsviçre Hukukunda..... | 74 |
| 1.6.5 | Fransız Hukukunda | 74 |
| 1.6.6 | Hollanda Hukukunda | 76 |
| 1.6.7 | Anglo-Amerikan Hukukunda | 76 |
| 1.6.8 | Uluslararası Sözleşmelerde..... | 77 |
| 1.7 | Götürü Tazminatın Uygulama Alanı | 78 |
| 1.7.1 | Genel Olarak..... | 78 |
| 1.7.2 | Genel İşlem Koşulu Olarak | 83 |

İKİNCİ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNATIN CEZA KOŞULUNDAN ve DİĞER BENZER

KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

| | | |
|---------|--|----|
| 2.1 | Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi | 85 |
| 2.1.1 | Genel Olarak Ceza Koşulu | 85 |
| 2.1.2 | Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi Gerekliliği | 86 |
| 2.1.3 | Götürü Tazminat ile Ceza Koşulu Arasındaki Farklar | 93 |
| 2.1.3.1 | Amaç Bakımından..... | 93 |
| 2.1.3.2 | Zarar ile İlişkisi Bakımından..... | 94 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 2.1.3.3 | Kusur ile İlişkisi Bakımından..... | 95 |
| 2.1.3.4 | Asıl Borcun İfası ile İlişkisi Bakımından..... | 96 |
| 2.1.3.5 | Kararlaştırılan Edimin Konusu Bakımından..... | 98 |
| 2.1.3.6 | Uygulanacak Hükümler Bakımından..... | 99 |
| 2.1.4 | Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar..... | 100 |
| 2.1.5 | Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Durum..... | 107 |
| 2.1.5.1 | Kara Avrupası Hukuk Sistemi Bakımından..... | 107 |
| 2.1.5.1.1 | Alman Hukukunda..... | 107 |
| 2.1.5.1.2 | İsviçre Hukukunda..... | 109 |
| 2.1.5.1.3 | Fransız Hukukunda..... | 110 |
| 2.1.5.1.4 | Hollanda Hukukunda..... | 111 |
| 2.1.5.2 | Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi Bakımından..... | 113 |
| 2.1.5.3 | Uluslararası Sözleşmeler Bakımından..... | 118 |
| 2.1.5.3.1 | Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinde..... | 118 |
| 2.1.5.3.2 | Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde..... | 120 |
| 2.1.5.3.3 | Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşmasında..... | 121 |
| 2.2 | Diğer Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi..... | 126 |
| 2.2.1 | Cayma Parasından ve Dönme Cezasından..... | 126 |
| 2.2.2 | Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmeden..... | 129 |
| 2.2.3 | Kefaletten..... | 130 |
| 2.2.4 | Şarta Bağlı Borçtan..... | 131 |
| 2.2.5 | Seçimlik Borçtan..... | 133 |
| 2.2.6 | Seçimlik Yetkiden..... | 135 |
| 2.2.7 | Sorumsuzluk Anlaşmasından..... | 136 |
| 2.2.8 | Götürü Ücretten..... | 138 |
| 2.2.9 | Sulh Sözleşmesinden, Davayı Kabulden, Davadan Feragatten ve Borç Tanımasından..... | 139 |
| 2.2.10 | Kanundan Doğan Götürü Tazminattan..... | 141 |
| 2.2.10.1 | Genel Olarak..... | 141 |
| 2.2.10.2 | Temerrüt Faizinden..... | 143 |
| 2.2.10.3 | İhbar Tazminatından..... | 147 |
| 2.2.10.4 | İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatından..... | 150 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 2.2.10.5 | Hamil veya Kendisine İhbarda Bulunan Cirantanın İhbar Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Halinde Ödemek Zorunda Kaldığı Tazminattan..... | 153 |
|----------|--|-----|

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT ALACAĞININ MUACCEL OLMASI

| | | |
|-------------|--|-----|
| 3.1 | Koşulları | 156 |
| 3.1.1 | Asıl Borcun İhlal Edilmiş Olması | 156 |
| 3.1.2 | Asıl Borcun İhlali Nedeniyle Bir Zarar Meydana Gelmiş Olması | 158 |
| 3.1.2.1 | Genel Olarak | 158 |
| 3.1.2.2 | Maddi Zarar..... | 161 |
| 3.1.2.2.1 | Müspet Zarar | 161 |
| 3.1.2.2.2 | Menfi Zarar | 162 |
| 3.1.2.3 | Manevi Zarar | 164 |
| 3.1.2.3.1 | Genel Olarak | 164 |
| 3.1.2.3.2 | Manevi Zarara İlişkin Götürü Tazminat Anlaşmalarının Yapılıp Yapılmayacağı Sorunu | 165 |
| 3.1.2.3.2.1 | Genel Olarak..... | 165 |
| 3.1.2.3.2.2 | Sorununun Manevi Tazminatın Niteliğini ve İşlevini Açıklayan Görüşler Bakımından Ele Alınması | 166 |
| 3.1.2.3.2.3 | Sorununun Bazı Götürü Tazminat Anlaşmalarının Aynı Zamanda Sorumsuzluk Anlaşması Niteliği Taşınması Bakımından Ele Alınması..... | 169 |
| 3.1.3 | Asıl Borcun İhlali İle Meydana Gelen Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağlı Bulunması..... | 171 |
| 3.1.4 | Asıl Borcun Kusurlu Olarak İhlal Edilmiş Olması..... | 172 |
| 3.2 | Sonuçları | 177 |
| 3.2.1 | Götürü Tazminat Alacağının İleri Sürülmesi | 177 |
| 3.2.2 | Genel Hükümlerden Doğan Taleplerin İleri Sürülmesi..... | 178 |
| 3.2.2.1 | Genel Olarak | 178 |
| 3.2.2.2 | Aynen İfa Talebi | 178 |
| 3.2.2.3 | Tazminat Talebi | 180 |
| 3.2.2.4 | Sözleşmeden Dönme..... | 181 |

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
GÖTÜRÜ TAZMİNATIN GEÇERSİZLİĞİ ve HAKİMİN GÖTÜRÜ TAZMİNATA
MÜDAHALESİ

| | | |
|-------------|---|-----|
| 4.1 | Götürü Tazminatın Geçersizliği | 185 |
| 4.1.1 | Genel Olarak | 185 |
| 4.1.2 | Asıl Borcun Geçersizliği Nedeniyle Götürü Tazminatın Geçersiz Olması | 185 |
| 4.1.3 | Asıl Borçtan Bağımsız Olarak Götürü Tazminatın Geçersiz Olması | 188 |
| 4.1.3.1 | Götürü Tazminatın Yokluğu | 188 |
| 4.1.3.1.1 | Genel Olarak | 188 |
| 4.1.3.1.2 | Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminatın Yazılmamış Sayılması | 189 |
| 4.1.3.2 | Götürü Tazminatın Kesin Hükümsüzlüğü | 191 |
| 4.1.3.2.1 | Genel Olarak | 191 |
| 4.1.3.2.2 | Götürü Tazminatın Hukuka Aykırı Olması | 192 |
| 4.1.3.2.2.1 | Genel Olarak | 192 |
| 4.1.3.2.2.2 | Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin TBK md.115 ve md.116 Hükümleri Karşısında Götürü Tazminatın Durumu..... | 194 |
| 4.1.3.2.2.3 | Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminatın Durumu | 197 |
| 4.1.3.2.2.4 | 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin 5. Maddesi Karşısında Götürü Tazminatın Durumu | 201 |
| 4.1.3.2.3 | Götürü Tazminatın Ahlaka Aykırı Olması | 205 |
| 4.1.3.2.4 | Götürü Tazminatın İmkansız Olması..... | 208 |
| 4.1.3.3 | Götürü Tazminatın İptal Edilebilirliği | 210 |
| 4.1.3.3.1 | Genel Olarak | 210 |
| 4.1.3.3.2 | İrade Bozuklukları | 210 |
| 4.1.3.3.2.1 | Yanılma..... | 210 |
| 4.1.3.3.2.2 | Aldatma..... | 214 |
| 4.1.3.3.2.3 | Korkutma | 217 |
| 4.1.3.3.3 | Aşırı Yararlanma..... | 219 |
| 4.1.4 | Götürü Tazminatın Geçersizliğinin Asıl Borca Etkisi..... | 220 |
| 4.2 | Götürü Tazminata Hakimin Müdahalesi | 224 |
| 4.2.1 | Genel Olarak | 224 |
| 4.2.2 | Sözleşmenin Uyarlanması Bakımından..... | 227 |
| 4.2.3 | Aşırı Tazminat Miktarının İndirilmesi Bakımından..... | 233 |

| | | |
|------------------------|---|------------|
| 4.2.4 | Tazminat Miktarının Artırılması Bakımından | 234 |
| 4.2.5 | Tazminattan İndirim Sebeplerinin Uygulanması Bakımından | 236 |
| SONUÇ | | 239 |
| KAYNAKÇA | | 244 |
| Ö Z G E Ç M İ Ş | | 256 |

KISALTMALAR LİSTESİ

| | |
|-------------|--|
| ABA | :American Bar Association |
| AGB | :Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGG | :Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl I S. 1897) |
| A2d | :Atlantic Reporter, Second Series |
| ABD | :Ankara Barosu Dergisi |
| A.C. | :Law Reports, Appeal Cases |
| AcP | :Archiv für die civilistische Praxis |
| Ala L. Rev. | :Alabama Law Review |
| All ER | :All England Law Reports |
| ALR | :American Law Reports |
| ALR3d | :American Law Reports Third Series |
| Ariz. | :Arizona Reports |
| Art. | :Artikel |
| Aufl. | :Auflage |
| AÜEHFD | :Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜHFD | :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| b. | :Bent |
| BATİDER | :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BB | :der Betriebsberater |
| BB1 | :Bundesblatt |
| Bd. | :Band |
| BGB | :Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 |
| BGE | :Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung |
| BGer. | :Bundesgericht |
| BGH | :Deutscher Bundesgerichtshof |
| BGHZ | :Entscheidungen des BGH in Zivilsachen |
| bkz. | :Bakınız |
| BW | :Burgerlijk Wetboek |
| C. | :Cilt |
| CCC | :California Civil Code |

| | |
|---------------|---|
| C.P. | :Common Pleas |
| CA | :California Appellate Reports |
| Cal. | :California Reports (Supreme Court) |
| Cal. Rptr | :California Reporter |
| cert. | :Certiorari |
| ch. | :Chapter |
| CISG | :United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods |
| CLY | :Current Law Year Book |
| Co. | :Company |
| Com. | :Connecticut Reports |
| Çev. | :Çeviren |
| DEÜHFD | :Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Dick. L. Rev. | :Dickinson Law Review |
| Diss. | :Dissertation |
| dn. | :Dipnot |
| Drake L. Rev. | :Drake Law Review |
| E. | :Esas |
| ed. | :Editör |
| Eds. | :Editors |
| Eng. Rep. | :English Reports |
| EWCA Civ. | :England and Wales Court of Appeal Civil Division |
| EWHC | :England and Wales High Court |
| f. | :Fıkra |
| ff. | :und folgende(r) |
| F.2d | :Federal Reporter, Second Series |
| F. Supp. | :Federal Supplement |
| Ga. | :Georgia Reports |
| GÜHFD | :Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD. | :Hukuk Dairesi |
| HGK. | :Hukuk Genel Kurulu |
| HLR | :Housing Law Reports |
| Ill | :Illinois Reports |
| Ill 2d. | :Illionis Reports Second Series |
| Ill App. 2d. | :Illinois Appellate Court Reports Second Series |

| | |
|------------------------------|--|
| Ill App. 3d. | :Illinois Appellate Court Reports Third Series |
| Ill Dec. | :Illinois Decisions |
| Inc. | :Incorporated |
| Ind. | :Indiana Reports |
| Ins. L. J. | :Insurance Law Journal |
| IRLR | :Industrial Relations Law Report |
| İBD | :İstanbul Barosu Dergisi |
| İBK | :İçtihadı Birleştirme Kararı |
| İİK | :2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu |
| İÜHFM | :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | :Karar |
| Kan. | :Kansas Report |
| L.T. | :Law Times Reports |
| Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. | :Loyola Los Angeles International and Comparative Law Journal |
| MHAD | :Mukayeseli Hukuk Araştırmaları |
| MHB | :Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni |
| Md. | :Maryland Reports |
| md. | :Madde |
| Me. | :Maine Reports |
| Mich. L. Rev. | :Michigan Law Review |
| Minn. L. Rev. | :Minnesota Law Review |
| Misc. | :Miscellaneous Law Reports (New York) |
| Mo. | :Missouri Reports |
| Mo. App. | :Missouri Appeals Reports |
| Mont. | :Montana Reports |
| N. | :Nummer |
| ND | :North Dakota Reports |
| N.H. | :New Hampshire Reports |
| N.J.L. | :New Jersey Law Reports |
| N.M. | :New Mexico Reports |
| NE2d | :North Eastern Reporter Second Series |
| NI | :Northen Ireland Law Reports |
| NJW | :Neue Juristische Wochenzeitschrift |
| No. | :Numara |

| | |
|------------------|---|
| NW. | :North Western Reporter |
| NW2d | :North Western Reporter, Second Series |
| Oger. LU, OW, ZH | :Obergericht Luzern, Obwalden, Zürich |
| OLG | :Oberlandesgericht |
| OR | :Schweizerisches Obligationenrecht |
| P. | :Part |
| P.2d | :Pasific Reporter Second Series |
| Pa. | :Pennsylvania State Reports |
| parag. | :Paragraf |
| Pa. Super | :Pennsylvania Superior Courts reports |
| PECL | :Principles of European Contract Law |
| pp. | :pages |
| QB | :Queens Bench |
| RG | :Resmi Gazete |
| Rptr | :Reporter |
| S. Ct. | :Supreme Court Reporter |
| s. | :Sayfa |
| S. | :Sayı |
| S. Cal. L. Rev. | :South California Law Review |
| SCL | :South California Reports |
| S.D.N.Y. | :Southern District of New York |
| S.E.2d | :South Eastern Reporter, Second Series |
| Sec. | :Section |
| SJZ | :Schweizerische Juristenzeitung |
| St.Mary's L.J. | :St. Mary's Law Journal |
| SW2d | :South Western Reporter, Second Series |
| T. | :Tarih |
| TBB | :Türkiye Barolar Birliği |
| TBK | :6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| Tenn. | :Tennessee Reports |
| TKHK | :6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TMK | :4721 sayılı Türk Medeni Kanunu |
| TTK | :6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| U.S. | :United States |
| UKHL | :United Kingdom House of Lords |

| | |
|----------|---|
| UNIDROIT | :Institut International Pour L'unification Du Droit Prive |
| USA | :United States of America |
| v. | :versus |
| vd. | :ve devamı |
| Vol. | :Volume |
| Vorbem. | :Vorbemerkungen |
| Wis. | :Wiscosin Reports |
| YKD | :Yargıtay Kararları Dergisi |
| ZGB | :Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR210) |

ÖZET

Zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin genel esaslar çerçevesinde, zararın kapsamının net olarak tespit edilememesi ve hakime, tazminatı tamamen kaldırmaya kadar giden geniş bir takdir yetkisinin verilmesi nedeniyle, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde malvarlığında rızası dışında bir eksilme meydana gelen alacaklının, bir tazminat ödemesine kavuşup kavuşamayacağı belirsizdir. O halde, taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler. Bu noktada, zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi bakımından söz konusu olan belirsizliği gidermeye ve hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini dışlamaya yönelik olarak götürü tazminat anlaşmaları devreye girer. Götürü tazminat, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat edimi olarak tanımlanmaktadır. Götürü tazminat, ortak özellikleri bulunmakla birlikte, götürü ücretten, cayma parasından, dönme cezasından, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden, kefaletten, şarta bağlı borçtan, seçimlik borçtan, seçimlik yetkiden, sorumsuzluk anlaşmasından, sulh sözleşmesinden, davayı kabulden, davadan feragatten ve borç tanınmasından farklıdır. En önemlisi de götürü tazminat anlaşması, oldukça benzemekle birlikte, ceza koşulundan farklıdır. Bu nedenle, götürü tazminat anlaşması, genel hükümlere tabidir ve ceza koşuluna ilişkin kuralların kıyasen de olsa, götürü tazminata uygulanması mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Götürü tazminat, ceza koşulu, sözleşmenin ihlali, tazminat hukuku, sözleşmeler hukuku.

SUMMARY

LIQUIDATED DAMAGES

Due to the difficulty in calculation of damages and the broad judicial discretion available to completely remove the compensation in accordance with the general principles of damages, it is uncertain whether the performing party will have a compensation payment in case of breach of contract. Within the framework of freedom of contract, parties, through making an agreement, can specify the sum that will be paid on the failure of a party to perform or comply with one of the contractual obligations. At this point, liquidated damages can be stipulated to eliminate the uncertainty in calculation of damages and exclude the broad judicial discretion available to completely remove the compensation. Liquidated damages are defined as specified sums agreed to be paid in case of breach of contract. Although liquidated damages have common legal characteristics with some legal remedies such as lump-sum fee, forfeit money, penal sum, suretyship, conditional obligation, alternative obligation, non-liability clause, settlement arrangement, withdrawal of the lawsuit and acknowledgement of debt, liquidated damages clauses are different from all these. Most importantly, despite the quite similarities, liquidated damages clauses are different from penalty clauses. For this reason, liquidated damages clauses are subject to general provisions and it is impossible to implement the provisions on the penalty clauses, even by analogy, to liquidated damages clauses.

Keywords: Liquidated damages, penalty clause, breach of contract, damages law, contracts law.

GİRİŞ

§ 1. Konunun Takdimi

Sözleşmeler alanında, özellikle uluslararası sözleşmeler ile inşaat ve sigorta sözleşmelerinde yaygın olarak başvuru götüre tazminat anlaşmaları, ülkemizde çok az bilimsel çalışmaya konu olmuştur¹. Kıta Avrupası bakımından da durumun çok farklı olduğunu söylemek mümkün değildir². Bu durumun Kıta Avrupası hukuk sisteminde ceza koşulu uygulamasının, götüre tazminatın önüne geçmesinden kaynaklandığı düşünülebilir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, götüre tazminat anlaşmasına ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel incelemeler söz konusudur³. Bu durum, Anglo-Amerikan

¹ Bkz. Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara 2009, s.97-124; Kocaağa, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, *TBB Dergisi*, S. 74, 2008, s.149-157; Kocaağa, Köksal: *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s.49 vd.; Tunçomağ, Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, s.23 vd.; Kapanıcı, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul 2013, s.655-683; Sarı, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)*, 1. Bası, İstanbul 2011, s.299-304; Akkayan Yıldırım, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFMD*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.357-414; Cansel, Erol/Özel, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.713-733; Yıldırım, Mustafa Fadıl: “Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.2, 2011, s.29-43; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *GÜHFMD*, C.III, S.1-2, 1999, 28 Nisan 2015 tarihinde http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf adresinden erişilmiştir; Birsal, Mahmut T./Sevi, Murat: “3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı”, *DEÜHFMD*, C.11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s.1029-1070.

² İsviçre hukuku için bkz. Fischer Thomas: *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Diss. Zürich 1988; Oertli, Theres: *Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe*, Luzern 2004. Bunun dışında çoğu zaman ceza koşulunu ele alan çalışmalarda, götüre tazminat anlaşmasına kısaca değinilmiştir. Bkz. Bentele, Roland: *Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR*, Diss. Freiburg 1994; Koller, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in: Koller, Alfred (Hrsg.): *Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen*, St. Gallen 1996, s.1 ff. Almanya’da ise, durum nispeten farklıdır. Konuya ilişkin daha fazla inceleme yer almaktadır. Bkz. Beuthien, Volker: “Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe”, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973, s. 495 ff.; Birkenfeld-Pfeiffer, Daniela: *Schadenersatzpauschalierung zwischen legitimer Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und einseitiger Selbstbevorzugung des Verwenders*, Frankfurt am Main 1991; Fischer, Detlev: *Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung*, Diss. Freiburg im Breisgau, Frankfurt am Main 1981; Hess, Claus: *Die Vertragsstrafe, Ein unbekanntes Mittel privater Genugtuung*, Berlin 1993; Lindacher, Walter F.: *Phänomenologie der „Vertragsstrafe“*, Habil. Würzburg, Frankfurt am Main 1972; Steltmann, Isabel: *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens*, Diss. Mannheim, Berlin 2000.

³ Benjamin, Peter: “Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.; Brightman, Alvin C.: “Liquidated Damages”, *Columbia Law Review*, Vol.25, No.3, 1925, pp.277-304; Chappel, David: *Construction Contracts: Questions and Answers*, 2nd Edition, 2010; Collin, Thomas J.: *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook*, ABA, 1998; Drake, Joseph H.: “Liquidated Damages and Estoppel by Contract”, *Michigan Law Review*, Vol.9, No.7, 1911, pp.588-594;

hukuk sisteminin ceza koşulu kurumunu reddetmesinden kaynaklanır.

Götürü tazminatın hukuki dayanağı sözleşme olabileceği gibi kanun da olabilir. Ancak bu çalışmanın konusunu, hukuki dayanağını sözleşmeden alan götürü tazminat, başka bir deyişle sözleşmesel götürü tazminat oluşturmaktadır. Götürü tazminat anlaşmasına ilişkin ele alınması ve üzerinde durulması gereken birçok hukuki mesele söz konusudur. Ancak Türk hukuku bakımından götürü tazminat anlaşmasına ilişkin kapsamlı bir çalışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, bu alanda söz konusu olan boşluğun nitelikli ve kapsamlı bir çalışma ile doldurulmasıdır. Çalışmanın yakın ve teorik amacı, bu şekilde açıklanabilir. Çalışmanın uzak ve pratik amacı ise, götürü tazminat anlaşmasına ilişkin sorunları çözüme kavuşturarak uygulayıcıya yol göstermek ve bu kurumu teşvik etmek suretiyle alacaklının, götürü tazminat anlaşması sayesinde sözleşmenin ihlali halinde talep edebileceği tazminat alacağını baştan bilmesinin ve kendini hukuk düzeni karşısında güven içinde hissetmesinin sağlanması, zaman kaybının önlenmesi, yargılama masraflarının ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıdır.

Çalışma giriş ve sonuç bölümleri hariç toplam dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; götürü tazminat ve götürü tazminat anlaşması kavramları, götürü tazminat anlaşmasının unsurları, şekli, hukuki niteliği, türleri, amacı, düzenleniş biçimi ve uygulama

Eggleston, Brian: *Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; Goetz, Charles J./Scott, Robert E.: "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594; Jaffey, Peter: "Restitutory Remedies in the Contractual Context", *The Modern Law Review*, Vol.76, No.3, 2013, pp.429-463; J.F.H.: "Damages, Penalty or Liquidated Damages", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol.63, No.3, 1915, pp.220-223; Kaplan, Phillip R.: "A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages", *California Law Review*, Vol.50, No.4, 1977, pp.1055-1063; Klas, Gregory: "Contracting for Cooperation in Recovery", *Yale Law Journal*, Vol.117, No.1, 2007-2008, pp.2-50; Knowles, J. Roger: *200 Contractual Problems and Their Solutions*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; McCormick, Charles T.: "Liquidated Damages", *Virginia Law Review*, Vol.17, No.2, 1930, pp.103-128; Miller, Lucinda: "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.53, No.1, 2004, pp.79-106; O'Malley, J. Terence: "Late-Payment Charges: Meeting the Requirements of Liquidated Damages", *Stanford Law Review*, Vol.27, No.4, 1975, pp.1133-1148; Pearce, David/Halson, Roger: "Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.28, No.1, 2008, pp.73-98; Rea, Samuel A. Jr.: "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167; Schwartz, Alan/Scott, Robert E.: "Contract Theory and The Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, Vol.113, No.3, 2003-2004, pp.541-605; Sedgwick, Arthur George: *Elements of the Law of Damages*, 2nd Edition, Boston 1909; Stanley, M. Arndt: "Liquidated Damages in California", *California Law Review*, Vol. 10, No. 1, 1921, pp. 8-41; Stole, Lars A.: "The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information", *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol.8, No.3, 1992, pp.582-606; Sweet, Justin: "Liquidated Damages in California", *California Law Review*, Vol. 60, No.1, 1972, pp. 84-145; Talley, Eric L.: "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", *Stanford Law Review*, Vol. 46, No.5, 1994, pp.1195-1243; Webb, Charlie: "Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.26, No.1, 2006, pp.41-71; Wilkinson-Ryan, Tess: "Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment", *Michigan Law Review*, Vol.108, No.5, 2010, pp.633-671; Yavuztürk, Duygu: "Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.1, 2011, s.225-281.

alanı üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde, götürü tazminat anlaşmasının benzer kavramlardan farkı incelenmiş ve götürü tazminat anlaşması, ceza koşulundan ayırt edilmiştir. Üçüncü bölümde, götürü tazminat alacağının muaccel olması bakımından aranan koşullar ile götürü tazminat alacağının muaccel olmasının sonuçları ele alınmıştır. Son olarak, dördüncü bölümde, götürü tazminatın geçersizliği ve götürü tazminata hakim müdahalesi konuları üzerinde durulmuştur.

§ 2. Genel Olarak Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinin İhlali Sebebiyle Ortaya Çıkan Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Belirlenmesi

I. Genel Olarak

Hukuki sonuca yönelik, birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamalarından oluşan işlemlere, sözleşme denir⁴. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, *edim yükümlülükleri* ile *yan yükümlülükler* içerir⁵. Borçlu, bu yükümlülükler uygun hareket etmek, bu yükümlülüklerin gereğini yerine getirmek ve ilgili yükümlülükleri ihlal etmemek zorundadır⁶. Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği edim veya yan yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin ihlali anlamına gelir ve sözleşme sorumluluğunun temelini oluşturur⁷. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali ise farklı şekillerde karşımıza çıkar. Bunlar; borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi, borçlunun temerrüdü, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve bağımsız yapmama borçlarının ihlalidir⁸.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, alacaklı zarara uğramış olabilir. Zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir⁹.

⁴ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s.166; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.51; Kocayusufoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), 6. Bası, İstanbul 2014, s.165; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10.Bası, İstanbul 2012, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s.40; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s.12 vd., 28; Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012, s.197; Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I, Ankara 2003, s.91; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler), 6. Bası, Kırklareli 2003, s.106.

⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1035; Oğuzman/Öz, C.I, s.4.

⁶ Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 133; Eren, Genel Hükümler, s.1035.

⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1036.

⁸ Borcun ifa edilmemesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, s.395 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1025 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.376 vd.

⁹ Eren, Genel Hükümler, s.521; Tandoğan, Mesuliyet, s.252-253; Oğuzman/Öz, C.I, s.428; Uygur, C.I, s.82 vd.; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 6. Bası, Kırklareli 2003, s.175; Karahasan, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku (Birinci Kitap: Maddi Tazminat- İkinci Kitap: Manevi Tazminat), İstanbul 1996, s.53; Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 5. Bası, Ankara 2014, s.49; Topuz, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s.11.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir¹⁰. Alacaklı, sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi için borçludan tazminat talep edebilir. Tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır¹¹. Görüldüğü üzere, zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli; zararın tamamını karşılamalıdır. Ancak tazminat, zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktar aşılmamalıdır¹². Bu nedenle, tazminatın belirlenmesinden önce zararın hesaplanması gerekir. Zararın hesaplanması, tazminat miktarının belirlenmesinin temelini oluşturur¹³. Bu noktada, TBK md.114 f.2 uyarınca sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesinde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümleri, kıyas yoluyla uygulanır¹⁴.

II. Zararın Hesaplanması

A. Zararın İspatı

TBK md.50 f.1 uyarınca zarar gören, *zararını ve zarar verenin kusurunu* ispat yükü altındadır¹⁵. Bu kural, TMK md.6'nın özel bir görüntüsüdür¹⁶. Zararın ve kusurun ispatına ilişkin temel düzenleme bu yönde olmakla birlikte sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde kusurun ispatı hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Çünkü kanun koyucu, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, *borçlu aleyhine aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi* öngörmüştür. Örneğin, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde uygulama alanı bulan TBK md.112 uyarınca borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, *kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Aynı şekilde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü halinde uygulama alanı bulan TBK md.118 uyarınca temerrüde düşen borçlu, *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe*, borcun geç ifası dolayısıyla alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

¹⁰ Oğuzman/Öz, C.I, s.435; Eren, Genel Hükümler, s.1054; Tandoğan, Mesuliyet, s.424.

¹¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 11. Bası, İstanbul 2014, s.111; Uygur, C.I, s.84.

¹² Yargıtay 4. HD., T.12.1.1982, E.1982/13394 K.1982/274: "...Uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder." (YKD 1982, S.5, s.545 vd.); Tandoğan, Mesuliyet, s.430; Oğuzman/Öz, C.II, s.111; Eren, Genel Hükümler, s.724; Kılıçoğlu, Ahmet, s.419.

¹³ Kılıçoğlu, Ahmet, s.419; Eren, Genel Hükümler, s.724; Tandoğan, Mesuliyet, s.261; Oğuzman/Öz, C.II, s.84.

¹⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.430 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.428.

¹⁵ Hatemi/Gökyayla, s.151; Tandoğan, Mesuliyet, s.261; Uygur, C.II, s.2011.

¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s.724; Tandoğan, Mesuliyet, s.262.

Öte yandan TBK md.125 f.3 uyarınca borçlu *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmezse* alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. O halde, TBK md.50 f.1 ile TBK md.112, TBK md.118 ve TBK md.125 f.3 bir arada değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşılmaktadır: Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, alacaklı *yalnızca* malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ve bu eksilmenin miktarını ispat yükü altındadır. Alacaklı, sözleşmenin ihlal edilmesinde borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir¹⁷; çünkü sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olduğu, bir ön kabuldür; ispat yükü, haksız fiillerden farklı olarak ters çevrilmiştir¹⁸.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ve bu eksilmenin miktarını ispat etmek kimi zaman oldukça kolaydır. Buna karşılık, zararın varlık ve miktarının tam olarak ispatı, bazı hallerde çok zor ve hatta imkansız olabilir¹⁹. Bazen de zararın varlık ve miktarını tam olarak ispat etmek mümkün olmakla birlikte, bunun ispatı alacaklıdan beklenilmeyebilir²⁰. Sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının uğramış olduğu az bir zarara karşılık, keşif ve bilirkişi incelemesi için alacaklının aşırı bir masraf yapmak zorunda kalması, bu duruma örnek gösterilebilir²¹. Kar mahrumiyetinin ispatı da yine bu kapsamda değerlendirilebilir²². Bu durumda, TBK md.50 f.2 uyarınca hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Bu hüküm ile hakime tanınmış olan takdir yetkisinin hem zararın varlığı hem de zararın miktarı yönünden geçerli olduğu ifade edilmektedir²³.

B. Zararın Hesaplanacağı Tarih

Haksız fiil sorumluluğunda zararın hesaplanacağı tarih, doktrinde tartışmalıdır. Zararın hesaplanacağı tarih, zarar veren olayın gerçekleştiği tarih olabileceği gibi, davanın açıldığı veya kararın verildiği tarih de olabilir. Doktrinde hakim görüş, kararın verildiği tarih yönündedir²⁴.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde ise, zararın tespit ve hesaplanmasında esas alınacak tarihin alacaklının takdirinde olduğu ifade edilmektedir²⁵.

¹⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s.450; Tandoğan, Mesuliyet, s.421.

¹⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s.421.

¹⁹ Oğuzman/Öz, C.II, s.84; Tandoğan, Mesuliyet, s.262.

²⁰ Eren, Genel Hükümler, s.725; Tandoğan, Mesuliyet, s.263.

²¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.263; Eren, Genel Hükümler, s.725.

²² Oğuzman/Öz, C.II, s.84; Tandoğan, Mesuliyet, s.263.

²³ Eren, Genel Hükümler, s.725; Tandoğan, Mesuliyet, s.263.

²⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.265; Eren, Genel Hükümler, s.726; Oğuzman/Öz, C.II, s.85.

²⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1053.

Buna göre, alacaklı dilerse zarar, borçlunun borcu ifa etmek zorunda olduğu tarih esas alınarak hesaplanır; çünkü borçlu borca uygun olarak borcunu ifa zamanında yerine getirmiş olsaydı, alacaklının malvarlığı bu tarihte artmış olacaktı. Öte yandan sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının malvarlığı, alacaklının iradesi dışında azalmıştır. Bu nedenle alacaklı, dilerse zararın hükmün verildiği tarihte de hesaplanmasını isteyebilir. O halde, zararın hesaplanmasında alacaklı için en elverişli tarih esas alınmalıdır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi türlerinden biri olan borçlunun temerrüdünde ise zararın hesaplanacağı tarih, temerrüdün gerçekleştiği veya verilen ek sürenin dolduğu tarihtir²⁶. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir. Bu durumda, zararın belirlenmesi ve hesaplanmasında esas alınacak tarihin, alacaklının vazgeçme beyanında bulunduğu tarih olduğu belirtilmektedir; asli (ilk) edimin daha sonra değerinin artmasının veya azalmasının göz önünde tutulmayacağı; çünkü alacaklının edimi, bu anda reddetmiş bulunduğu ifade edilmektedir²⁷. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde, alacaklı sözleşmeden dönme yetkisine de sahiptir. TBK md.125 f.3 uyarınca alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Bu durumda, zararın belirlenmesi ve hesaplanması bakımından esas alınacak tarih, sözleşmenin kurulduğu veya alacaklının sözleşmeden döndüğü tarih değil; hükmün verildiği tarihtir²⁸.

C. Hesaplama Yöntemleri

Zarar, bir kimsenin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir²⁹. Zararın hesaplanması konusunda, bazı teoriler ileri sürülmektedir. İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku bakımından benimsenen teori, fark teorisi³⁰. Fark teorisi uyarınca, malvarlığında eksilmeye neden olan olay sonrası ortaya çıkan fiili durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasında bir karşılaştırma yapılır. Ortaya çıkan negatif fark, uğranılan zararı ifade eder³¹. Doktrinde, fark teorisi esas alınarak *soyut (objektif) hesaplama yöntemi* ve *somut (sübjektif) hesaplama yöntemi* olmak üzere iki hesaplama yöntemi geliştirilmiştir³². Zararın hesaplanmasında kural olarak sübjektif

²⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1053.

²⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1119.

²⁸ Eren, Genel Hükümler, s.1125.

²⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s.252-253; Oğuzman/Öz, C.I, s.428; Eren, Genel Hükümler, s.521.

³⁰ Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.14, dn.27-28.

³¹ Oğuzman/Öz, C.I, s.438; Eren, Genel Hükümler, s.739.

³² Oğuzman/Öz, C.I, s.441; Eren, Genel Hükümler, s.739.

(somut) hesaplama yöntemi uygulanır. Objektif (soyut) hesaplama yöntemine ise ancak bir kanun hükmünün bu yöntemi öngördüğü hallerde başvurulur³³.

Soyut (objektif) hesaplama yönteminde, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının iradesi dışında malvarlığında meydana gelen somut eksilme dikkate alınmaz. Aksine bu hesaplama yönteminde, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının eksilen malvarlığı değerinin, serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır³⁴. Ortalama değer ifadesi ile anlatılmak istenen, bir malvarlığı değerinin genel ticarî değeridir. Buna *mübadele değeri*, *rayiç değer* veya *piyasa değeri* de denilmektedir. Bu yöntemde, sübjektif durum ve ilişkiler dikkate alınmaz³⁵. TBK md.213 f.3 hükmünde, taşınır satışlarında satıcının temerrüde düşmesi halinde zararın hesaplanmasında, soyut (objektif) yöntemin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükme göre, satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın alma zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Aynı şekilde TBK md.236 f.3 hükmünde taşınır satışlarında alıcının temerrüde düşmesi halinde zararın hesaplanmasında, soyut (objektif) yöntemin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Somut (sübjektif) hesaplama yönteminde ise sözleşmenin ihlali nedeniyle, alacaklının iradesi dışında malvarlığında meydana gelen somut eksilme dikkate alınır. Zarar, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının arz ettiği fiilî durum ile borcun gereği gibi ifası halinde arz edeceği farazî durum arasındaki fark olduğuna göre bu yöntemde, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaati göz önünde tutulur³⁶. Bu yöntemin, sorumluluk hukukunun amacına uygun düştüğü ifade edilmektedir³⁷.

D. Denkleştirme (Zarardan Faydaların İndirilmesi)

Sözleşmenin ihlali nedeniyle zarara uğrayan alacaklı, bazı hallerde sözleşmenin ihlali nedeniyle ekonomik yararlar da elde etmiş olabilir. Gerçekten, bazı hallerde sözleşmenin ihlali, alacaklının malvarlığında iradesi dışında bir azalamaya neden olurken, aynı zamanda alacaklının malvarlığında belirli bir artışa neden olur. Bu gibi hallerde, zararın hesaplanmasında, sözleşmenin ihlaliyle alacaklının malvarlığında meydana gelen artışın dikkate alınması ve sözleşmenin ihlaliyle alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin nihai ve tam olarak hesaplanabilmesi için bu artışın zarardan düşülmesi

³³ Tandoğan, Mesuliyet, s.275-276; Eren, Genel Hükümler, s.739.

³⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s.442; Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Eren, Genel Hükümler, s.739.

³⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Eren, Genel Hükümler, s.739.

³⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.441; Tandoğan, Mesuliyet, s.275; Eren, Genel Hükümler, s.740.

³⁷ Eren, Genel Hükümler, s.740.

gerekir; buna, zarardan faydaların indirilmesi veya denkleştirme denir³⁸.

Denkleştirme işlemi, tazminatın belirlenmesine ilişkin değil; zararın hesaplanmasına ilişkindir³⁹. Çünkü denkleştirme işlemi sonunda alacaklının malvarlığının sözleşmenin ihlalden önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki fark bulunmuş olur⁴⁰. Denkleştirme işleminin zararın hesaplanması aşaması yerine, tazminatın belirlenmesi aşamasında yapılması, ödenmesi gereken tazminat miktarını alacaklı aleyhine etkiler⁴¹.

Denkleştirme işleminin yapılabilmesi için, her şeyden önce sözleşmenin ihlalinin, alacaklı lehine ekonomik bir yarar sağlaması gerekir. Ayrıca alacaklının malvarlığında meydana gelen yarar, sözleşmenin ihlali ile uygun illiyet bağı içerisinde olmalıdır. Son olarak denkleştirme, kanuna veya taraf iradelerine aykırılık teşkil etmemelidir⁴².

Zarardan faydaların indirilmesi, bir başka deyişle denkleştirme, niteliği itibariyle takas değildir. Takasta alacaklı ve borçlu aynı nitelikte karşılıklı alacaklara sahiptir. Burada ise alacaklının borçluya karşı sahip olduğu tazminat alacağına karşılık, denkleştirilecek yararlar üzerinde herhangi bir alacak hakkı söz konusu değildir⁴³. Hakim, denkleştirmeyi re'sen yapar. Dava dosyasından zarardan düşülmesi gereken bir yararın varlığı anlaşılıyorsa, hakim bu durumu kendiliğinden dikkate alır⁴⁴. Bu nedenle denkleştirme, def'i niteliğinde değil; itiraz niteliğindedir⁴⁵. Sözleşmenin ihlaliyle alacaklının malvarlığında meydana gelen artışın varlığını ve miktarını ispat yükü, sözleşmeyi ihlal eden borçluya düşer. Artışın miktarı, tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, TBK md.50 f.2 uyarınca artışın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyebilir⁴⁶.

III. Tazminatın Belirlenmesi

A. Tazminatın Miktarının Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklı aleyhine bir zarar meydana geldiğinde, alacaklı sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi için borçludan tazminat talep edebilir. Alacaklının borçludan tazminat talep edebilmesi için borçlunun sözleşmeyi ihlal etmiş olması, borçlunun sözleşmenin ihlalinde

³⁸ Eren, Genel Hükümler, s.729; Tandoğan, s.267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.586; Ergüne, Olumsuz Zarar, s.327; Oğuzman/Öz, C.II, s.87.

³⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s.272; Eren, Genel Hükümler, s.729

⁴⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.267; Oğuzman/Öz, C.II, s.87; Eren, Genel Hükümler, s.729.

⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s.730; Tandoğan, Mesuliyet, s.272.

⁴² Denkleştirmenin şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s.268 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.732 vd.

⁴³ Eren, Genel Hükümler, s.731.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, C.II, s.91; Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Eren, Genel Hükümler, s.731.

⁴⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Eren, Genel Hükümler, s.731.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, C.II, s.91; Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Eren, Genel Hükümler, s.731.

kusurunun bulunması, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması ve sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir⁴⁷. Tazminatın amacı, zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır⁴⁸.

Zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı vardır. Bu bakımdan maddî tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir; buna *tam tazmin ilkesi* denir⁴⁹. Ancak, tazminat aynı zamanda zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktarı aşmamalıdır. Çünkü tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değil, gerçekleşen zararı gidermektir⁵⁰. Tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Somut olayda gerçekleşen özel sebepler, tazminattan bazı indirimlerin yapılmasını, dolayısıyla tazminat miktarının, zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. Özellikle, zararlı sonucun doğmasında zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylar da etkili olmuşsa tazminattan bir miktar indirim yapılması, hakkaniyete uygun düşer⁵¹. Nitekim TBK md.51 ve 52’de bazı haller, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde, hakime tazminattan indirim yapma, hatta tazminatı tamamen kaldırma yetkisi tanınmıştır⁵².

2. İndirim Sebepleri

a. Genel Olarak

Tazminattan indirim sebepleri, Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri bakımından uygulama alanı bulan md.51 ve md.52 ile diğer bazı özel kanunlarda⁵³ düzenlenmiştir. TBK md.51 f.1 uyarınca, hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. TBK md.52 f.1 uyarınca ise zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Ayrıca TBK md.52 f.2 uyarınca, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve

⁴⁷ Sözleşmesel sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.

⁴⁸ Tandoğan, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762.

⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.762; Tandoğan, Mesuliyet, s.315.

⁵⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762; Oğuzman/Öz, C.II, s.111.

⁵¹ Oğuzman/Öz, C.II, s.115.

⁵² Eren, Genel Hükümler, s.763.

⁵³ Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda da tazminattan indirim sebepleri düzenlenmiştir. Bkz. md.86 f.2, md.87 f.1.

hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir. TBK md.51 ve md.52 bir arada değerlendirildiğinde, tazminattan indirim sebepleri; zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması, tazminatı ödemenin zarar vereni yoksulluğa düşürecek olması ve diğer sebepler olarak sıralanabilir. Öte yandan sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan TBK md.114 f.2 uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır. Bu nedenle, TBK md.51 ve md.52'de sayılan indirim sebepleri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatın belirlenmesinde de dikkate alınır⁵⁴. Aşağıda sırasıyla bu indirim sebepleri incelenmiştir.

b. Zarar Veren Kusurunun Hafif Olması

Kusur, kural olarak hem haksız fiil sorumluluğunun hem de sözleşmeden doğan (akdi) sorumluluğun kurucu unsurlarındandır. Gerçekten, haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulan TBK md.49 f.1 uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı şekilde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan TBK md.114 f.1 c.1 uyarınca borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Belirtmek gerekir ki, her iki sorumluluk türü bakımından da sorumluluğun doğmasında kusurun ağırlığı herhangi bir önem taşımaz. Kusurun ağırlığı, zarar verenin, zarar görene ödeyeceği tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır⁵⁵. Çünkü haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulan TBK md.51 f.1 uyarınca, hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu maddede, tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun ağırlığının dikkate alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Somut olayın özelliklerine göre hakim, hafif veya çok hafif kusur halinde, hakkaniyet düşüncesiyle tazminattan indirim yapabilir. Özellikle gerçekleşen zarara oranla kusurun çok hafif olması halinde bu yola başvurulabilir⁵⁶.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın belirlenmesinde, işin niteliği de önem taşır. Çünkü TBK md.114 f.1 c.2 uyarınca, borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir⁵⁷. Örneğin, taraflar arasında

⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1067.

⁵⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.315-316; Eren, Genel Hükümler, s.764; Oğuzman/Öz, C.II, s.117.

⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.591 vd.; Tandoğan, s.316; Eren, Genel Hükümler, s.764; Tunçomağ, s.478.

⁵⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s.449; Tandoğan, Mesuliyet, s.418; Eren, Genel Hükümler, s.1064.

kurulan bir kullanım ödünç sözleşmesinde ödünç veren bir karşılık almadığından, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın belirlenmesinde ödünç verenin sorumluluğu daha hafif değerlendirilir. Ücretsiz vekalet ve saklama sözleşmeleri de bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁵⁸.

Kusursuz sorumluluk halleri bakımından ise kusur, sorumluluğun kurucu unsurlarından değildir. Bu nedenle kusursuz sorumluluk halleri bakımından zarar verenin, zarar görene ödeyeceği tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun ağırlığı dikkate alınmaz. Zarar verenin hiçbir kusurunun bulunmaması halinde dahi tazminatın indirilmesi söz konusu değildir⁵⁹.

c. Zarar Görenin Zarara Rız Olması

TBK md.52 f.1 uyarınca, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Öte yandan, TBK md.63 f.2 uyarınca, zarar görenin, zarara rıza göstermesi, bir hukuka uygunluk sebebidir. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde davranış, her zaman yani en başından itibaren hukuka uygun bir davranıştır; böyle bir davranış, hiçbir zaman hukuka aykırılık teşkil etmez⁶⁰. Bu noktada, TBK md.63 f.2’de hükme bağlanan ve hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan mağdurun rızası ile TBK md.52 f.1’de hükme bağlanan ve tazminattan indirim sebeplerinden biri olan zarar görenin rızası arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Kişiler, sahip oldukları haklardan kural olarak vazgeçebilirler. Bir kişinin kendi hakkından vazgeçmesi, bu hakkın ihlal edilmesi halinde hukuk düzeni tarafından kendisine tanınmış korumadan vazgeçmesi anlamına gelir. Zarar görenin zarara rız olması halinde de kural olarak hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Zarara rıza göstermek, niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukuki işlemdir ve diğer hukuki işlemler gibi, bu işlemin de geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için TBK md.27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemesi ve konusunun imkansız olmaması gerekir⁶¹. Zarar gören, zararı doğuran fiile açık bir irade beyanıyla razı olabileceği gibi, rızanın, bazı olgulardan çıkartılması da mümkündür. Zarar görenin rızadan, zarar verici fiilden önce dönmesi mümkündür⁶².

Geçerli rıza, hukuka uygunluk sebebi olduğu için rıza gösterilen davranış, en başından itibaren hukuka uygun bir davranıştır⁶³. Ancak, kanun kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul

⁵⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s.419; Eren, Genel Hükümler, s.1064-1065.

⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s.764; Tandoğan, Mesuliyet, s.317.

⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s.601; Oğuzman/Öz, C.II, s.119.

⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s.603.

⁶² Eren, Genel Hükümler, s.603, 766.

⁶³ Oğuzman/Öz, C.II, s.119.

etmemiştir. Nitekim TMK md.23 f.1 uyarınca kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Dolayısıyla kişilik haklarından vazgeçmek, bu gibi hakların ihlal edilmesine önceden rıza göstermek, fiilin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldırmaz. Ancak, bu gibi hallerde geçersiz de olsa rıza, olayın özelliğine göre tazminattan indirim sebebi olabilir. Çünkü zarar görenin rızası, bu halde tipik bir ortak kusur halidir⁶⁴. Bu nedenle zarar verene tazminatın tamamının ödettirilmesi, hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir. Böyle bir rıza karşısında, hakim tazminatı tamamen kaldırabileceği gibi, ondan uygun bir kısmı indirebilir de.

Sonuç olarak, geçerli bir rıza hukuka uygunluk sebebidir ve davranışı hukuka aykırı olmaktan çıkarır; dolayısıyla herhangi bir tazminat ödemesi söz konusu olmaz. Tazminattan indirim, yalnızca geçersiz, hukuka ve ahlaka aykırı rızalar bakımından söz konusu olabilir⁶⁵.

d. Zarar Görenin Zararın Doğmasında ya da Artmasında Etkili Olması

TBK md.52 f.2’de zarar görenin, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması halinde, hakimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği hükme bağlanmıştır. Gerçekten de bazı hallerde zararın doğmasında ya da artmasında zarar görenin kendisi de etkili olmaktadır. Bu gibi hallerde zarar görenin *ortak (müterafik) kusurundan* bahsedilir⁶⁶. Ortak (müterafik) kusur, kasıt veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Zarar görenin ortak (müterafik) kusuru illiyet bağımlı keşecek yoğunlukta ise, zarar veren sorumluluktan kurtulur⁶⁷. Buna karşılık, zarar görenin ortak (müterafik) kusuru, illiyet bağımlı keşecek yoğunlukta değilse, TBK md.52 f.1 uyarınca ortak (müterafik) kusur, tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak dikkate alınır. Çünkü zarar görenin ortak (müterafik) kusurunun bulunması halinde meydana gelen zarar, yalnızca zarar verenin kusurlu davranışının bir sonucu değildir. Aksine zarar görenin kusuru, zarar vereninin kusuru ile bir *ortaklık* oluşturmuş ve zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuştur⁶⁸.

Zarar görenin yardımcı kişilerinin kusuru da bizzat zarar görenin kusuru sayılır⁶⁹. Burada yardımcı kişi kavramı geniş yorumlanmalı; zarar görenin kendi menfaat ve amacı

⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s.765; Oğuzman/Öz, C.II, s.120; Tandoğan, Mesuliyet, s.321.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, C.II, s.119; Tandoğan, Mesuliyet, s.321; Eren, Genel Hükümler, s.765.

⁶⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.318; Oğuzman/Öz, C.II, s.120; Eren, Genel Hükümler, s.768; Günel, Yılmaz: “Müterafik Kusur”, *AÜHFD*, C.16, S.1, 1961, s.208. “Müterafik kusur, mağdurun zarara tesir etmiş kusurlu veya kusursuz bilcümle fiil ve halleridir ki, zarara tesir derecesine göre tazminat miktarından tenzil suretiyle tazminatın tenkisine sebebiyet verir.” Kısagün, Adli: “Müterafik Kusur”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 1961, s.13; Baysal, Başak: *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul 2012, s.9.

⁶⁷ Eren, Genel Hükümler, s.766; Tandoğan, Mesuliyet, s.318; Oğuzman/Öz, C.II, s.121.

⁶⁸ Baysal, Müterafik Kusur, s.36, 291 vd., 301 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.766-767; Tandoğan, Mesuliyet, s.318; Oğuzman/Öz, C.II, s.121-122.

⁶⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s.324; Oğuzman/Öz, C.II, s.121-122; Baysal, Müterafik Kusur, s.54.

doğrultusunda kullandığı herkes, yardımcı sayılmalıdır⁷⁰. Tüzel kişilerin organları, yardımcı kişi sayılmaz⁷¹. TMK md.50/II f.2 uyarınca organın fiil ve davranışı, tüzel kişinin fiil ve davranışı olup, bu davranış kusurlu olduğu takdirde, tüzel kişi, kusur sorumluluğu çevresinde sorumlu olur⁷². Zarar gören tüzel kişinin organının ortak (müterafik) kusuru da tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulur⁷³.

Değinilmesi gereken bir diğer husus, ortak (müterafik) kusur ifadesinde geçen *kusur* kelimesinin, teknik anlamda kullanılmadığıdır⁷⁴. Çünkü zarar görenin yalnız kusuru değil, kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olabilir⁷⁵. Örneğin, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin davranışı, zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ise hakim ayırt etme gücü bulunmayan kişinin herhangi bir kusuru bulunmamasına rağmen tazminatın belirlenmesinde, ayırt etme gücü bulunmayan bu kişinin zararın doğmasında veya artmasında etkili olan bu davranışını indirim sebebi olarak değerlendirebilir. Çünkü TBK md.65 uyarınca hakim hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir⁷⁶.

TBK md.52 f.2'de, zarar görenin, zararın *doğmasında* ya da *artmasında* etkili olması halinde, hakimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, zarar görenin ortak (müterafik) kusuru iki şekilde ortaya çıkar. Birincisi, zarar gören kendi kusuru ile zararın doğumuna yardım edebilir⁷⁷. Örneğin, zarar görenin yemek yemek için gittiği restoranda, içinde kıymetli eşya ve para bulunan çantasını ücret karşılığında kasaya koydurabilecekken alelade bir çanta gibi vestiyere bırakması, görevliye çantanın içinde bulunanlar hakkında bilgi vermemesi ve çantanın vestiyerden çalınması halinde zarar görenin ortak (müterafik) kusuru söz konusudur. Çünkü zarar gören, restoranın kıymetli eşyalar için sunulan ücretli kasa hizmetinden yararlanmayarak ve görevliye çantanın içinde bulunanlar hakkında bilgi vermeyerek zararın doğmasına yardım etmiştir.

İkinci olarak zarar gören, zararın meydana gelmesinden sonra alınması gereken tedbirleri almayarak zararın artmasına neden olabilir⁷⁸. Örneğin, meydana gelen bir trafik kazası sonucunda yağ deposu delinen motorlu aracın kullanılmaya devam edilmesi ve aracın motorunun yanması halinde durum böyledir. Zarar gören tarafından, zararın artmasını

⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s.766.

⁷¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.324-325; Baysal, Müterafik Kusur, s.58.

⁷² Baysal, Müterafik Kusur, s.58.

⁷³ Eren, Genel Hükümler, s.768-769; Tandoğan, Mesuliyet, s.324-325.

⁷⁴ Günel, s.208. Terime ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Baysal, Müterafik Kusur, s.31 vd.

⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.767-768.

⁷⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.325; Eren, Genel Hükümler, s.767; Oğuzman/Öz, C.II, s.122.

⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s.769; Tandoğan, Mesuliyet, s.321. Detaylı bilgi için bkz. Baysal, Müterafik Kusur, s.291 vd.

⁷⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s.322; Eren, Genel Hükümler, s.769. Detaylı bilgi için bkz. Baysal, Müterafik Kusur, s.301 vd.

önleyecek önlemlerin alınmaması, dürüstlük kuralına aykırıdır⁷⁹.

Son olarak, ortak (müterafik) kusur ifadesinin, yalnızca kusur sorumluluğunda kullanılabilir bir ifade olduğu belirtilmelidir. Kusursuz sorumluluk hallerinden biri söz konusu olduğunda, ortak (müterafik) kusur ifadesi yerine, doğrudan *zarar görenin kusuru* ifadesi kullanılmalıdır. Çünkü burada zarar verenin kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığı için zarar verenin kusuru ile zarar görenin kusurunun bir *ortaklık* oluşturması söz konusu değildir⁸⁰.

e. Tazminatı Ödemenin Zarar Vereni Yoksulluğa Düşürecek Olması

TBK md.52 f.2 uyarınca, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir⁸¹. Buna göre, bu indirim sebebinin uygulanabilmesi için, şu üç şartın gerçekleşmesi gerekir⁸². Birincisi, her şeyden önce zarar veren, kasten veya ağır ihmali ile değil, hafif kusuru ile zarara sebep olmalıdır. Çünkü TBK md.52 f.2 uyarınca bu tür bir indirim ancak failin hafif kusuru halinde söz konusu olabilir.

İkinci olarak, zarar verenin tazminatın tamamını ödemesi halinde, yoksulluğa düşme ihtimali bulunmalıdır. Ödeme zorluğu içinde bulunma veya tazminatın ödenmesi halinde hayat standardının düşmesi ihtimali, bu indirim sebebinin uygulanması bakımından yeterli değildir⁸³. Zarar vereninin bir başka deyişle tazminat yükümlüsünün haczedilebilir malvarlığının bulunması halinde yoksulluğa düşme ihtimalinden bahsedilemez. Zarar veren, sorumluluk sigortası yaptırmış veya üçüncü bir kişiye rücu hakkına sahip bulunmakta ise yine bu indirim sebebi uygulama alanı bulmaz. Ancak zarar, sigorta veya rücu tazminatını çok büyük oranda aşılıyor ise bu indirim sebebinin uygulanması düşünülebilir⁸⁴.

Üçüncü ve son olarak somut olay bakımından bütün özel durumlar değerlendirilmeli ve hakkaniyet gerektirirse bu indirim yapılmalıdır. Örneğin, uğradığı zarar nedeniyle zarar

⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s.769; Baysal, Müterafik Kusur, s.303 vd.

⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, s.766. Kusursuz sorumlulukta hem zarar gören, hem de zarar veren veya yardımcı kusurlu ise, zarar veren kusursuz olsa dahi tazminat ödeyeceğinden, acaba onun bu kusurlu durumu nasıl değerlendirilmelidir? Kusursuz sorumlulukta zarar verenin kusuruna, ek kusur denir. Burada, zarar görenin kusuru ile zarar verenin kusuru denkleştirilir. Bunun sonunda örneğin %50 zarar gören, %50 de zarar veren kusurlu ise, zarar verenin ek kusuru, zarar görenin kusurunu ortadan kaldırır. Bunun sonunda zarar görenin kusuru kalmaz ve tam tazminatı alır. Bu durum şu şekilde gerekçelendirilmektedir: Zarar veren kusursuz bile olsa sorumlu tutulacağına göre, bir de kusurlu bulunması, bu kusur oranında onun daha fazla kınanmasını gerektirir. Bu çözüm yolunun sosyal adalet kurallarına da uygun olduğu ifade edilmektedir. Çünkü kusursuz sorumlulukta zarar gören çoğunlukla sosyal ve ekonomik yönden zarar verene oranla daha zayıf durumdadır. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.767.

⁸¹ Sorumluluk sigortalarının yaygınlaşmasıyla bu hükmün önemini kaybettiği ifade edilmektedir. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.770.

⁸² Detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s.326 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.769 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.124-125.

⁸³ Tandoğan, Mesuliyet, s.326-327; Eren, Genel Hükümler, s.770.

⁸⁴ Eren, Genel Hükümler, s.770.

gören de çok zor duruma düşmekteyse hakim, tazminattan indirim yapmamalıdır⁸⁵. Zarar veren ile zarar görenin eşit malvarlığı ya da gelir seviyesinde olmaları halinde, zarar görene öncelik tanınmalıdır⁸⁶. İflas veya konkordato halinde bulunan zarar veren de bu indirim sebebinden yararlanamaz; zarar görenden, diğer alacaklılar lehine tazminat hakkından indirim yapılmasına katlanmasını beklemek, hakkaniyete aykırılık teşkil eder⁸⁷.

f. Diğer Sebepler (Durumun Gereği)

TBK md.51 f.1 uyarınca, hakim, tazminatın kapsamını, durumun gereğini göz önüne alarak belirler. Buna göre, ödenecek tazminatın belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Özellikle zararın meydana gelmesinde veya artmasında beklenmedik olayların etkili olması, tazminat alacaklısının olağanüstü bir gelire sahip olması, somut olayda failin de zarar görmesi veya somut olayın, zarar verenin, zarar gören yararına bir davranışta örneğin bir hatır işinde bulunduğu sırada meydana gelmesi gibi haller göz önünde bulundurulur⁸⁸.

Zararın doğmasında veya artmasında, bazen beklenmedik olaylar etkili olur. Beklenmedik olay, başka bir deyişle umulmayan hal, insan davranışından, özellikle sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız olay olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. Umulmayan halin, tazminattan indirim sebebi sayılabilmesi için bunun zarar verenin veya zarar görenin davranışından bağımsız olması gereklidir. Umulmayan halin, tazminattan indirim sebebi olduğu TBK' da açıkça belirtilmemiştir. Ancak, TBK md.51 f.1'de, "*Hakim, tazminatın kapsamını... durumun gereğini göz önüne alarak belirler*" denmektedir. Bu hüküm uyarınca, hakim tazminatın kapsamını belirlerken durumun gereğini, yani olayın özelliklerini de dikkate alacağından somut olay bakımından zararın doğmasında veya artmasında etkili olan umulmayan haller de tazminattan indirim sebebi olabilir⁹⁰. Umulmayan halin tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesinin nedeni, zarar verenin veya borçlunun, umulmayan halin yol açtığı zararı genellikle önceden öngörememesidir. Zararın doğmasında veya artmasında umulmayan halin etkili olması durumunda, zarara birden çok sebep yol açtığı için, umulmayan halin oluşturduğu kısmî sebep-sonuç ilişkisinden zarar vereni/borçluyu sorumlu tutmak, zarar vereni/borçluyu sebep olmadığı sonuçlardan da sorumlu tutmak anlamına gelir. Ancak böyle bir durum, hakkaniyete aykırılık teşkil eder⁹¹. Öte yandan

⁸⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.326; Oğuzman/Öz, C.II, s.124.

⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s.770.

⁸⁷ Eren, Genel Hükümler, s.770.

⁸⁸ Oğuzman/Öz, C.II, s.125; Tandoğan, Mesuliyet, s.327; Eren, Genel Hükümler, s.770-771.

⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s.771; Oğuzman/Öz, C.II, s.125.

⁹⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.327; Eren, Genel Hükümler, s.771; Oğuzman/Öz, C.II, s.125.

⁹¹ Eren, Genel Hükümler, s.772.

zararın doğmasında veya artmasında etkili olan umulmayan halin, tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesi için bunun mücbir sebep niteliğinde olmaması gerekir. Çünkü mücbir sebep, illiyet bağı keser. İlliyet bağı ise sorumluluğun kurucu unsurlarındandır. Dolayısıyla, illiyet bağının kesilmesiyle zarar verenin veya borçlunun sorumluluğu ortadan kalkar⁹².

Bazen zarar görenin bünyevi istidatı da zararın doğmasında veya artmasında etkilidir. Zarar görenin bünyevi istidatı kavramı, zarar görenin fiziksel veya psikolojik olarak zayıf olmasını; vücudunun asgari bir dayanıklılığı gösterememesini ifade etmekte kullanılır⁹³. Zarar görenin bünyevi istidatının tazminattan indirim sebebi olduğu TBK’ da açıkça belirtilmemiştir. Ancak, TBK md.51 f.1 uyarınca hakim, tazminatın kapsamını *durumun gereğini* dikkate alarak belirler. O halde, somut olay bakımından zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin bünyevi istidatının etkili olması, tazminatın kapsamının belirlenmesinde *durumun gereği* olarak göz önünde bulundurulmalı; zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin bünyevi istidatının etkili olması, hakkaniyet gereği tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir⁹⁴. Örneğin, kalp hastası olan ve kalp pili taşıyan bir kişinin, bir kavga esnasında kalbine isabet eden hafif bir yumruğun kalp pilinin durmasına yol açması sebebiyle ölmesi halinde, ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde ölenin bu durumu dikkate alınarak tazminattan indirim yapılabilir. Çünkü bu kişi kendi hastalığı nedeniyle, normal ve sağlıklı bir insanın ölümünü gerektirmeyecek bir hareket sonucu hayatını kaybetmiştir.

Zarar görenin malvarlığında bulunan, kısmen veya tamamen hasara uğrayan bir maldaki bozukluk, zararın doğmasında veya artmasında etkili ise zarar görene ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde, maldaki bozukluk bünyevî istidat gibi değerlendirilmeli; bu bozukluk nedeniyle tazminattan bir miktar indirim yapılmalıdır⁹⁵.

Sorumluluk sebebi ile zararlı sonuç arasında bulunması gereken uygun illiyet bağı, bazı hallerde zayıf veya uzak olabilir. Uygun illiyet bağı mevcut olmakla birlikte, bunun zayıf veya uzak olması hali de *durumun gereği* olarak ödenecek tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınabilir⁹⁶.

Zarar görenin çok zengin olmasının, çok yüksek bir gelire sahip olmasının da *durumun gereği* tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁹⁷. Örneğin, zengin bir evde hizmetçilik yapan bir kişi, masayı temizlerken dikkatsizliği

⁹² Oğuzman/Öz, C.II, s.125; Eren, Genel Hükümler, s.562, 771; Tandoğan, Mesuliyet, s.328.

⁹³ Abik, Yıldız: “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFİD*, C.59, S.3, 2010, s.414.

⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s.772-773; Oğuzman/Öz, C.II, s.126; Tandoğan, Mesuliyet, s.327-328.

⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.773. Bu durum, Tandoğan, s.329.

⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s.773.

⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.773.

sonucunda masada bulunan antika vazoyu düşürüp kırmışsa, hakim, somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak tazminattan bir miktar indirim yapabilir. Ancak hakim, zarar görenin zenginliğini indirim sebebi sayarken son derece dikkatli davranmalıdır. Çünkü böyle bir indirim sebebi, zengin kişilere karşı haksız fiilleri teşvik edebilir⁹⁸.

Bazı durumlarda zarar, zarar verenin, zarar gören yararına yaptığı bir iş sonucunda meydana gelir. Bunlara hatır işleri denir. Hatır işleri de *durumun gereği* tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

B. Tazminatın Türünün Belirlenmesi

Borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklı aleyhine bir zarar meydana geldiğinde, alacaklı sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi için borçludan tazminat talep edebilir. Tazminatın amacı, bir başka deyişle işlevi, zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır¹⁰⁰. Tazminatın bu işlevi, zararın *aynen* veya *nakden* giderilmesi ile gerçekleşir¹⁰¹. TBK md.51 f.1 uyarınca, hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Buna göre hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, zararın aynen veya nakden tazmin edilmesine karar verir. Görüldüğü üzere, bu konuda da hakime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır¹⁰².

Zararın *aynen* tazmin edilmesi halinde, ya ihlal edilen hak iade edilir ya da ihlal edilen hukukî değere denk bir durum yeniden kurulur. Böylelikle zarar görenin malvarlığı, eski durumuna getirilir¹⁰³. Örneğin, taraflar arasında kurulan bir satış sözleşmesine konu olan şeyin ayıplı olması halinde, satış sözleşmesine konu olan şeyin ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi veya onarılması halinde durum böyledir. Zararın *nakden* tazmin edilmesi halinde ise, zarar veren, zarar görene bir miktar para öder. Böylelikle zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum yeniden kurulur¹⁰⁴.

Bazı hallerde ise, zararın aynen tazmin edilmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Örneğin borçlunun kusuruyla ifanın imkansızlaşması halinde durum böyledir; borçlu alacaklının

⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s.774.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, C.II, s.126; Tandoğan, Mesuliyet, s.327; Eren, Genel Hükümler, s.774.

¹⁰⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762.

¹⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.112; Tandoğan, Mesuliyet, s.253.

¹⁰² Alman hukukunda aynen tazmin kural; nakden tazmin ise istisnadır. Bu husus, BGB § 249/1'de açıkça hükme bağlanmıştır. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.775.

¹⁰³ Eren, Genel Hükümler, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.113; Tandoğan, Mesuliyet, s.253.

¹⁰⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.255; Oğuzman/Öz, C.II, s.112; Eren, Genel Hükümler, s.775.

¹⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, s.776; Tandoğan, Mesuliyet, s.255-256.

uğramış olduğu zararı *nakden* gidermek zorundadır. Bazı hallerde ise, zararın tazmin edilebilmesi, aynen ve nakden tazmin yollarının *birlikte* uygulanması ile mümkündür. Bu duruma *karma tazmin* de denilmektedir¹⁰⁶. Örneğin, kırtasiyecisi K ile satıcı S arasındaki satış sözleşmesine konu olan bir fotokopi makinesinin ayıplı olması halinde, fotokopi makinesinin satıcı S tarafından tamir ettirilmesi, zararın aynen tazminidir. Öte yandan, kırtasiyecisi K, ayıplı fotokopi makinesinin kullanıma elverişli olmaması nedeniyle bir miktar kazanç kaybına da uğrar. Kırtasiyecisi K' nin uğramış olduğu kazanç kaybının giderilmesine yönelik satıcı S tarafından ödenen para ise zararın nakden tazminidir.

Zararın *nakden* tazmin edilmesi halinde zarar veren, zarar görene bir miktar para öder. Böylelikle zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum yeniden kurulur. Zararın nakden tazmini iki şekilde gerçekleşir¹⁰⁷. Tazminat bir defada toptan ödenebilir; buna *sermaye* şeklinde tazminat denir¹⁰⁸. Tazminatın dönemsel olarak ödenmesi de mümkündür; buna da *irat* şeklinde tazminat denir¹⁰⁹. TBK md.51 f.2'de, "*Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, ...*" demek suretiyle nakdi tazminatın sermaye veya irat şeklinde ödenebileceği hükme bağlanmıştır. TBK md.51 f.1'de tazminatın *ödenme biçimi* bakımından hakime takdir hakkı tanınmıştır. Bu takdir hakkı, nakdi tazminatın ödenme biçimini de kapsar. Buna göre, zararın nakden tazminine hükmeden hakim, nakden tazminin sermaye şeklinde mi yoksa irat şeklinde mi yapılacağına karar verir. Doktrinde genel eğilim, nakdi tazminatın sermaye şeklinde ödenmesi yönündedir¹¹⁰. Tazminatın irat şeklinde ödenmesi gerektiği yönünde de görüşler mevcuttur¹¹¹. Hakim, tazminatın kısmen sermaye, kısmen irat şeklinde ödenmesine de hükmedebilir¹¹².

TBK md.51 f.2 uyarınca, tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür. Çünkü irat kimi zaman uzun yıllar devam edebilir; bu süre zarfında borçlu, ekonomik sıkıntıya düşebilir veya iflas edebilir; bu durumda alacaklı tazminatı alamama tehlikesiyle karşılaşabilir. İşte TBK md.51 f.2 hükmü, bu riski ortadan kaldırmaya yöneliktir¹¹³. Bu hüküm emredici niteliktedir¹¹⁴. Bu nedenle hakim, nakdi tazminatın irat şeklinde ödenmesine hükmederken borçlunun teminat gösterebilecek

¹⁰⁶ Eren, Genel Hükümler, s.776.

¹⁰⁷ Tandoğan, Mesuliyet, s.257-258; Eren, Genel Hükümler, s.777; Oğuzman/Öz, C.II, s.114.

¹⁰⁸ Eren, Genel Hükümler, s.777; Oğuzman/Öz, C.II, s.114; Tandoğan, Mesuliyet, s.257-258.

¹⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, s.777; Oğuzman/Öz, C.II, s.114; Tandoğan, Mesuliyet, s.257-258.

¹¹⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.257.

¹¹¹ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Eren, Fikret: "Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli", *Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara 1972, s.171 vd.; İyimaya, Ahmet: Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990, s.303 vd.

¹¹² Tandoğan, Mesuliyet, s.258; Eren, Genel Hükümler, s.779.

¹¹³ Eren, Genel Hükümler, s.779; Oğuzman/Öz, C.II, s.114; Tandoğan, Mesuliyet, s.258

¹¹⁴ Oğuzman/Öz, C.II, s.114; Eren, Genel Hükümler, s.779.

durumda olup olmadığını da re'sen araştırır. Teminat miktarı belirlenirken, hükmedilen iradın muhtemel sermaye değeri dikkate alınır¹¹⁵.

TBK md.76 f.1 uyarınca, zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Bu hüküm, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Buna göre zarar görenin, mahkemeye iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirecek ölçüde kötü olması halinde, zarar görenin talebi üzerine hakim, zarar verenin zarar görene geçici ödemede bulunmasına karar verebilir¹¹⁶. TBK md.76 f.2 uyarınca, zarar gören davayı kazanırsa, davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminattan indirilir¹¹⁷. Buna karşılık, tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı geçici ödemelerin, kanunî faizi ile birlikte geri verilmesine karar verir¹¹⁸.

§ 3. Sözleşme Özgürlüğü Çerçevesinde Tazminatın Taraflarca Belirlenmesi

TBK md.50 f.1 uyarınca, zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Ancak TBK md.50 f.2 uyarınca, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Bu noktada, zarar miktarının belirlenmesi konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir. Bununla birlikte, zararın hesaplanacağı tarih, doktrinde tartışmalıdır. Zararın hesaplanacağı tarih, zarar veren olayın gerçekleştiği tarih olabileceği gibi, davanın açıldığı veya kararın verildiği tarih de olabilir. Zararın hesaplanacağı anın belirsiz olması, tazminat borçlusunun aleyhine bir durumdur. Zararın hesaplanacağı tarihe ilişkin belirsizlik, tazminat borçlusunun ödeyeceği tazminat miktarı hakkında bir öngörude bulunarak mali durumu bakımından bir hazırlık yapmasına engel olduğu gibi; enflasyonist ekonomilerde, zararın hesaplanmasında esas alınan tarih değiştikçe zarar miktarında da büyük değişiklikler meydana gelir. Öte yandan, zararın hesaplanmasında, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku bakımından fark teorisi benimsenmiştir¹¹⁹. Doktrinde, fark teorisi esas alınarak, soyut (objektif) hesaplama yöntemi ve somut (sübjektif) hesaplama yöntemi olmak üzere iki farklı hesaplama yöntemi geliştirilmiştir¹²⁰. Başvurulan hesaplama yöntemine göre,

¹¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.779.

¹¹⁶ Oğuzman/Öz, C.II, s.131; Eren, Genel Hükümler, s.780.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, C.II, s.132; Eren, Genel Hükümler, s.780.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, C.II, s.132; Eren, Genel Hükümler, s.780.

¹¹⁹ Ergüne, s.14, dn.27-28.

¹²⁰ Oğuzman/Öz, C.I, s.441; Eren, Genel Hükümler, s.739.

sonuç değişkenlik gösterir. Bu durum, fark teorisi bakımından bir zaafiyet olarak değerlendirilmekte ve zararın kapsamını net bir biçimde tayin edememesi nedeniyle eleştirilmektedir¹²¹. Bu durum, hem tazminat alacaklısı hem de borçlusunu bakımından birtakım belirsizliklere neden olmaktadır.

TBK md.51 ve md.52 hükmü bir arada değerlendirildiğinde, tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesinin tamamen hakimin takdirinde olduğu görülmektedir. Öte yandan, TBK md.51 ve 52’de bazı haller, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde hakim, tazminattan indirim yapabilir hatta tazminatı tamamen kaldırabilir. Bu noktada hakime, son derece geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir.

Zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 ve devamı hükümlerinde belirtilen genel esaslar çerçevesinde, zararın kapsamının net olarak tespit edilememesi ve hakime, tazminatı tamamen kaldırmaya kadar giden geniş bir takdir yetkisinin verilmesi nedeniyle, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde malvarlığında rızası dışında bir eksilme meydana gelen alacaklının, tazminat alıp alamayacağı belirsizdir.

Kişilerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir¹²². İrade özerkliği ile sözleşme özgürlüğü kavramları genellikle birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılır¹²³. Bunun nedeni, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak daha çok sözleşmeleri tercih etmeleridir. Anayasamızın 48. maddesine göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Bu düzenleme ile sözleşme özgürlüğü, anayasal güvence altındadır.

Borçlar hukukunda kural, sözleşme yapma özgürlüğüdür¹²⁴. Sözleşme yapma özgürlüğü, kişinin dilediği herhangi bir sözleşmeyi, hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya böyle bir sözleşmeyi yapmayı reddedebilmesi demektir. Kişi, sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, sözleşme yapmaktan da men edilemez¹²⁵. Sözleşme özgürlüğü, geniş bir kavramdır. Bu kavram, sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan

¹²¹ Oertli, N.77.

¹²² Kocayusufpaşaoğlu, s.526-527; Hatemi/Gökyayla, s.57-58. Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Eren, Genel Hükümler, s.300.

¹²³ Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Eren, Genel Hükümler, s.301.

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s.526; Hatemi/Gökyayla, s.57; Oğuzman/Öz, C.I, s.23; Eren, Genel Hükümler, s.301.

¹²⁵ Eren, Genel Hükümler, s.301; Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Hatemi/Gökyayla, s.57.

kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini kapsar¹²⁶. Sözleşme yapma özgürlüğü ile sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, başka bir deyişle tip özgürlüğü arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Çünkü sözleşme özgürlüğünden bahsedilebilmesi için tarafların sözleşmenin içeriğini ve şartlarını serbestçe tartışma imkanının mevcut olması gerekir¹²⁷.

TBK md.26 uyarınca taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Böylelikle, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü hüküm altına alınmıştır. TBK md.27’de ise kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı hükme bağlanmış ve sözleşme özgürlüğünün sınırları tayin edilmiştir. Buradan hareketle şu sonuca ulaşılmaktadır: Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmamak şartıyla taraflar, bir sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilirler¹²⁸.

O halde, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip olan taraflar, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler¹²⁹. Çünkü doktrinde, TBK md.50 vd. hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı, aksine tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Bu bağlamda, zararın hesaplanması ve tazminatın tespitindeki belirsizliği gidermeye ve hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini ortadan kaldırmaya yönelik olarak götürü tazminat anlaşmaları devreye girer. Şöyle ki, götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlendiği, asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma olarak karşımıza çıkar. Bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, kural olarak zararın hesaplanması ve tazminatın

¹²⁶ Kocayusufoğlu, s.526-527; Hatemi/Gökyayla, s.57; Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Eren, Genel Hükümler, s.300.

¹²⁷ Eren, Genel Hükümler, s.300. “Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin hükümlerinin taraflarca müzakere edilerek serbestçe tayin edileceğini farz ediyorsa da, alışveriş hayatında çok kere, yapılacak sözleşmenin hükümlerini taraflardan biriönceden tespit etmekte, diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisi kalmaktadır.” (Oğuzman/Öz, C.I, s.25).

¹²⁸ Kocayusufoğlu, s.527 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.58, 70 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.24, 83 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.317 vd.

¹²⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s.434-435.

¹³⁰ Kapancı, s.655.

belirlenmesine ilişkin TBK md.50 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz; tazminat borçlusu tarafından, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat edimi, tazminat alacaklısına ödenir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT ve GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASI KAVRAMLARI, GÖTÜRÜ TAZMİNATIN UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI, TÜRLERİ, DÜZENLENİŞ BİÇİMİ ve UYGULAMA ALANI

1.1 Götürü Tazminat ve Götürü Tazminat Anlaşması Kavramları

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat kurumuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mevzuatımızda Borçlar Kanunu'nda da götürü tazminata ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹³¹.

Götürü, işin veya malın ücretinin taraflarca önceden kararlaştırılarak tahmin olunan değere göre belirlenmesi; yapılacak işin veya alınacak malın ayrıntısı ile hesap edilmeyip yuvarlak bir bedele göre yapılması veya alınması olarak tanımlanmaktadır¹³². Öte yandan götürü, fiyatı veya ücreti toptan belirlenen iş vb. olarak da tanımlanmaktadır¹³³.

Tazminat ise, bir kimsenin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik yapılan ödemedir¹³⁴. Tazminatın amacı, zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır¹³⁵.

Götürü ve tazminat sözcüklerinin bir araya gelerek oluşturduğu götürü tazminat kavramı ise, tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak kararlaştırılmasını ifade eder¹³⁶. Bazı çalışmalarda götürü tazminat ifadesi yerine, *belirlenmiş tazminat* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir¹³⁷. Bazı çalışmalarda ise, *taraflarca tazminatın*

¹³¹ Ancak Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 309. maddesinin 5. fıkrası götürü tazminata ilişkin bir düzenlemedir. Öte yandan, 1 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe giren (yeni) Hollanda Medeni Kanunu'nun (BW) 91 ve devamı maddelerinde, götürü tazminata ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

¹³² Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Bası, Ankara 2011, s.480. Götürü sözcüğünün Almanca karşılığı ise (*die*) *Pauschale* sözcüğüdür. (*die*) *Pauschale*, farklı öğelerden oluşan bir edimin karşılığı olarak -bu edimi oluşturan öğelere tek tek işaret etmeksizin- ödenecek toptan parasal miktar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. DUDEN: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl., Mannheim 1999, s.2876.

¹³³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 27 Şubat 2014 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.530f0d3e401fb9.86423875 adresinden erişilmiştir.

¹³⁴ Tazminat; Türk Dil Kurumu tarafından, *zarar karşılığı ödenen para, ödence* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 10 Ekim 2014 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.530f0d3e401fb9.86423875 adresinden erişilmiştir. Tazminat, ayrıca *ödence, zarar ödemeler* olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. Yılmaz, s.1341.

¹³⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762; Oğuzman /Öz, C.II, s.111.

¹³⁶ Oertli, N.20; McCormick, s.103; Brightman, s.277; Benjamin, s.600; Talley, s.1196; Kocaağa, Cezai Şart, s.49; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Kapancı, s.656-657; Erdem, Götürü Tazminat, s.98; Ozanoğlu, s.28; Hatemi/Gökyayla, s.347-348.

¹³⁷ Akkayan Yıldırım, s.387 vd.

şümulünün tayin edilmesi demek suretiyle götürü tazminata işaret edilmiştir¹³⁸. Bazı çalışmalarda ise, *tarafarla tazminatın şümulünün tayin edilmesi* demek suretiyle götürü tazminata işaret edilmiştir¹³⁹. Bazı Yargıtay kararlarında, *kira tazminatı* ifadesine rastlanmaktadır¹⁴⁰. Kira tazminatı ise, götürü tazminattan başka bir şey değildir.

Götürü sözcüğü, bizim hukuk terminolojimize yabancı bir sözcük değildir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli maddelerinde götürü terimi yer almaktadır. Örneğin, Genel Hizmet Sözleşmesi kapsamında bulunan 411 ve devamı maddelerinde, götürü teriminin kanun koyucu tarafından kullanıldığı görülmektedir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun Eser Sözleşmesi kapsamında yer alan 480. maddesinde götürü teriminin kullanıldığı görülmektedir. Öte yandan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1199. maddesinde de götürü terimine rastlanmaktadır. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 49. maddesinde kanun koyucu tarafından götürü terimi kullanılmıştır. Aynı şekilde Yargıtay tarafından götürü tazminat ifadesinin benimsendiği ve vermiş olduğu kararlarda bu terimi kullandığı görülmektedir¹⁴¹. Doktrinde de bazı yazarlar tarafından götürü tazminat ifadesi

¹³⁸ “*Tarafarla da tazminatın şümulünü, önceden bu tazminat yerine kaim olacak bir cezai şart mukavele etmek, yahut akdin mevzuunu teşkil eden şeyin değerini mukavelede beyan eylemek ve yalnız bu beyan edilen değerini ödeneceğini kararlaştırmak suretiyle tesbit edebilirler.*” (Tandoğan, Mesuliyet, s.434-435).

¹³⁹ “*Tarafarla da tazminatın şümulünü, önceden bu tazminat yerine kaim olacak bir cezai şart mukavele etmek, yahut akdin mevzuunu teşkil eden şeyin değerini mukavelede beyan eylemek ve yalnız bu beyan edilen değerini ödeneceğini kararlaştırmak suretiyle tesbit edebilirler.*” (Tandoğan, Mesuliyet, s.434-435).

¹⁴⁰ Yargıtay 15. HD., T.18.9.1990, E.1990/300 K.1990/3422: “*Sözleşmenin “inşaat süresi” bölümünde 24 aylık teslim süresi sonundaki gecikme için her ay, aylık 150.000TL kira tazminatı ödeneceği kararlaştırılmıştır.*”; Yargıtay 15. HD., T.13.6.1994, E.1993/5803 K.1994/3856: “*Tarafarla arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip oturma izni alınarak teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Tarafarla gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler.*”; Yargıtay 15. HD., T.28.5.1998, E.1998/1797 K.1998/2279: “*11.3.1991 tarihli “Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Satış Vaadi Akdi ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi”nin 1. maddesinde; bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskan raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL'den toplam 3.600.000-TL. aylık kira bedeli ödeneceği, tarafarla kararlaştırılmıştır. Davanın açıldığı 11.3.1997 tarihine kadar İnşaatın teslim edilmediği uyumsuzluk konusu değildir. Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000.-TL. ise, ifaya ekli cezai şart olmayıp, kira (gecikme) tazminatıdır.*” Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD., T.4.7.1988, E.1988/866 K.1988/2520; Yargıtay 15. HD., T.4.11.2003, E.2003/1996 K.2003/5202; Yargıtay 15. HD., T.8.4.2008, E.2007/2798 K.2008/2291; Yargıtay 15. HD., T.1.7.2010, E.2010/1142 K.2010/3827; Yargıtay 13.HD., T.1.7.2010, E.2010/2081 K.2010/9729; Yargıtay 13. HD., T.19.7.2011, E.2011/9692 K.2011/11932; Yargıtay 15. HD., T.21.3.2012, E.2011/876 K.2012/1782; Yargıtay 23.HD., T.13.2.2014, E.2013/8359 K.2014/1010; (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

¹⁴¹ Yargıtay HGK, T.1.12.2004, E.2004/4-600 K.2004/625: “*İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 15. fıkrasındaki tazminat icra hukukuna özgü götürü bir tazminat niteliğinde olup, genel hükümlere dayanılarak açılan gerçek zararın tazminine yönelik davalar yönünden engel oluşturmayacağı gibi bu davalar ile tarafarla aynı olsa bile konusu ve yasal dayanakları itibariyle benzerlik taşımamaktadır.*” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Yargıtay HGK, T.19.6.1996, E.1996/5-144 K.1996/503: “*Bilindiği üzere Borçlar Kanunu nun 103 ve 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemeden dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemeden kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir.*” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Yargıtay 9. HD., T.22.2.2010, E.2008/17682 K.2010/4016: “*Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. İhbar tazminatının miktarı “bildirim süresine ait ücret” olarak*

kullanılmaktadır¹⁴². Götürü sözcüğünün bizim hukuk terminolojimize yabancı olmaması ve götürü tazminat kavramının, doktrin ve uygulama tarafından benimsenmiş olması nedeniyle, bu çalışmada götürü tazminat ifadesi kullanılmıştır.

Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlenmesidir¹⁴³. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise, götürü tazminat anlaşması denir.

Götürü tazminat kavramı, aynı zamanda götürü tazminat kurumunu da ifade eder. Gerçekten, dar anlamda götürü tazminat kavramı, yalnızca asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat edimini kapsarken; geniş anlamda götürü tazminat kavramı, hem asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat edimini hem de bu tazminatın kararlaştırıldığı işlemi, yani götürü tazminat anlaşmasını kapsar. Bu çalışmada, kurumu ifade etmek üzere, götürü tazminat; kararlaştırılan edimden bahsedilen hallerde hem götürü tazminat hem de götürü tazminat edimi ifadeleri kullanılmıştır. Yalnızca edimin kararlaştırıldığı işlemde bahsedilen hallerde ise, götürü tazminat anlaşması ifadesi tercih edilmiştir.

1.2 Götürü Tazminatın Unsurları

1.2.1 Genel Olarak

Götürü tazminattan bahsedebilmek için, her şeyden önce taraflar arasında, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması, başka bir deyişle geçerli bir borcun

Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.)

¹⁴² Bkz. Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara 2009, s.97-124; Kocaağa, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, *TBB Dergisi*, S.74, 2008, s.149-157; Kocaağa, Köksal: *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s.49 vd.; Kapancı, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul 2013, s.655-683; Sarı, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)*, İstanbul 2011, s.299-304; Tunçomağ, Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, s.23 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.347-348; Yıldırım, Mustafa Fadıl: *Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, s.6 vd.; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası)”, *GÜHFD*, C.III, S.1-2, 1999; Birsal, Mahmut T./Sevi, Murat: 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı, *DEÜHFD*, C.11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s.1029-1070; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

¹⁴³ Oertli, N.20; McCormick, s.103; Brightman, s.277; Benjamin, s.600; Oertli, N.20; Kocaağa, Cezai Şart, s.49; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Kapancı, s.656-657; Erdem, Götürü Tazminat, s.98; Hatemi/Gökyayla, s.347-348.

bulunması gerekir. Bunun yanı sıra, bu borç ilişkisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının uğramış olduğu zararı gidermeye yönelik olarak bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması ve kararlaştırılan götürü tazminat ediminin borç ilişkisinin ihlal edilmesi halinde ödeneceği hususunda tarafların anlaşmış olması gerekir. O halde, götürü tazminatın unsurları; taraflar arasında bir borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat olarak kararlaştırılan bir edimin bulunması ve borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların anlaşması olarak sıralanabilir.

1.2.2 Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Bulunması

Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlendiği, asıl sözleşmeye bağlı, bir yan anlaşma olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴. O halde, götürü tazminattan bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasında sözleşmeden doğan geçerli bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Kefaletle ilişkin TBK md.582 f.1'e göre, kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir. Kanaatimizce, asıl borca bağlı olmak yönünden, TBK md.582 f.1 hükmü, götürü tazminat bakımından da kıyasen uygulanabilir¹⁴⁵. Buna göre, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada asıl borcun mutlaka var olması zorunlu değildir; gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere götürü tazminat anlaşması yapılabilir. Böyle bir durumda, asıl borç meydana gelmedikçe, götürü tazminat anlaşması da hüküm ve sonuç doğurmaz.

Bilindiği üzere, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, birtakım yükümlülükler içerir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler, farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır¹⁴⁶. Bunlardan ilki, sözleşmeden doğan *ilk yükümlülükler - ikincil (tali) yükümlülükler* ayrımıdır¹⁴⁷. İlk yükümlülükler, sözleşmeden doğan her türlü

¹⁴⁴ Oertli, N.20; Kocaağa, Cezai Şart, s.49; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Kapancı, s.656-657; Erdem, Götürü Tazminat, s.98; Hatemi/Gökyayla, s.347-348.

¹⁴⁵ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.83.

¹⁴⁶ Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler bakımından yapılan çok çeşitli ayrımlara ilişkin bkz. Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.32-33.

¹⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.30; Kocayusufoğlu, s.7-8; Aral, Kötü İfa, s.37 vd.; Serozan, Rona: "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.2, 1968, s.117, Edis, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, s.308vd.

yükümlülüklerdir¹⁴⁸. Bunlar, asli yükümlülükler olabileceği gibi yan yükümlülükler de olabilir¹⁴⁹. İkincil (tali) yükümlülükler ise ilk yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi, özellikle kusurlu ifa imkansızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt hallerinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğünü ifade eder¹⁵⁰. İkincil (tali) yükümlülükler, tazminat yükümlülüğünden ibaret değildir. Kira sözleşmesinin sona ermesi halinde kiracının kiralananı geri verme borcu da ikincil (tali) edim yükümlülüklerine örnek gösterilebilir¹⁵¹. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülüklerle ilişkin yapılan bir diğer ayırım, *edim yükümlülükleri - yan yükümlülükler* ayırımıdır¹⁵². Bir başka ayırım ise *edim yükümlülükleri - koruma yükümlülükleri* olarak karşımıza çıkar¹⁵³. Türk Borçlar Kanunu, edim ve edimin ifasını, bir başka deyişle edim menfaatini esas almıştır (md.83, md.112)¹⁵⁴. Ancak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içeriği, yalnızca edim yükümlülüklerinden ibaret değildir. Aksine sözleşmeden doğan borç ilişkileri, *edim yükümlülükleri* ile *yan yükümlülükler* içerir¹⁵⁵. Edim yükümlülüğü dışında kalan yan yükümlülükler ya edimin gereği gibi ifasına yardım eder ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve kişilik değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmasına hizmet eder ve bu anlamda koruma yükümlülüklerini de kapsar¹⁵⁶.

Götürü tazminat anlaşması, edim yükümlülüklerine ilişkin olabileceği gibi, yan yükümlülüklerle ilişkin de olabilir. Bu yükümlülükler, götürü tazminat anlaşmasının unsurlarından biri olan asıl borcun konusunu oluşturur. Kural olarak, götürü tazminat edimi, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği bir yükümlülüğün ihlal edildiği haller için kararlaştırılır¹⁵⁷. Götürü tazminat anlaşması, taraflar arasında söz konusu olan ve sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği bütün yükümlülüklerle ilişkin olabileceği gibi, sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği bazı yükümlülüklerle veya o yükümlülüklerden yalnız birine ilişkin de olabilir¹⁵⁸. Götürü tazminat anlaşmasının ilgili olduğu sözleşmesel yükümlülüğün, başka bir deyişle asıl borcun belirlenmesi son derece önemlidir. Çünkü götürü tazminat ediminin ifasının talep edilebilmesi için, münhasıran götürü tazminat anlaşmasında belirtilen yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekir. O halde, taraflar arasında söz konusu olan asıl borç ilişkisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının kararlaştırılan

¹⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.7-8; Eren, Genel Hükümler, s.30; Aral, Kötü İfa, s.37.

¹⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.30-31.

¹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s.8; Eren, Genel Hükümler, s.31; Aral, Kötü İfa, s.38.

¹⁵¹ Aral, Kötü İfa, s.39; Kocayusufpaşaoğlu, s.8.

¹⁵² Kılıçoğlu, Ahmet, s.26 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.30; Aral, Kötü İfa, s.34 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s.11.

¹⁵³ Aral, Kötü İfa, s.49 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.39.

¹⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s.30.

¹⁵⁵ Aral, Kötü İfa, s.39; Eren, Genel Hükümler, s.1035.

¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s.30.

¹⁵⁷ Oertli, N.36; Yıldırım, s.37.

¹⁵⁸ Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

götürü tazminat edimini talep edip edemeyeceğinin belirlenebilmesi için, öncelikle sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği birden çok yükümlülükten hangisinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi gerekir. Sonra borçlu tarafından ihlal edildiği tespit edilen bu yükümlülüğün, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Borçlu tarafından ihlal edildiği tespit edilen bu yükümlülük, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç ise götürü tazminat anlaşması devreye girer. Buna karşılık, borçlu tarafından ihlal edildiği tespit edilen bu yükümlülük, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç değil ise, TBK md.50 ve devamı hükümleri uyarınca, zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi yoluna gidilir.

1.2.3 Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması

1.2.3.1 Genel Olarak

Götürü tazminat anlaşmasından bahsedebilmek için taraflar arasında söz konusu olan asıl borç ilişkisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, bu ihlal nedeniyle alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmeyi (alacaklının zararını) gidermeye yönelik olarak borçlu tarafından alacaklıya ödenecek tazminatın, taraflarca baştan götürü bir edim olarak kararlaştırılmış olması gerekir¹⁵⁹. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifa edileceği hususunda, herhangi bir duraksama olmamalıdır. Çünkü götürü tazminat edimi, götürü tazminat anlaşmasının objektif esaslı unsurudur. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmadığı hallerde, götürü tazminat anlaşmasından bahsedilemez¹⁶⁰. Böyle bir durumda, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak, zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde, TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak, zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümleri devre dışı kalır; sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda alacaklı, borçludan kural olarak yalnızca kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifa edilmesini talep edebilir; borçlu da kural olarak yalnızca kararlaştırılan götürü tazminat edimini alacaklıya ifa etmekle yükümlü olur.

Götürü tazminat ediminin miktarı, taraflarca doğrudan belirlenebilir. Öte yandan götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesinde nasıl bir yöntem izleneceği de kararlaştırılabilir; bu durumda götürü tazminat edimi, dolaylı olarak belirlenmiş olur¹⁶¹. Ancak *“Borcun hiç veya gereği ifa edilmemesi halinde, borçlu alacaklının uğradığı zararı*

¹⁵⁹ Oertli; N.111, 118.

¹⁶⁰ Oertli, N.111.

¹⁶¹ Oertli, N.118.

tazmin eder” şeklindeki bir sözleşme hükmünün, götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Çünkü böyle bir sözleşme hükmü, ifa edilecek tazminat edimi hakkında hiçbir bilgi içermemektedir. Başka bir deyişle, götürü tazminat ediminin miktarı belirli olmadığı gibi belirlenebilir de değildir. Böyle bir sözleşme hükmü, taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olmadığına işaret edebilir ancak sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat ediminin miktarı, türü veya ödenme biçimi bakımından belirleyici bir özellik taşımaz¹⁶².

Götürü tazminat edimi, kural olarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınarak kararlaştırılır¹⁶³. Taraflar, götürü tazminat edimini, örneğin para borçları bakımından belirli bir tarih aralığında mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı gibi objektif olarak belirleyebilirler¹⁶⁴. Öte yandan taraflar, götürü tazminat ediminin tespitini üçüncü bir kişiye de bırakabilirler. Örneğin, götürü tazminat ediminin belirlenmesi, uzman bir heyete bırakılabilir. Bu durumda uzman heyet, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit eder¹⁶⁵. Götürü tazminat ediminin belirlenmesinin uzman bir heyet gibi üçüncü bir kişiye bırakıldığı hallerde, üçüncü kişi tarafından tespit edilecek olan muhtemel zarar, taraflar bakımından bağlayıcı bir götürü tazminat edimi teşkil eder¹⁶⁶. Götürü tazminat ediminin tespitinin üçüncü bir kişiye bırakılması, tahkim anlaşması ile karıştırılmamalıdır¹⁶⁷. Son olarak götürü tazminat ediminin tespiti, sözleşmenin taraflarından birine de bırakılmış olabilir. Götürü tazminat ediminin tespitinin sözleşmenin taraflarından birine bırakılması, çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Çünkü TMK md.23 f.1 uyarınca, kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Ayrıca TMK md.23 f.2 uyarınca kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Aksi takdirde, götürü tazminat anlaşması, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aştığı için, TBK md.27 uyarınca kesin hükümsüz olur¹⁶⁸.

¹⁶² Oertli, N.118.

¹⁶³ Oertli, N.119; Ozanoğlu, s.30.

¹⁶⁴ Oertli, N.121.

¹⁶⁵ Oertli, N.122.

¹⁶⁶ Oertli, N.122.

¹⁶⁷ Kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar, mahkemeler tarafından karara bağlanır. Ancak taraflar, yapacakları bir anlaşma ile aralarında söz konusu olan uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini özel kişilere devredebilirler. İşte, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan tarafın bu uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması konusunda anlaşmasına tahkim denir. Uyuşmazlığın çözümü kendilerine bırakılan kişilere ise hakem denir. Tahkimde, hakemler uyuşmazlığı taraflar adına çözerler. Detaylı bilgi için bkz. Yavuz, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabii Olduğu Hükümler”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” (14 Şubat 2009)*, İstanbul 2009, s.133-177. Götürü tazminat ediminin tespitinin üçüncü bir kişiye bırakılması halinde ise üçüncü kişi tarafından yalnızca asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar tespit edilir. Bkz. Oertli, N. 123.

¹⁶⁸ Oertli, N.124.

Götürü tazminat ediminin belirlenmesi, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatın kapsamının (miktarının) belirlenmesinden ibaret değildir. Götürü tazminat ediminin belirlenmesi, götürü tazminat ediminin kapsamının (miktarının) belirlenmesinin yanı sıra, tazminat ediminin türünün (aynen veya nakden) ve ödenme biçiminin (sermaye veya irat şeklinde) belirlenmesi anlamına da gelir¹⁶⁹.

1.2.3.2 Götürü Tazminat Ediminin Türü ve Ödenme Biçimi

Tazminatın amacı, bir başka deyişle işlevi, zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır¹⁷⁰. Tazminatın bu işlevi, zararın *aynen* veya *nakden* giderilmesi ile gerçekleşir¹⁷¹.

Zararın *aynen* tazmin edilmesi halinde, ya ihlal edilen hak iade edilir ya da ihlal edilen hukukî değere denk bir durum yeniden kurulur. Böylelikle zarar görenin malvarlığı, eski durumuna getirilir¹⁷². Örneğin taraflar arasında kurulan bir satış sözleşmesine konu olan şeyin ayıplı olması halinde, bunun ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi veya onarılması halinde durum böyledir. Zararın *nakden* tazmin edilmesi halinde ise zarar veren, zarar görene bir miktar para öder. Böylelikle zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum yeniden kurulur¹⁷³. Bazı hallerde zararın aynen tazmin edilmesi mümkün değildir¹⁷⁴. Örneğin, borçlunun kusuruyla ifanın imkansızlaşması halinde durum böyledir; borçlu alacaklının uğramış olduğu zararı *nakden* gidermek zorundadır. Bazı hallerde ise zararın tazmin edilebilmesi, aynen ve nakden tazmin yollarının *birlikte* uygulanması ile mümkündür. Bu duruma *karma tazmin* de denilmektedir¹⁷⁵. Örneğin kırtasiyeci K ile satıcı S arasında kurulan satış sözleşmesine konu olan bir fotokopi makinesinin ayıplı olması halinde, fotokopi makinesinin satıcı S tarafından tamir ettirilmesi, zararın aynen tazminidir. Öte yandan kırtasiyeci K, ayıplı fotokopi makinesinin kullanıma elverişli olmaması nedeniyle bir miktar kazanç kaybına da uğramıştır. Kırtasiyeci K' nin uğramış olduğu kazanç kaybının giderilmesine yönelik satıcı S tarafından ödenen para ise zararın nakden tazminidir.

Zararın *nakden* tazmin edilmesi halinde zarar veren, zarar görene bir miktar para öder. Böylelikle zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda

¹⁶⁹ Oertli, N.40.

¹⁷⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762.

¹⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.112; Tandoğan, Mesuliyet, s.253.

¹⁷² Eren, Genel Hükümler, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.113; Tandoğan, Mesuliyet, s.253.

¹⁷³ Tandoğan, Mesuliyet, s.255; Oğuzman/Öz, C.II, s.112; Eren, Genel Hükümler, s.775.

¹⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s.776; Tandoğan, Mesuliyet, s.255-256.

¹⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.776.

bulunacak idiyse, o durum yeniden kurulur. Zararın nakden tazmini iki şekilde gerçekleşir¹⁷⁶. Tazminat bir defada toptan ödenebilir; buna *sermaye* şeklinde tazminat denir. Tazminat ödemesi, dönemsel olarak da yapılabilir; buna da *irat* şeklinde tazminat denir.

Taraflar, aralarında bir götürü tazminat anlaşması yaparak hem götürü tazminat ediminin türünü (nakden veya aynen), hem de ödenme biçimini (sermaye veya irat şeklinde) belirleyebilirler. Götürü tazminat edimi olarak, çoğu zaman sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, bir miktar paranın alacaklıya ödenmesi kararlaştırılır¹⁷⁷. Götürü tazminat edimi, Türk parası olarak kararlaştırılabileceği gibi, yabancı para olarak da kararlaştırılabilir. TBK md.99 f.2 uyarınca Türk parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parasıyla da ödenebilir. Öte yandan TBK md.99 f.3 uyarınca, Türk parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, borcun vadesinde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parasıyla ödenmesini isteyebilir.

Götürü tazminat ediminin, çoğu zaman bir defada toptan sermaye şeklinde ödenmesi kararlaştırılır. Ancak taraflar, götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesine de karar verebilirler. TBK md.51 f.2 uyarınca, hakimin tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmettiği hallerde, borçlu teminat göstermekle yükümlüdür. Çünkü irat kimi zaman uzun yıllar devam edebilir; bu süre zarfında borçlu, ekonomik sıkıntıya düşebilir veya iflas edebilir; böyle bir durumda alacaklı tazminatı alamama tehlikesiyle karşılaşabilir. İşte TBK md.51 f.2 hükmü, bu riski ortadan kaldırmaya yöneliktir¹⁷⁸. Bu hüküm emredici niteliktedir. Bu nedenle hakim, nakdi tazminatın irat şeklinde ödenmesine hükmederken borçlunun teminat gösterebilecek durumda olup olmadığını da re'sen araştırır ve teminat miktarı belirlenirken hükmedilen iradın muhtemel sermaye değeri dikkate alınır¹⁷⁹. Taraflarca götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesine karar verilmiş olması halinde de tazminat borçlusu, TBK md.51 f.2 uyarınca teminat göstermekle yükümlü tutulabilir mi? Bu noktada zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümlerinin hakime oldukça geniş bir takdir yetkisi tanıdığı; tarafların götürü tazminat anlaşması yapmaktaki amaçlarının hakim zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin takdir yetkisini dışlamak olduğu unutulmamalıdır. TBK md.51 f.2 hükmünün muhatabı hakimdir. Çünkü TBK md.51 f.2 uyarınca, tazminatın irat biçiminde ödenmesine

¹⁷⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.257-258; Eren, Genel Hükümler, s.777; Oğuzman/Öz, C.II, s.114.

¹⁷⁷ Oertli, N.118.

¹⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s.779.

¹⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s.779.

hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür. O halde, taraflarca götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesine karar verilmiş olması halinde, tazminat borçlusu teminat göstermekle yükümlü tutulamaz. Ancak tazminat alacaklısı, teminat gösterilmesini isteyebilir. Taraflarca götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesine karar verilmiş olmasına rağmen tazminat alacaklısı, tazminat borçlusundan teminat göstermesini istememişse, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tazminat alacaklısının bazı riskleri göze aldığını kabul etmek gerekir. Çünkü tazminat alacaklısı, götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesini kabul etmeyebilirdi.

1.2.3.3 Götürü Tazminat Ediminin Miktarı

Tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiye, o durumun yeniden kurulmasıdır¹⁸⁰. Görüldüğü üzere, zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli; zararın tamamını karşılamalıdır. Ancak tazminat, zararın azamî miktarıyla sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktar aşılmamalıdır¹⁸¹. Aksi takdirde, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı yararına bir durum teşkil eder¹⁸².

Götürü tazminat anlaşması, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararın giderilmesi amacıyla hizmet eder¹⁸³. Bu nedenle, götürü tazminat ediminin kapsamının, yani miktarının belirlenmesinde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınır¹⁸⁴. Başka bir deyişle, taraflar götürü tazminat edimini kararlaştırırken, asıl borcun ihlali halinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar meydana gelmeden önce (ex ante) *tahmini* olarak belirlerler; taraflar, aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler¹⁸⁵ ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹⁸⁶. Götürü tazminat ediminin miktarının, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin*¹⁸⁷ ile sınırlı

¹⁸⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762.

¹⁸¹ Yargıtay 4. HD., T.12.1.1982, E.1982/13394, K.1982/274: "...Uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder." (YKD 1982, S.5, s.545 vd.).

¹⁸² Oertli, N.81.

¹⁸³ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

¹⁸⁴ Oertli, N.119; Kapancı, s.665.

¹⁸⁵ Kapancı, s.665.

¹⁸⁶ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

¹⁸⁷ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor and Motor Co Ltd [1915] AC 79: "*The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of loss.*" (Eggleston, s.53); "...*reasonable forecast...*" (Goetz/Scott, s.559; Talley, s.1200); "...*reasonable estimate formulation...*" (Goetz/Scott, s.576).

olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸. Kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, makul bir zarar tahmini olup olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana göre belirlenir¹⁸⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, bu soyut kriteri somut olaya uygulayabilmek kolay değildir¹⁹⁰. Bu kapsamda, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı zamandaki ve yerdeki piyasa ve pazar koşulları ile arz ve talep hususları da dikkate alınmalıdır¹⁹¹. Ayrıca taraflara ait birtakım

¹⁸⁸ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...*”. Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136, 143; Stole, s.582; Talley, s.1200; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, kararlaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : “*It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.*” (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuykill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

¹⁸⁹ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) § 356 cmt. b: “*Furthermore, the amount fixed is reasonable to the extent that it approximates the loss anticipated at the time of the making of the contract, even though it may not approximate the actual loss*”. “*...enforcement of damages clauses is likely to be efficient when damages are reasonable ex ante but unreasonable ex post.*” (Rea, s.167); Oertli, N.316; McCormick, s.113; Sweet, s.131, 143; Talley, s.1200. Ayrıca bkz. Banta v. Stamford Motor Co., 89 Conn. 51, 92 Atl. 665, 667 (1914); Smith v. Brokaw, 174 Ark. 609, 297 S. W. 1031 (1927); Politziner Bros. V. Vanetch, 101 Conn. 265, 125 Atl. 630 (1924); Bailey v. Manufacturers’ Lumber Co., 224 Fed. 806 (S. D. N. Y. 1915) (McCormick, s.113, dn.35); McCarthy v. Tally, 46 Cal. 2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Goetz/Scott, s.559, dn.21); Better Foods Mkts. v. American Dist. Tel. Co., 40 Cal. 2d 179, 185, 253 P.2d 10, 14 (1953) (Goetz/Scott, s.559, dn.21). Götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülebilir olmayan, ancak götürü tazminat anlaşmasının yapılmasından sonra, fakat asıl borcun ihlalden önce öngörülebilir olan zarar kalemlerinin söz konusu olması halinde de, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, makul bir zarar tahmini olup olmadığına ilişkin değerlendirme bakımından yine götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı anın esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Nelson v. Richardson, 299 S. W. 304 (Tex. Civ. App. 1927); Barnett v. Sayers, 289 Fed. 567 (App. D. C. 1923) (McCormick, s.114, dn.37).

¹⁹⁰ Sweet, s.136. Bazı mahkeme kararlarında da bu hususa dikkat çekilmiştir. Bkz. Leslie v. Brown Brothers, Inc., 208 Cal. 606, 283 P. 936 (1929) (Sweet, s.136, dn.257).

¹⁹¹ Sweet, s.143. Mevcut piyasa koşullarının dikkate alınmadığı bir uyuşmazlıkta, mahkeme, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat ediminin makul bir zarar tahminine dayanmadığına hükmetmiştir. Bkz. Caplan v. Schroeder, 10 Cal. Rptr. 399, 401 (Cal. App. 4th Dist.), rev’d,

özelliklerin de dikkate alınması gerekir¹⁹². Çünkü asıl borcun ihlal edilmesi halinde bir tüketicinin uğrayacağı zarar ile bir tacirin uğrayacağı zarar birbirinden farklıdır. Ayrıca, tarafların sahip olduğu bilgiye dikkat edilmesi gerekir; özellikle taraflar arasında bir bilgi asimetrisi bulunup bulunmadığı incelenmelidir¹⁹³. Kararlaştırılan götürü tazminat edimi ile asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zarar arasında göze çarpan aşırı bir oransızlık bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır¹⁹⁴. Tarafların menfaat durumları özellikle dikkate alınmalıdır. Tarafların böyle bir miktarda götürü tazminat edimi kararlaştırmasının makul ve mantıklı bir davranış biçimi olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Tahmin, “yaklaşık olarak değerlendirme, oranlama; akla, sezgiye veya bazı verilere dayanarak olabilecek bir şeyi, bir olayı önceden kestirme, kestirim; önceden kestirilen, düşünülen şey olarak” tanımlanmaktadır¹⁹⁵. Her tahmin, doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırır ve herhangi bir tahmin, tamamen isabetli olamaz¹⁹⁶. Ayrıca bir tahmin, iyimser bir tahmin olabileceği gibi kötümser bir tahmin de olabilir. Önemli olan, tahminin gerçekçi olmasıdır. İşte, bu iki uç nokta arasında kalan kısım, makul zarar tahmini aralığını oluşturur¹⁹⁷. O halde, her iki taraf da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile kararlaştırılan götürü tazminat edimi arasında söz konusu olabilecek belirli bir orandaki farkla katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. Çünkü götürü tazminat ediminin kararlaştırılması, birtakım riskleri de beraberinde getirir¹⁹⁸.

Tarafların katlanmak zorunda kaldığı bu hoşgörü sınırının ne olduğu ve ne zaman bu sınırın aşılmış sayılacağı, çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur. Taraflar, aralarında yapmış oldukları götürü tazminat anlaşmasında, tahammül edilmesi gereken hoşgörü sınırını belirlemiş olabilirler. Örneğin, taraflar, aralarında yapmış oldukları götürü tazminat anlaşmasında, götürü tazminatın, gerçek zararı %10 oranında aşabileceğini veya götürü tazminatın, gerçek zararın %10 oranında altında kalabileceğini veya asıl borcun ihlal

56 Cal. 2d 515, 364 P.2d 321, 15 Cal. Rptr. 145 (1961) (Sweet, s.137, dn.261). Ayrıca bkz. Smith v. Royal Mfg. Co., 185 Cal. App. 2d 315, 8 Cal. Rptr. 417 (1st Dist. 1960) (Sweet, s.137, dn.261).

¹⁹² Sweet, s.143. Örneğin, henüz sözleşmenin kuruluşu aşamasında, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat ediminin miktarının, tarafların avukatları tarafından müzakere edilerek kararlaştırılmış olması, söz konusu götürü tazminat ediminin makul bir zarar tahminine dayandığı yönünde güçlü bir kanaat oluşturur. Bkz. Daddino v. Builders Concrete, Inc., 168 Cal. App. 2d Supp. 781, 784, 334 P.2d 1067, 1069 (Super. Ct., App. Dep’t 1959) (Sweet, s.140, dn.276).

¹⁹³ Stole, s.584.

¹⁹⁴ Eisenberg, Melvin Aron: “The Limits of Cognition and the Limits of Contract”, *Stanford Law Review*, Vol.47, No.2, 1995, pp.211-259; Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Ayrıca bkz. Wilmington Transp. Co. v. O’Neil, 98 Cal. 1, 32 P. 705 (1893) (Sweet, s.138, dn.266); Escondido Oil & Dev. Co. v. Glasser, 144 Cal. 494, 500 77 P. 1040, 1042 (1904) (Sweet, s.140, dn.278).

¹⁹⁵ Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 13 Şubat 2015 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54ddbc2a407178.18629531 adresinden erişilmiştir.

¹⁹⁶ Benjamin, s.603; Oertli, N.318. Ayrıca bkz. Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

¹⁹⁷ Sweet, s.143. Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Eisenberg, s.211-259; Talley, s.1201.

¹⁹⁸ Oertli, N.318.

edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, 100.000TL ila 150.000TL arasında olması halinde ödenecek tazminatın 120.000TL olacağını; gerçek zararın, bu sınırların dışına çıkması halinde ise ödenecek tazminatın genel hükümler uyarınca belirleneceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda, kararlaştırılan götürü tazminatın, makul bir zarar tahminine dayanıp dayanmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması kolaydır. Buna karşılık, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasında, tahammül edilmesi gereken hoşgörü sınırı belirlenmemiş de olabilir. Bu durumda, tarafların katlanmak zorunda olduğu hoşgörü sınırı, somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak belirlenmelidir. Somut olayın özelliklerine göre belirlenen hoşgörü sınırı, duruma göre bazen yüksek bazen düşük olabilir¹⁹⁹. Çünkü bazı piyasalar, diğerlerine göre daha kırılgandır.

Sonuç olarak, götürü tazminat ediminin miktarı, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin* ile sınırlıdır. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, *makul bir zarar tahmini* olarak kabul edilebilmesi durumunda bu edim, *geçerli bir götürü tazminat edimi* olarak değerlendirilmelidir²⁰⁰.

Bazı yazarlar tarafından, TBK md.50 ve devamı hükümleri uyarınca tazminatın belirlendiği hallerde, zarar doğduktan sonra (*ex post*) somut olaya ilişkin özelliklerin dikkate alınarak zararın hesaplandığı ve tazminatın belirlendiği; öte yandan ödenecek tazminat miktarının üst sınırının, tazminat alacaklarının uğradığı zarar kadar olduğu; götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise, TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 f.1’de belirtilen genel esas dışına çıkıldığı; götürü tazminat ediminin, zarar doğmadan önce (*ex ante*) tahmini olarak belirlendiği²⁰¹; bu tahminin de yeterince güvenilir olamayacağı ileri sürülmüştür²⁰². Ancak taraflar, deneyimlerinden yola çıkarak işe yarar tahminlerde bulunabilirler²⁰³. Özellikle tarafların tacir olmaları durumunda, benzer ticari ilişkileri de dikkate alarak gerçekçi tahminlerde bulunabilirler²⁰⁴. Hatta bazı yazarlara göre, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelecek zararı, mahkemeden ziyade, taraflar bilir²⁰⁵. Çünkü taraflar, somut olayın özel bilgisine sahiptir.

¹⁹⁹ Talley, s.1201.

²⁰⁰ McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136, 143; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30.

²⁰¹ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

²⁰² Oertli, N.74; Sweet, s.132; Kapancı, s.666, dn.48.

²⁰³ Aynı görüşte bkz. Oertli, N.74.

²⁰⁴ Werner v. Finley, (1910) 144 Mo. App. 554, 129 S. W. 73: “It is a clear case of business men of equal standing and ability and possessed of full knowledge of the situation dealing with each other on terms of equality, providing as best they could against contingencies and uncertainties of the future. Under such circumstances, there is no reason why they should not be permitted to make their own contracts; and when they are so made it is the province of a court of law to enforce them, not to alter them.” (Brightman, s.299).

²⁰⁵ Stole, s.583.

1.2.4 Tarafların Anlaşması (Götürü Tazminat Anlaşması)

1.2.4.1 Genel Olarak

Götürü tazminattan bahsedebilmek için taraflar arasında sözleşmeden doğan bir asıl borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat ediminin kararlaştırılması ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların anlaşması gerekir. Götürü tazminata ilişkin bir anlaşma ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir²⁰⁶ (TBK md.1 f.1).

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ifa edileceği konusunda herhangi bir duraksama olmamalıdır. Başka bir deyişle, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, borçlunun kararlaştırılan götürü tazminat edimini ifa etme borcu altında olduğu kesin olmalıdır²⁰⁷. Çünkü götürü tazminat edimi, götürü tazminat anlaşmasının objektif esaslı unsurudur; asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması durumunda, götürü tazminattan bahsedilemez²⁰⁸. Bu durumda, asıl borcun ihlal edilmesi halinde TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak, zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur.

İkinci derecedeki noktalar üzerinde durulmaması, götürü tazminat anlaşmasının meydana gelmesini engellemez²⁰⁹. Örneğin, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılan götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının olup olmadığı hususu üzerinde durulmamış olabilir. Bu durumda, hakim tarafından, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmadığı hususu tespit edilebilir; aksini ispat etme imkanı mevcutsa bunun kapsamının ne olduğu da belirlenebilir; yeter ki aksini ispat etme imkanının kendisine tanınması, taraflarından biri bakımından götürü tazminat anlaşmasının sübjektif esaslı unsuru olmasın²¹⁰. Çünkü TBK md.2 f.1 uyarınca, taraflar, sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır. TBK md.2 f.2 uyarınca ise, ikinci derecedeki noktalarda uyuşulamazsa hakim, uyuşmazlığı için özelliğine bakarak karara bağlar.

Götürü tazminat edimi, genellikle sözleşme ihlalinin belli bir türü için kararlaştırılır. Ancak bazı hallerde, götürü tazminat anlaşmalarında ihlal türü üzerinde durulmaz. Bu gibi hallerde götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ve tamamlanması gerekir; yeter ki sözleşmenin ihlalinin belli bir türü, taraflardan biri bakımından götürü tazminat anlaşmasının

²⁰⁶ Oertli, N.111.

²⁰⁷ Oertli, N.111.

²⁰⁸ Oertli, N.111.

²⁰⁹ Oertli, N.113.

²¹⁰ Oertli, N.113.

sübjektif esaslı unsuru olmasın. Götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla, farklı türlerde sözleşme ihlali için aynı götürü tazminat ediminin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir²¹¹. Örneğin bir makinenin tesliminin temerrüdü halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin ayıplı olması durumunda da ödenebilir. Makinenin zamanında teslim edilmemesi halinde meydana gelen zarar ile makinenin ayıplı olması nedeniyle işlevini yerine getirememesi, yani kullanılmaması, makineden yararlanılamaması halinde meydana gelen zarar aynıdır; her ikisinde de makinenin kullanımından mahrumiyet söz konusudur²¹². Bunun tam tersi de düşünülebilir; yani makinenin ayıplı olması halinde ödenmesi kararlaştırılan bir götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin tesliminde temerrüt hali için de geçerli olabilir²¹³.

Sözleşmenin objektif esaslı unsurları dışında kalan konular, objektif bakımdan ikinci derecedeki noktalardır. Taraflar anlaşarak veya taraflardan biri karşı tarafa bunu hissettirerek yan noktaları esaslı unsur haline yani sözleşmenin zorunlu şartı haline getirebilirler; bu durumda sübjektif esaslı unsur söz konusu olur²¹⁴. İkinci derecedeki bir noktanın sübjektif esaslı unsur haline getirilip getirilmediği hususunda bir uyuşmazlık söz konusu olursa hakim, uyuşmazlığı tarafların bu hususa ilişkin irade beyanlarını yorumlayarak çözer. Varılacak sonuç, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunup bulunmadığına ilişkin olacağından, anlaşmanın varlığını etkileyecektir²¹⁵.

1.2.4.2 Tarafları

Asıl borç ilişkisinin tarafları, kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarını oluşturur. Buna göre, asıl borcun alacaklısı ve borçlusu, kural olarak götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur²¹⁶. Örneğin taraflar arasında bir satış sözleşmesinin söz konusu olması ve bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması halinde, satış sözleşmesinin tarafları, aynı zamanda götürü tazminat anlaşmasının da taraflarıdır. Başka bir deyişle, satış sözleşmesinin alacaklısı ve borçlusu, aynı zamanda götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur. Kural olarak durum böyledir. Bu noktada şöyle bir soru yöneltilebilir: Acaba, asıl borç ilişkisinin tarafları dışındaki kişilerin, götürü tazminat ediminin alacaklısı veya borçlusu olması mümkün müdür?

Öncelikle, götürü tazminat ediminin alacaklısının, asıl borç ilişkisinin alacaklısından farklı bir kişi olup olamayacağı hususu üzerinde duralım. Doktrinde, götürü tazminat

²¹¹ Oertli, N.127.

²¹² Oertli, N.127.

²¹³ Oertli, N.127.

²¹⁴ Oertli, N.114. Ayrıca bkz. Eren, Genel Hükümler, s.235.

²¹⁵ Oertli, N.114.

²¹⁶ Oertli, N.116.

ediminin alacaklısının, asıl borç ilişkisinin alacaklısından farklı bir kişi olamayacağı ileri sürülmektedir²¹⁷. Çünkü götürü tazminat anlaşması, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına yöneliktir²¹⁸. Kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifasını talep etme hakkının tazminat alacaklısına değil de üçüncü bir kişiye tanınması, götürü tazminat anlaşmasının amacına aykırıdır²¹⁹. Kararlaştırılan götürü tazminat ediminden, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının yararlanamadığı hallerde, götürü tazminat anlaşmasından bahsedilemez²²⁰. Ancak üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından durum biraz farklıdır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, tarafların, edimin alacaklıya değil de üçüncü bir kişiye ifa edileceğini kararlaştırdıkları sözleşmedir²²¹. Üçüncü kişinin edimin ifasını talep etme hakkına sahip olduğu üçüncü kişi yararına sözleşmelere tam veya gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme denir²²². Asıl sözleşmenin, TBK md.129 f.2 anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının asıl sözleşmenin alacaklısından farklı bir kişi olabileceği kabul edilmektedir. Asıl sözleşmenin TBK md.129 f.2 anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısı, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabilir²²³. Çünkü tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, borçlanılan edim üzerinde üçüncü kişi lehine bir alacak hakkı doğar; üçüncü kişi, bu hakkı aslen kazanır; üçüncü kişi, sözleşmeden doğan alacağı muaccel olur olmaz doğrudan borçludan talep edebilir; gerekirse dava açabilir²²⁴. O halde, tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, asıl borcun ifasını talep ve dava etme hakkına sahip olan üçüncü kişi, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifasını da talep edebilir²²⁵. Asıl sözleşmenin TBK md.129 f.2 anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması ve götürü tazminat ediminin alacaklısının, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olması halinde, götürü tazminat anlaşmasının ya asgari götürü tazminat anlaşması ya da nispi (aksi ispat edilebilen) götürü tazminat anlaşması olması gerekir. Yani götürü tazminat anlaşmasının, azami götürü tazminat anlaşması veya mutlak (aksi ispat edilemeyen) götürü tazminat anlaşması olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının talep hakkı, başka bir deyişle yararına sözleşme

²¹⁷ Oertli, N.117.

²¹⁸ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

²¹⁹ Oertli, N.117.

²²⁰ Bu gibi hallerde ancak ifayı teminat altına almaya yönelik bir ceza koşulundan bahsedilebilir. Bkz. Oertli, N.291.

²²¹ Eren, Genel Hükümler, s.1141.

²²² Eren, Genel Hükümler, s.1146.

²²³ Oertli, N.116, dn.143.

²²⁴ Oertli, N. 1151.

²²⁵ Oertli, N.116, dn.143.

yapılan üçüncü kişinin talep hakkı, asıl sözleşmenin alacaklısı ve borçlusu arasında yapılan götürü tazminat anlaşması nedeniyle sınırlandırılmış olur ki, bu durum, götürü tazminat ediminin alacaklısının, yani yararına sözleşme yapılan üçüncü kişinin aleyhinedir. Bilindiği üzere, bir sözleşmenin tarafları, o sözleşme dışında kalan üçüncü kişiler aleyhine borç yaratamazlar²²⁶. Sonuç olarak, üçüncü kişi aleyhine bir durum yaratmamak şartıyla, asıl sözleşmenin, TBK md.129 f.2 anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabileceği kabul edilmektedir²²⁷.

Şimdi de götürü tazminat ediminin borçlusunun, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişi olup olamayacağı hususu üzerinde duralım. Götürü tazminat ediminin borçlusu, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişi olamaz. Götürü tazminat ediminin borçlusunun, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişi olması halinde, götürü tazminat anlaşması değil; üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusu olur²²⁸. Çünkü TBK md.128 f.1 uyarınca, üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

1.2.4.3 Şekli

Götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeyle birlikte yapılabilir. Bu durumda götürü tazminat, asıl sözleşmenin bir hükmü veya asıl sözleşmede yer alan bir kayıt olarak karşımıza çıkar. Öte yandan götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir²²⁹.

TBK md.12 f.1 uyarınca sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe herhangi bir şekle bağlı değildir. Borçlar hukuku, şekil özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir²³⁰. Götürü tazminat anlaşmalarının şekline ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme de söz konusu değildir. O halde, götürü tazminat anlaşması, TBK md.12 f.1 uyarınca kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeye bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi belirli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz²³¹. Asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerliliği, özel bir hükümle yazılı veya resmi şekle uyulmasına bağlı kılınmışsa, götürü tazminat anlaşmasının da yazılı veya resmi şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Örneğin, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, bunun resmi şekilde yapılması

²²⁶ Üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi hakkında bkz. Eren, Genel Hükümler, s.19-20.

²²⁷ Oertli, N.116, dn.143.

²²⁸ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.133.

²²⁹ Oertli, N.42; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.657.

²³⁰ Eren, Genel Hükümler, s.267.

²³¹ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

gerekir (TBK md.237 f.1, TMK md.706 f.1, Tapu Kanunu md.26). O halde, taşınmaz satışıyla ilgili götürü tazminat anlaşması da resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Aynı şekilde, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabidir (TBK md.444). Buna göre rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde devreye girecek bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır.

Götürü tazminat anlaşmasının asıl borcu doğuran işlemin bağlı olduğu şekilde yapılması gerektiği ilkesi, yalnız asıl borçla aynı anda kararlaştırılan götürü tazminat edimi bakımından değil, asıl borç ilişkisinden sonra kararlaştırılan götürü tazminat edimi bakımından da geçerlidir. Çünkü bu durum, sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olup, şekle bağlı bir sözleşmenin değiştirilmesi TBK md.13 uyarınca yine şekle tabidir. Bunun yanı sıra, asıl borcu doğuran işlemde önce götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması durumunda da götürü tazminat anlaşmasının, asıl borcu doğuran işlemin bağlı olduğu şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde, götürü tazminat anlaşması geçersiz olur. Asıl borcu doğuran işlemde önce götürü tazminat anlaşmasının asıl borcu doğuran işlemin bağlı olduğu şekilde yapılmamış olması durumunda, asıl borcu doğuran işlemin daha sonra bağlı olduğu şekle uygun olarak yapılmış olmasına rağmen götürü tazminat anlaşmasının asıl borcu doğuran işlemin bağlı olduğu şekle uygun hale getirilmemesi durumunda, tarafların götürü tazminat ediminden vazgeçtikleri kabul edilmektedir²³².

TBK md.17 f.1 uyarınca, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmış ise, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Bu durumda iradi şekil söz konusu olur²³³. Taraflar da götürü tazminat anlaşmasının geçerliliğini belirli bir şekilde yapılması şartına bağlayabilirler. Bu durumda, götürü tazminat anlaşması kararlaştırılan şekilde yapılmadıkça taraflar sözleşmeyle bağlı olmazlar. Yani, taraflarca öngörülen şekilde yapılmayan götürü tazminat anlaşması geçersizdir.

Tarafların asıl sözleşmenin geçerliliğini belirli bir şekilde yapılması şartına bağlamaları halinde, götürü tazminat anlaşması bakımından da bu şekle uyulması zorunlu mudur? Kanaatimizce, asıl sözleşmenin geçerliliği taraf iradeleriyle belirli bir şekilde yapılmış olması şartına bağlanmış ise, götürü tazminat anlaşmasının varlığı ve hukuki kaderi, asıl sözleşmenin varlığına ve hukuki kaderine bağlı olduğundan, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmaz²³⁴.

²³² Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.128.

²³³ Eren, Genel Hükümler, s.269.

²³⁴ Ceza koşuluna ilişkin benzer bir değerlendirme için bkz. Yargıtay HGK, T.19.03.2003, E.2003/15-125 K.2003/175 (Dirican, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s.20, dn.54). Kocaağa'ya göre bu sorunun cevabı, kararlaştırılan geçerlilik şeklinin

Götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapıldığı hallerde, bunun mutlaka zarar meydana gelmeden önce yapılması gerekir. Çünkü zarar meydana geldikten sonra tazminat konusunda yapılacak bir anlaşmayı, götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirmek mümkün değildir. Böyle bir anlaşma ancak sulh sözleşmesi olarak değerlendirilebilir²³⁵.

Götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeden önce de yapılabilir. Bu durumda götürü tazminat anlaşması, iki ayrı şartın gerçekleşmesi üzerine hüküm ifade eder. Buna göre götürü tazminat anlaşması, önce asıl borcun doğması, sonra da bu borcun taraflarca öngörülen şekilde ihlal edilmesi şartına bağlıdır. Götürü tazminat ediminin asıl borçtan önce kararlaştırılmasına örnek olarak, bir çerçeve sözleşme ile götürü tazminat ediminin belirlenmesi gösterilebilir. Gerçekten, taraflar arasında bir çerçeve sözleşmenin söz konusu olduğu hallerde, taraflar daha sonra yapacakları münferit sözleşmelerle bu genel çerçeve sözleşmeyi tamamlarlar. Çerçeve sözleşmeye örnek olarak tek satıcılık sözleşmesi gösterilebilir²³⁶. Tek satıcılık sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Götürü tazminat edimi, taraflar arasında söz konusu olan çerçeve tek satıcılık sözleşmesi ile asıl borcun doğumundan önce kararlaştırılmış olabilir. Çünkü götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada asıl borcun mutlaka var olması zorunlu değildir; gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere götürü tazminat anlaşması yapılabilir. Böyle bir durumda, asıl borç meydana gelmedikçe, götürü tazminat anlaşması da hüküm ve sonuç doğurmaz.

1.3 Götürü Tazminatın Hukuki Niteliği

1.3.1 Götürü Tazminatın Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir İlişki Doğurması

Hukuki sonuca yönelik birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamalarından oluşan işleme, sözleşme denir²³⁷. Taraflar arasında bir borç ilişkisi kuran sözleşmelere ise *borç*

kapsamına bağlıdır. Taraflar kararlaştıracakları şeklin kapsamını istedikleri gibi belirleyebileceklerinden, bu soruya her zaman geçerli olan bir cevap vermek mümkün değildir. Örneğin, ceza koşuluna ilişkin bir anlaşmanın asıl sözleşme için öngörülen şekle uygun olarak yapılması gerekip gerekmediği, tarafların iradelerine göre hükme bağlanmalıdır. Eğer ceza koşulu asıl borçtan sonra kararlaştırılacaksa, bu durumda asıl sözleşmenin değiştirilmesi söz konusu olur. Şekle tabi bir sözleşmenin değiştirilmesinin de aynı şekilde yapılması gerektiğini belirten TBK md.13 hükmü ise yalnız kanunen öngörülen şekle tabi sözleşmeler bakımından geçerli olup, TBK md.17'de düzenlenen iradi şekle bağlı sözleşmelere uygulanmaz. Başka bir ifadeyle, taraflar, sözleşmenin geçerliliği için belirli bir şekil şartı öngörseler bile, bu şekle uymadan da sözleşmeyi değiştirebilirler. Bkz. Kocağa, Cezai Şart, s.128-129.

²³⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.102-103.

²³⁶ Tek satıcılık sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.

²³⁷ Eren, Genel Hükümler, s.166; Kocayusufpaşaoğlu, s.84; Oğuzman/Öz, C.I, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.40; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.51.

sözleşmesi denir²³⁸. Borç sözleşmeleri, sözleşmenin her iki tarafı bakımından borç doğurabileceği gibi, taraflardan yalnız biri bakımından da borç doğurabilir. Borç sözleşmesinin taraflardan yalnız biri bakımından borç doğurması halinde, *tek tarafa borç yükleyen sözleşme* söz konusu olur; tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan yalnız biri borç altına girerken, diğer tarafın yerine getireceği herhangi bir borç bulunmamaktadır²³⁹.

Asıl borcun borçlu tarafından ihlali nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik olarak devreye giren götürü tazminat anlaşması, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi farklılık gösterse de her zaman tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir²⁴⁰. Götürü tazminat anlaşması ile tazminat borçlusu, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi ve asıl borcun ihlali nedeniyle alacaklının zarara uğraması halinde, kararlaştırılan götürü tazminat edimini ödeme borcu altına girerken; götürü tazminat alacaklısının, götürü tazminat anlaşması bakımından yerine getirmesi gereken herhangi bir borç bulunmamaktadır. Asıl borç ilişkisinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması halinde, taraflardan her biri, hem alacaklı hem de borçludur. Her iki taraf da birbirine karşı, asli bir edim yüklenmektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur ve edimler arasında bir değiş-tokuş ilişkisi söz konusudur²⁴¹. Ancak götürü tazminat anlaşması bakımından tazminat alacaklısı olan tarafın, asıl borç ilişkisi nedeniyle ifa etmek zorunda olduğu asli edim yükümlülüğü, götürü tazminat ediminin karşılığını oluşturmaz. Çünkü tazminat edimi, asıl borcun ihlali nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine yöneliktir.

1.3.2 Götürü Tazminatın Kendine Özgü (Sui Generis) Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun birinci kısmı, borçlar hukukunun genel hükümlerine; ikinci kısmı ise özel borç ilişkilerine ilişkindir. Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında bazı sözleşme tipleri düzenlenmiştir. İkinci kısımda düzenlenen sözleşmelere örnek olarak satış, bağışlama, kira, vekalet, eser, kefalet sözleşmeleri vb. gösterilebilir. Öte yandan çeşitli borç ilişkilerine dair özel hükümler, yalnızca TBK'da yer almaz. Bazı sözleşme tiplerine ilişkin hükümlere başka kanunlarda yer verilmiştir. Örneğin taşıma ve sigorta sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda; miras sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir.

²³⁸ Eren, Genel Hükümler, s.206; Oğuzman/Öz, C.I, s.44; Kocayusufpaşaoğlu, s.95; Dural/Sarı, s.197; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.51.

²³⁹ Eren, Genel Hükümler, s.210; Oğuzman/Öz, C.I, s.46; Kocayusufpaşaoğlu, s.98; Dural/Sarı, s.197; Uygur, C.I, s.459.

²⁴⁰ Kapancı, s.658.

²⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s.210-211; Oğuzman/Öz, C.I, s.46; Kocayusufpaşaoğlu, s.98-99.

Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerine ilişkin ikinci kısmında veya başka kanunlarda düzenlenen sözleşmelere, belirli bir isme sahip oldukları için *isimli sözleşmeler*²⁴²; Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerine ilişkin ikinci kısmında veya başka kanunlarda düzenlenmemiş olanlara ise *isimsiz sözleşmeler* denir²⁴³. İsimli sözleşmeler, kaynağını irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünden alırlar. Çünkü borçlar hukukunda kural, sözleşme özgürlüğüdür. Kişilerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir¹⁴. Sözleşme özgürlüğü geniş bir kavramdır. Bu kavram sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini de kapsar²⁴⁴. Sözleşme özgürlüğü ile sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, başka bir deyişle tip özgürlüğü arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Sözleşme özgürlüğünden bahsedilebilmesi için, tarafların sözleşmenin içeriğini ve şartlarını serbestçe tartışma imkanının mevcut olması gerekir²⁴⁵. TBK md.26'ya göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Böylelikle, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü hüküm altına alınmıştır. TBK md.27'de de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı hükme bağlanmış ve sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmiştir. Buradan hareketle şu sonuca ulaşılmaktadır: Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmamak şartıyla taraflar, bir sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilirler. Başka bir deyişle, Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerine ilişkin ikinci kısmında veya başka kanunlarda düzenlenmemiş olan isimli sözleşmeler yapabilirler²⁴⁶.

İsimli sözleşmeler, içerdikleri esaslı unsurların, özellikle asli edimlerin isimli sözleşmelere ait olup olmadıklarına göre çeşitli ayırımlara tabi tutulmaktadır²⁴⁷. Bazen taraflar arasında yapılan sözleşmeler, tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler; bu tür sözleşmelere, *kendine özgü*

²⁴² Eren, Genel Hükümler, s.207; Eren, Özel Hükümler, s.17; Yavuz, s.20-22; Zevkliler/Gökyayla, s.10; Gümüş, C.I, s.4.

²⁴³ Eren, Genel Hükümler, s.207; Eren, Özel Hükümler, s.17; Yavuz, s.22; Zevkliler/Gökyayla, s.10-11; Gümüş, C.I, s.4; Aral/Ayrancı, s.50.

²⁴⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.9; Eren, Genel Hükümler, s.300; Eren, Özel Hükümler, s.26; Zevkliler/Gökyayla, s.9; Yavuz, s.16; Gümüş, C.I, s.3; Aral/Ayrancı, s.51.

²⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s.300; Eren, Özel Hükümler, s.26; Zevkliler/Gökyayla, s.9; Yavuz, s.16; Gümüş, C.I, s.3; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.9.

²⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s.207; Eren, Özel Hükümler, s.17; Yavuz, s.22; Zevkliler/Gökyayla, s.10-11; Gümüş, C.I, s.4; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.9; Aral/Ayrancı, s.51.

²⁴⁷ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.207 vd.; Eren, Özel Hükümler, s.22 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.11 vd.; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.11 vd.; Gümüş, C.I, s.5 vd.; Yavuz, s.22 vd.; Aral/Ayrancı, s.52 vd.

yapısı olan sözleşmeler veya *sui generis sözleşmeler* denir²⁴⁸. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde taraflar, tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurları, yeni bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya getirirler²⁴⁹. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, dürüstlük kurallarına ve iş ilişkileri bakımından söz konusu olan yaygın teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanır²⁵⁰. Uygun düştüğü ölçüde, benzer sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri, kıyas yoluyla uygulanır. Gerektiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulur²⁵¹. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelere ilişkin mahkeme içtihatlarıyla tespit edilmiş örf ve adet hukuku da söz konusu olabilir. Ancak örf ve adet hukukunda da bir kural bulunamazsa TMK md.1 uyarınca hakim, hukuk yaratabilir²⁵².

Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın, taraflarca önceden belirlendiği, asıl sözleşmeye bağlı, bir yan anlaşma olarak tanımlanmaktadır²⁵³. Götürü tazminatın unsurları, geçerli bir borcun bulunması, götürü tazminat ediminin kararlaştırılması ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların anlaşmasıdır. Götürü tazminat anlaşmasına ait bu unsurlar, tamamen veya kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardandır. O halde, götürü tazminat anlaşmasının kendine özgü yapısı olan bir sözleşme, yani *sui generis* bir sözleşme olduğunu söylemek yanlış olmaz²⁵⁴.

1.3.3 Götürü Tazminatın Asıl Borca Bağlı Olması

1.3.3.1 Genel Olarak

Bazı alacak haklarının varlığı, başka bir alacak hakkının varlığına bağlıdır²⁵⁵. Götürü tazminat asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesinden ibaret olduğuna göre, götürü tazminatın söz konusu olabilmesi için,

²⁴⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.11; Gümüş, C.I, s.9; Yavuz, s.28; Zevkliler/Gökyayla, s.11; Eren, Özel Hükümler, s.33; Aral/Ayrancı, s.53.

²⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.207; Eren, Özel Hükümler, s.33.

²⁵⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.12; Zevkliler/Gökyayla, s.11; Eren, Özel Hükümler, s.35; Gümüş, C.I, s.11-12; Yavuz, s.28. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Oktay, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İÜHFİM*, C.LV, S.1-2, 1996, s.263-296.

²⁵¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.13; Zevkliler/Gökyayla, s.11; Eren, Özel Hükümler, s.35; Gümüş, C.I, s.11-12; Yavuz, s.28; Aral/Ayrancı, s.58.

²⁵² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.I, s.13; Zevkliler/Gökyayla, s.11; Eren, Özel Hükümler, s.35; Gümüş, C.I, s.11-12; Yavuz, s.28; Aral/Ayrancı, s.58.

²⁵³ Oertli, N.20; Kocağa, Cezai Şart, s.49; Kocağa, Götürü Tazminat, s.150; Kapancı, s.656-657; Erdem, Götürü Tazminat, s.98; Hatemi/Gökyayla, s.347-348.

²⁵⁴ Erdem, Götürü Tazminat, s.109; Kapancı, s.655-656.

²⁵⁵ Dural/Sarı, s.172.

öncelikle bir asıl borcun var olması gerekir. Buradan hareketle, götürü tazminatın doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁵⁶. Götürü tazminatın varlığı ve hukuki kaderi, asıl borcun varlığına ve hukuki kaderine bağlıdır. Benzer şekilde, asıl borcun kapsamı değiştirilecek olursa, bu değişiklik götürü tazminat anlaşmasını da etkiler²⁵⁷.

Taraflar arasında, götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeyle birlikte yapılabileceği gibi asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir²⁵⁸. Götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılması, götürü tazminatın asıl borca bağlılığını ortadan kaldırmaz²⁵⁹.

Götürü tazminatın asıl borca bağlı olmasının bazı hukuki sonuçları vardır. Aşağıda sırasıyla bunlar üzerinde durulmuştur.

1.3.3.2 Geçerliliği Bakımından

Götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlı olduğundan götürü tazminatın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, bağlı bulunduğu asıl borcun da geçerli olması gerekir²⁶⁰. Asıl borç geçersiz ise, götürü tazminat da geçersiz olur.

Asıl borca bağlı olarak götürü tazminatın geçersiz olması ayrıca incelenmiştir²⁶¹. Bu nedenle, bu bölümde, yukarıdaki kısa açıklama ile yetiniyoruz.

1.3.3.3 Şekil Bakımından

Götürü tazminat, TBK md.12 f.1 uyarınca kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak götürü tazminat asıl borca bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olması belirli bir şekilde yapılmasına bağlı ise, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz²⁶². Asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerliliği, özel bir hükümlerle yazılı veya resmi şekle uyulmasına bağlı kılınmışsa, götürü tazminat anlaşmasının da yazılı veya resmi şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Örneğin, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, bunun resmi şekilde yapılması gerekir (TBK md.237 f.1, TMK md.706 f.1, Tapu Kanunu md.26). O halde, taşınmaz satışıyla ilgili götürü tazminat anlaşması da resmi

²⁵⁶ Oertli, N.42; Erdem, Götürü Tazminat, s.100; Kapancı, s.661.

²⁵⁷ Kapancı, s.662.

²⁵⁸ Oertli, N.42; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.657.

²⁵⁹ Oertli, N.42.

²⁶⁰ Kapancı, s.661-662.

²⁶¹ Bu konuya ilişkin detaylı inceleme için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, §1, II. Asıl Borcun Geçersizliği Nedeniyle Götürü Tazminatın Geçersiz Olması.

²⁶² Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz²⁶³. Aynı şekilde, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabidir (TBK md.444). Buna göre, rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde devreye girecek bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır.

1.3.3.4 İfa Yeri ve Zamanı Bakımından

Götürü tazminat anlaşmasının asıl borca bağlılığı, götürü tazminat ediminin ifa yeri bakımından da kendisini gösterir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, asıl borcun ifa yeri, götürü tazminat ediminin de ifa yeridir.

Muacceliyet bakımından da götürü tazminat alacağı, asıl borca bağlıdır. Götürü tazminat alacağının asıl borçtan önce muaccel olması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, asıl borcun ihlal edilmesinden önce, götürü tazminat ediminin ifası talep edilemez.

1.3.3.5 Alacağın Devri Bakımından

Alacağın devri esnasında henüz muaccel olmamış bir götürü tazminat alacağı, asıl alacağın devri halinde kural olarak bu devrin kapsamına dahil olur. Çünkü TBK md.189 uyarınca, alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar devralana geçer. Devralana geçen yan haklar arasında devredene ait tazminat alacağı da yer alır²⁶⁴. O halde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak kararlaştırılmış olan götürü tazminat alacağı, asıl alacakla birlikte devralana geçer.

Alacağın devrinden önce muaccel olmuş bir götürü tazminat alacağı ise, artık bağımsız bir varlığa sahip olduğundan, bunun asıl alacağı takip etmesi gerekli değildir. Böyle bir götürü tazminat alacağı, ancak taraflarca ayrıca ve açıkça kararlaştırılması halinde asıl alacakla birlikte devralana geçer. Aksi takdirde, alacağın devrinden önce muaccel olmuş bir götürü tazminat alacağı, devredende kalır; yeni alacaklıya geçmez²⁶⁵.

1.3.3.6 Borcun Üstlenilmesi Bakımından

Borcun üstlenilmesi, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme olup, bununla borçlu borcundan kurtulurken, onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişi geçer²⁶⁶. Asıl borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi halinde, TBK md.198 f.1 uyarınca, borcun üstlenilmesinden önce muaccel olan götürü tazminat edimini ifa borcu da

²⁶³ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

²⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1240.

²⁶⁵ Temerrüt faizi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1240.

²⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1243; Oğuzman/Öz, C.II, s.592; Hatemi/Gökyayla, s.367.

borcu üstlenen üçüncü kişiye, yani yeni borçluya geçer. Çünkü bağlı haklar, kural olarak borçlunun değişmesinden etkilenmezler. Bu nedenle, eski borçlunun bizzat getirmiş olduğu teminatlar, eski borçlu zamanında işlemiş ve muaccel hale gelmiş olan faiz, ceza koşulu ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleri ile işleyecek faizler, borcu üstlenen bakımından da geçerli olur²⁶⁷. Dolayısıyla tazminat alacaklısı, götürü tazminat ediminin ifasını borcu yüklenenden talep edebilir. Borcun üstlenilmesinden sonra muaccel olacak götürü tazminat edimini ifa borcunun, yeni borçluya ait olduğu konusunda herhangi bir duraksama yoktur.

1.3.3.7 Teminata Bağlanması Bakımından

Taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat ediminin teminata bağlanması iki şekilde olur. Bunlardan biri, götürü tazminat ediminin asıl alacakla birlikte teminata bağlanması; diğeri ise asıl borçtan bağımsız olarak teminata bağlanmasıdır. Bu bölümde götürü tazminat anlaşmasının asıl borca bağlılığı incelendiğinden yalnızca götürü tazminatın asıl alacakla birlikte teminata bağlanması üzerinde durulmuştur.

Öncelikle taraflar, yapacakları bir anlaşma ile, asıl alacakla birlikte götürü tazminat edimini de teminata bağlayabilirler. Ancak taraflar arasında asıl alacakla birlikte götürü tazminat ediminin de teminata bağlanmasına ilişkin açık bir anlaşma yok ise, asıl alacağın teminata bağlanması halinde, bu teminat götürü tazminatı da kapsar mı? Bu bölümde, teminat türleri bakımından bu sorunun cevabı üzerinde durulmuştur.

Taşınmaz rehninin hangi hakları teminat altına aldığı taşınmaz rehninin çeşidine göre farklılık gösterir. Taşınmaz rehni, anapara ve üst sınır ipoteği olmak üzere ikiye ayrılır. TMK md.875 uyarınca, anapara ipoteğinde, anapara, takip giderleri ve gecikme faizi, iflasın açıldığı veya rehni paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz, teminatın kapsamına girer²⁶⁸. Görüldüğü üzere, burada açıkça götürü tazminat zikredilmemektedir. Ancak, hakim görüş uyarınca, gecikme faizi, kanuni bir götürü tazminattır²⁶⁹. Gecikme faizi, anaparanın ödenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatın, gün, ay veya yıl bazında

²⁶⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1251.

²⁶⁸ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s.932 vd.; Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2013, s.667 vd.

²⁶⁹ Oertli, N.366; Birsnel/Sevi, s.1033, 1034; Eren, Genel Hükümler, s.1100; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T.19.6.1996, E.1996/5-144 K.1996/503: “Bilindiği üzere Borçlar Kanunu nun 103 ve 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemeden dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemeden kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir.” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Anglo Amerikan hukuk sistemi bakımından da temerrüt faizi, götürü tazminat olarak kabul edilmektedir. Bkz. Garret v. Coast & Southern Fed. Sav. & Loan, 9 Cal. 3d 731, 511 P.2d 1197, 1202, 108 Cal. Rptr. 845, (1973) (O’Malley, s.1133, dn.3).

oransal olarak belirlenmesinden ibarettir. Buradan hareketle anapara ipoteğinin söz konusu olması durumunda, teminatın kendiliğinden götürü tazminat edimini de kapsadığı söylenebilir. Ayrıca eğer taşınmaz rehni, üst sınır ipoteği şeklinde (TMK md.851 f.1) kurulmuş ise, bu teminatın tapuda belirtilen üst sınıra kadar, asıl alacakla birlikte kendiliğinden götürü tazminatı da kapsadığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, taraflarca kanuni temerrüt faizinden daha yüksek oranda bir temerrüt faizi belirlenmiş olsa dahi, yani taraflar arasında böyle bir anlaşma yapılsa dahi, bu anlaşmanın bir götürü tazminat anlaşması olarak nitelendirilmesinden kaçınılmalıdır²⁷⁰. Çünkü hukuki niteliğe ilişkin yapılacak böyle bir tespit, uygulanacak hükümleri değiştirir²⁷¹. Örneğin, taraflarca temerrüt faizinin %10 olarak kararlaştırıldığını ve taraflar arasında yapılan bu anlaşmanın götürü tazminat anlaşması niteliğinde olduğunu varsayalım. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır²⁷². Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir²⁷³. Oysa kanun koyucu para borçlarında temerrüt faizi yönünden aksi ispat edilemez (çürütülemez) bir karineden hareket etmektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü, alacaklıya zarar vermiştir ve bunun ispatına gerek yoktur. Böylece temerrüt faizi, aksinin ispatına izin verilmeyen zarar karinesine dayalı, alacaklı lehine konulmuş bir tazminattır²⁷⁴. Temerrüt faizi, temerrüdün doğrudan doğruya sonucu olup, bunun ödenmesi için borçlunun kusurlu olması şart değildir. Para borçlarında temerrüt faizinin borçlunun kusuruna bağlı olmaması, bir kusursuz sorumluluk hali teşkil eder²⁷⁵. Ayrıca kanuni bir götürü tazminat olan gecikme faizinin, taşınmaz rehinin teminatı kapsamında olması, taraflarca kararlaştırılmasından değil, kanunda belirtilmesinden kaynaklanır ve alacaklı, bir zarara uğramasa dahi, götürü tazminattan farklı olarak ödenir. Başka bir deyişle, gecikme faizi, kanuni bir götürü tazminat olmasından dolayı taşınmaz rehinin kapsamında yer alır, götürü tazminat anlaşması ile ödenmesi kararlaştırılan bir edim olması dolayısıyla değil. İşte bu nedenle, taşınmaz rehinin, götürü tazminatı da teminat altına aldığı yönünde bir söylemden kaçınılmalıdır.

Asıl alacağın kefalet ile teminat altına alındığı hallerde, bu teminatın götürü tazminatı kapsayıp kapsamayacağı, TBK md.589 hükmü dikkate alınarak belirlenmelidir. TBK md.589 hükmü, kefilin sorumluluğunun kapsamına ilişkindir. TBK md.589 f.1 uyarınca kefil, her

²⁷⁰ Oertli, N.371. Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, §2, X, B. Temerrüt Faizinden.

²⁷¹ Oertli, N.371.

²⁷² Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

²⁷³ Oertli, N.184.

²⁷⁴ Birsal/Sevi, s.1034; Eren, Genel Hükümler, s.1100; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224.

²⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1100; Birsal/Sevi, s.1033; Serozan, İfa, s.224; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Kılıçoğlu, Ahmet, s.701.

durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Öte yandan, TBK md.589 f.2 b.1 uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları, asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen müspet zarar ile gecikme faizine tekabül eder²⁷⁶. Başka bir deyişle, kefil, borçludan aynen ifayla birlikte müspet zarar niteliğindeki gecikme tazminatından veya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifadan vazgeçilerek istenen tazminattan sorumludur²⁷⁷. Peki, alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan götürü tazminatın asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen müspet zarara ilişkin olması halinde durum ne olur? Alacaklı, kararlaştırılan götürü tazminatı kefilden talep edebilir mi; kefalet ile sağlanan teminat götürü tazminatı da kapsar mı?

TBK md.589 f.2 b.1’de borçlunun kusur veya temerrüdünün *yasal sonuçlarına* işaret edilmektedir. Asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan borçlunun götürü tazminat ödeme yükümlülüğü götürü tazminat anlaşmasından doğan yeni bir edim yükümlülüğü değildir; sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesiyle asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin, götürü tazminat alacağına dönüşmesinden ibarettir²⁷⁸. Yani, götürü tazminat anlaşması, *zaten* asıl borcun ihlal edilmesinin yasal sonuçlarından biri olan, tazminata ilişkin bir anlaşmadır. Götürü tazminat anlaşması ile taraflar, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı en baştan belirlerler. GÜMÜŞ’e göre, TBK md.589 f.1 b.2 hükmü, kefilin asıl borçlunun borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından, azami sınırı aşmamak şartıyla, herhangi bir miktar veya zaman sınırlaması olmaksızın sorumlu tutmaktadır²⁷⁹. Buradan hareketle, kefaletin, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami sınırı aşmamak kaydıyla götürü tazminat edimini de teminat altına aldığı kabul edilebilir²⁸⁰. Çünkü kefilin borcu, alacaklının müspet zararının karşılanmasına yönelik bir para borcudur²⁸¹. Nispi götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde dahi sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar

²⁷⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.775; Eren, Özel Hükümler, s.793 vd.; Gümüş; C.II, s.411 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.681 vd.; Yavuz, s.1405 vd.; Aral/Ayrancı, s.441.

²⁷⁷ Gümüş, C.II, s.417.

²⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s.31; Kapancı, s.662.

²⁷⁹ Gümüş, C.II, s.415.

²⁸⁰ Temerrüt faizi bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Gümüş, C.II, s.415; Zevkliler/Gökyayla, s.682, 684; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.776; Eren, Özel Hükümler, s.682-683; Aral/Ayrancı, s.441.

²⁸¹ Gümüş, C.I, s.321, 413 vd.; Yavuz, s.1405; Zevkliler/Gökyayla, s.682; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.775; Eren, Özel Hükümler, s.682; Aral/Ayrancı, s.441.

tazminat borçlusu taşır. Çünkü nispi götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın, götürü tazminattan daha az olduğunu ispat edemez ise, götürü tazminatı ödemek zorundadır²⁸². Bu noktada şu soru sorulabilir: Asıl borcun alacaklısı ile borçlusu arasında ispat yükünü ters çeviren böyle bir anlaşma karşısında kefilin durumu ne olur? Böyle bir anlaşmanın söz konusu olması ve alacaklının, kefilden götürü tazminatı talep etmesi halinde, TMK md.6 ve TBK md.50 hükümlerinin aksine, gerçek zararın kapsamının, götürü tazminat ediminin altında kaldığını ispat yükü kefilde mi olur?

Borçluya götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı tanıyan nispi götürü tazminat anlaşmalarının *dahi* borçlunun durumunu ağırlaştırdığı kabul edilmektedir²⁸³. O halde, kefaletin, götürü tazminatı da kapsadığı ve ispat yükünün kefilde olduğu kabul edildiğinde, kefilin durumu da ağırlaşır. Kefilden asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararın, götürü tazminattan daha az olduğunu ispat etmesi beklenemez. Bu noktada, kefalet ilişkisinin alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden bağımsızlığı, başka bir deyişle farklılığı da dikkate alınmalıdır. Götürü tazminat anlaşmasının tarafları, asıl borcun alacaklısı ve borçlusudur. Kefalet sözleşmesinin tarafları ise, asıl borcun alacaklısı ile kefilidir²⁸⁴. Kefil, asıl borç ilişkisinin tarafı olmadığı için, zararın kapsamını tayin edebilecek donanımda olmadığı gibi, aksini ispat edebilecek araçlara da sahip değildir. Kaldı ki TBK md.589 f.2 b.1 uyarınca kefil, borçlunun kusur veya temerrüdünün *yasal sonuçlarından* sorumludur. Ayrıca kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun kusurunun akdi sonuçlarından sorumlu değildir²⁸⁵. Götürü tazminat anlaşması ile ispat yükünün ters çevrilmesi, borçlu temerrüdünün *yasal sonuçlarından* değildir. Asıl borç ilişkisinin alacaklısı ile borçlusu arasında yapılan götürü tazminat anlaşmasıyla ispat yükünün kefile yüklenmesi hakkaniyete aykırıdır. Eğer asıl borç ilişkisinin alacaklısı ile borçlusu arasında yapılan götürü tazminat anlaşması mutlak götürü tazminat anlaşması niteliğindeyse, yani kararlaştırılan miktarın aksini ispat etme imkanı dahi tanınmıyorsa, bu durum, hiç tartışmasız hakkaniyete aykırı olur. Bu durumda, asıl alacağı temin eden kefalet, götürü tazminatı kapsamamalıdır. Ancak götürü tazminat için ayrıca kefil olunabilir²⁸⁶.

²⁸² Oertli, N.54.

²⁸³ Oertli, N.140, 143. Borçluya, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmadığı mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmaları ise borçlunun durumunu evleviyetle ağırlaştırır. Ancak azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmalarının, bazı hallerde, borçlunun sorumluluğunu sınırlandırarak, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdıkları da gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda da alacaklının durumu ağırlaşmaktadır.

²⁸⁴ Gümüş, C.II, s.322.

²⁸⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.775.

²⁸⁶ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s.682, dn.139.

Bazen alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması, borçlunun sorumluluğunu sınırlandırarak bir sorumsuzluk anlaşması niteliği taşır. Bu gibi hallerde, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, gerçek zararın altındadır. Böyle bir durumda, borçlu, gerçek zararın altında kalan götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat borcundan kurtulabilecekken, alacaklının (özellikle müteselsil) kefile başvurusu halinde, kefil, TBK md.589 f.2 b.1 uyarınca borçlunun kusur veya temerrüdünün *yasal sonuçlarından* sorumlu olduğu için, TBK md.50 vd. hükümleri uyarınca belirlenen ve alacaklı ile borçlu arasında kararlaştırılan götürü tazminat ediminin üzerinde bir miktarı ödemek zorunda kalır. Ancak kefilin sorumluluğunun, borçlunun sorumluluğundan daha ağır olması düşünülemez. Çünkü alacaklının başvurusu sırasında, asıl borçlunun sorumlu olduğu miktar ne kadar ise, kefil de en çok bu miktar ile sorumlu olur²⁸⁷. O halde, alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan sorumsuzluk anlaşması niteliğindeki götürü tazminat anlaşmasından kefil de yararlanabilmelidir.

Yukarıda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar arasında, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapılmasının mümkün olduğunu; böyle bir ihtimalde, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacağını belirtmiştik. TBK md.589 f.4 uyarınca kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Bu emredici hükmü karşısında, menfi zararın tazminine yönelik olarak kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, kefalet ile teminat altına alınamayacağı açıktır²⁸⁸. Alacaklı, menfi zararın tazminine yönelik olarak kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifasını ancak borçludan talep edebilir.

1.3.3.8 Sona Ermesi Bakımından

Götürü tazminat anlaşmasının asıl borcun kaderine tabi olması, onun yalnızca geçerli olarak doğumu ve devamı bakımından değil, ortadan kalkması, yani sona ermesi bakımından da kendisini gösterir. Bu nedenle asıl borcun ifa, ibra, zamanaşımı, takas, sonraki imkansızlık gibi sebeplerle sona ermesi halinde, kural olarak, götürü tazminat da asıl borçla birlikte sona erer. Bu durum, TBK md.131 f.1 hükmünün zorunlu bir sonucudur. Çünkü TBK md.131 f.1 uyarınca, asıl borç, ifa veya diğer bir sebeple sona erdiği takdirde rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona emiş olur. Ancak kararlaştırılan götürü tazminat

²⁸⁷ Zevkliler/Gökyayla, s.681.

²⁸⁸ Bu düzenlemeden önce de kefilin, menfi zararın tazmininin talep edilemeyeceği; çünkü kefalet ile yalnızca alacaklının ifa menfaatinin teminat altına alındığı ileri sürülmekteydi. Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.775.

edimi, borcun geç ifası nedeniyle ortaya çıkan zararı gidermeye yönelik ise, asıl borcun ifası halinde götürü tazminat sona ermez. Ayrıca, TBK md.131 f.2 hükmünün aksine, ifanın kabulü sırasında alacaklı, kararlaştırılan götürü tazminatı talep etme hakkını saklı tutmasa bile sonradan götürü tazminatın ifasını talep edebilir²⁸⁹. Çünkü kararlaştırılan götürü tazminatın talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır²⁹⁰. Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi yeterlidir²⁹¹.

Asıl sözleşmeden dönülmesi halinde kural olarak kararlaştırılan götürü tazminatın ödenmesi istenemez. Sözleşmeden dönülmesi halinde, asıl borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, götürü tazminat da baştan itibaren ortadan kalkmış olur²⁹². Örneğin, satıcının temerrüdü üzerine TBK md.125'te yer alan seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, artık kararlaştırılmış olan götürü tazminat ediminin ifasını talep edemez. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapabilirler. Bu durumda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra da götürü tazminat talep edilebilir. Hatta böyle bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması halinde, götürü tazminatın talep edilmesinin sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olduğu ifade edilmektedir²⁹³.

Sözleşmenin feshi, borç ilişkisini ileriye etkili olarak ortadan kaldırdığından, fesih beyanından önce gerçekleşen borç ihlali ile götürü tazminat edimi talep edilebilir hale gelmiş ise alacaklı, borçludan sözleşmenin feshinden sonra da götürü tazminat ediminin ifasını talep

²⁸⁹ Yargıtay 15. HD., T.4.10.1988, E.1988/88, K.1988/3118: "...Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL. tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nın 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat) bulunduğundan teslimde arsa sahibinin (alacaklının) ihtirazî kayıt ileri sürmesi gerekmediği..." (Kostakoğlu, s.543). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T.26.10.1988, E.1988/1469, K.1988/3388 (Kostakoğlu, s.541); Yargıtay 15. HD., T.5.5.1999, E.1999/1119, K.1999/1769 (Kostakoğlu, s.541); Yargıtay 15. HD., T.2.5.1989, E.1988/4095, K.1989/2245 (Kostakoğlu, s.542); Aynı görüşte bkz. Oertli, N.269; Kocaağa, Cezai Şart, s.51; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.151; Ozanoğlu, s.25-26.

²⁹⁰ Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

²⁹¹ Oertli, N.184.

²⁹² Fidelity & Casualty Co. of New York v. United States, 81 Ct. Cl. 495, 502 (1935) (Harvard Law Review, Vol.54, No.7, p.1236-1237); Commercial Casualty Insurance Co. v. United States, 83 Ct. Cl. 367 (1936) (Harvard Law Review, Vol.54, No.7, p.1236-1237); Fidelity & Deposit Co. of Maryland v. Robertson, 136 Ala. 379, 34 So. 933 (1903) (Harvard Law Review, Vol.54, No.7, p.1236-1237); Gillette v. Young, 45 Colo. 562, 101 Pac. 766 (1909) (Harvard Law Review, Vol.54, No.7, p.1236-1237); United States fort he use of General Lighterage Co. v. Maryland Casualty Co., 25 F. Supp. 778 (D. Me. 1938) (Harvard Law Review, Vol.54, No.7, p.1236-1237).

²⁹³ Kapancı, s.663; Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

edebilir. Ancak, asıl borcun ihlali fesih bildiriminden sonra ortaya çıkmış ise alacaklı, borçludan götürü tazminat ediminin ifasını talep edemez.

Götürü tazminatın asıl borca bağlılığı, götürü tazminat ediminin muaccel olmasına kadar devam eder. Götürü tazminat edimi muaccel olduktan sonra asıl borcun sona ermesi, götürü tazminatı sona erdirmez. Çünkü muacceliyet anından itibaren götürü tazminat ediminin asıl borca bağlılığı ortadan kalkar ve bağımsız bir varlık kazanır²⁹⁴. Örneğin, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle götürü tazminat edimi muaccel olduktan sonra, alacaklının rekabet konusu işi bırakması, rekabet yasağı borcunu sona erdirirse de, götürü tazminat alacağını ortadan kaldırmaz. Asıl borç sona ermiş olmasına rağmen, muaccel hale gelmiş olan götürü tazminat alacağının ödenmesi gerekir.

Götürü tazminat alacağının bağlı olduğu asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde, götürü tazminat alacağı da zamanaşımına uğrar²⁹⁵. Çünkü götürü tazminat alacağı, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ortaya çıkar. Bazı yazarlara göre²⁹⁶, götürü tazminat ediminin bağlı olduğu asıl sözleşme yükümlülüğünün bir kez ihlal edilmesiyle birlikte, götürü tazminat alacağı muacceliyet kazanıp bağımsızlaştığı için, bu andan itibaren götürü tazminat alacağı için ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar ve bu süre 10 yıldır. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Çünkü götürü tazminat, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesinden ibarettir²⁹⁷. Bu nedenle, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması yapılmıyorsa ve borçlu tarafından sözleşme ihlal edilseydi, bu durumda alacaklının uğradığı zararı gidermek için açacağı tazminat davası bakımından geçerli olan zamanaşımı süresi ne ise, götürü tazminat alacağının takip ve talep edilebileceği süre de o olmalıdır. Yani bu süre, götürü tazminat ediminin bağlı olduğu asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresidir. Çünkü götürü tazminat alacağı, tazminat talebinden bağımsız bir alacak teşkil etmez. Bu nedenle ayrı bir zamanaşımı süresine tabi değildir²⁹⁸.

1.3.4 Götürü Tazminatın Tali (İkincil) Edim Yükümlülüğü Niteliğinde Olması

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri birtakım yükümlülükler içerir. Bu yükümlülüklerden bazıları, *ilk yükümlülükler* iken; bazıları, *ikincil (tali) yükümlülüklerdir*. İlk yükümlülükler, sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüklerdir²⁹⁹. Bunlar, asli yükümlülükler olabileceği gibi yan yükümlülükler de olabilir³⁰⁰. İkincil (tali) yükümlülükler

²⁹⁴ Erdem, Götürü Tazminat, s.101; Kapancı, s.662.

²⁹⁵ Oertli, N.212.

²⁹⁶ Erdem, Götürü Tazminat, s.101; Kapancı, s.662.

²⁹⁷ Oertli, N.212.

²⁹⁸ Oertli, N.212.

²⁹⁹ Kocayusufoğlu, s.7-8; Eren, Genel Hükümler, s.30; Aral, Kötü İfa, s.37.

³⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s.30-31.

ise ilk yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi, özellikle kusurlu ifa imkansızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt hallerinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğünü ifade eder³⁰¹. Burada borç ilişkisinden doğan ilk yükümlülük, ikincil (tali) nitelikteki tazmin yükümlülüğüne dönüşmektedir³⁰². Götürü tazminat, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesidir. Bu durumda, asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde gündeme gelen götürü tazminat alacağı, ikincil (tali) bir edim yükümlülüğü niteliğindedir³⁰³. Çünkü götürü tazminat alacağı, asıl sözleşmenin kurulmasıyla değil; asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesiyle ortaya çıkar. Asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan borçlunun götürü tazminat ödeme yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü değil; sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesiyle asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin, götürü tazminat alacağına dönüşmesinden ibarettir³⁰⁴. Daha önce de ifade edildiği üzere, götürü tazminat alacağının bağlı olduğu asıl sözleşme yükümlülüğünün bir kez ihlal edilmesiyle birlikte, götürü tazminat alacağı, muacceliyet kazanır ve bağımsız hale gelir³⁰⁵.

1.4 Götürü Tazminatın Amacı

1.4.1 Genel Olarak

Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken birtakım amaçlar güderler. Bu amaçlar, somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla belirlenir³⁰⁶.

Taraflar götürü tazminat anlaşması yaparken, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirlerler. Başka bir deyişle, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler³⁰⁷. Böylelikle götürü tazminat, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder. Ayrıca götürü tazminat ile sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen tipik zarar tespit edildiğinden tazminat alacaklısı, zararı ispat yükünden kurtulur; yani zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz. Alacaklının, zararın varlığını ortaya koyması yeterlidir. Bu da sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini

³⁰¹ Kocayusufoğlu, s.8; Eren, Genel Hükümler, s.31; Aral, Kötü İfa, s.38.

³⁰² Eren, Genel Hükümler, s.1054.

³⁰³ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

³⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.31; Kapancı, s.662.

³⁰⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.101; Kapancı, s.662.

³⁰⁶ Oertli, N.69.

³⁰⁷ Kapancı, s.665.

kolaylaştırır³⁰⁸. Öte yandan, götürü tazminat, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına da hizmet eder. Çünkü taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyişle zarar hesabı yapma imkanı tanır³⁰⁹. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar³¹⁰.

Sonuç itibarıyla, taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken öncelikle sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini, zararı ispat yükünden kurtulmayı ve asıl sözleşme bakımından şeffaflık ile hukuki güvenliği sağlamayı amaçlarlar. Borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması da götürü tazminat anlaşması ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır. Belirtilen bu amaçlar, aşağıda sırasıyla ele alınmıştır.

1.4.2 Zararın Giderilmesi

Borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklı aleyhine bir zarar meydana geldiğinde, alacaklı sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesi için borçludan tazminat talep edebilir. Tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır³¹¹. Görüldüğü üzere zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli; zararın tamamını karşılamalıdır. Ancak tazminat, zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktar aşılmamalıdır³¹². Aksi takdirde sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı yararına bir durum teşkil eder³¹³. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirlerler. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler³¹⁴. Böylelikle götürü tazminat anlaşması, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle

³⁰⁸ Oertli, N.194, 358; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kocaağa, Cezai Şart, s.52; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Kapancı, s.666.

³⁰⁹ McCormick, s.107. Rea, s.148; Wilkinson-Ryan, s.646-647; Sweet, s.86; Stole, s.582; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

³¹⁰ Rea, s.159; Goetz/Scott, s.559; Sweet, s.86; Stole, s.582; Kapancı, s.666.

³¹¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762; Oğuzman/Öz, C.II, s.111.

³¹² Yargıtay 4. HD., T.12.1.1982, E.1982/13394 K.1982/274: "...Uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder." (YKD 1982, S.5, s.545 vd.).

³¹³ Oertli, N.81.

³¹⁴ Kapancı, s.665.

alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder³¹⁵.

Götürü tazminat anlaşmasının, ceza koşulu gibi borçlu üzerinde baskı meydana getirip getirmediği tartışmalıdır. Götürü tazminatın, ceza koşulundan farklı olarak, borçluyu baskı altında tutma ve sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, borçluyu cezalandırma işlevinin olmadığından bahsedilmektedir³¹⁶. Çünkü götürü tazminatın baskı aracı olabilmesi için tarafların götürü tazminat anlaşmasıyla, kanun koyucu tarafından belirlenenden daha ağır bir götürü edim kararlaştırmış olmaları gerekir ki, böyle bir durum götürü tazminatın doğası ile bağdaşmaz³¹⁷.

Götürü tazminatın, borçlu üzerinde herhangi bir baskı yaratıp yaratmadığı hususunda doktrinde esas itibariyle iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, götürü tazminat, borçlu üzerinde herhangi bir baskıya neden olmaz³¹⁸. İkinci görüşe göre ise, götürü tazminat, borçlu üzerinde dolaylı olarak bir baskı yaratır³¹⁹.

Kanaatimizce, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, dolaylı da olsa, borçlu üzerinde bir çeşit baskı meydana gelir. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmesi hususunda borçluyu motive eder³²⁰; borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını sağlar³²¹. Bazı yazarlara göre, götürü tazminat borçlu bakımından ikincil bir baskı aracıdır³²². Borçlu bakımından, somutlaşmış bir götürü tazminat edimi, soyut bir kanuni düzenlemeye göre daha güçlü bir psikolojik etkiye sahiptir³²³. Ancak unutulmamalıdır ki, götürü tazminatın temel amacı, ceza koşulundan farklı olarak, borçlu üzerinde baskı kurmak değil; sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesidir³²⁴. Sonuç itibariyle, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlamak, ceza koşulunun temel amaçlarından biridir. Ceza koşulu bakımından son derece önemli baskı unsuru, götürü tazminat anlaşması bakımından ancak

³¹⁵ Oertli, N.81, 271; Benjamin, s.602; Wilkinson-Ryan, s.642; Arndt, s.14, 34; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.666, 679; Kocağa, Cezai Şart, s.53; Kocağa, Götürü Tazminat, s.150; Yıldırım, s.36, 37; Ozanoğlu, s.24.

³¹⁶ Oertli, N.82; Ozanoğlu, s.28-29.

³¹⁷ Oertli, N. 83.

³¹⁸ Larenz, s.384 (Oertli, N.84, dn.93); Ozanoğlu, s.28. Hatta Wilkinson-Ryan'a göre, taraflar, sözleşme ihlalinin sonuçlarını bildikleri zaman, sözleşmeyi daha kolay ihlal ediyor, sözleşmeyi ihlal etmekten manevi olarak da rahatsızlık duymuyor ve sözleşmenin ihlalini ahlaka aykırılık olarak değerlendirmiyor. Bkz. s.671.

³¹⁹ Bkz. Oertli, N.82; Fischer, Detlev, s.170; Kapancı, s.666; Gauch, Peter: Der Werktrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N.710 (Oertli, N.84, dn.94).

³²⁰ Oertli, N.84.; Kapancı, s.666.

³²¹ Kapancı, s.666.

³²² Oertli, N.83; Kapancı,

³²³ Fischer, Detlev, s.170; Oertli, N.84; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

³²⁴ Oertli, N.82.

dolaylı olarak, başka bir deyişle bir yan etki olarak ortaya çıkar. Bu nedenle borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacı, ceza koşulu bakımından belirleyici bir husus iken, bu amaç, götürü tazminat bakımından belirleyici bir husus olarak değerlendirilemez. O halde, götürü tazminat ile ceza koşulu arasında şöyle bir bağlantı kurulabilir: Zararın giderilmesi amacının ağır basması halinde götürü tazminattan; borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlamak amacının ağır basması halinde ise ceza koşulundan bahsedilebilecektir³²⁵.

1.4.3 Zararı İspat Yükünden Kurtulma

Taraflar arasında götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelecek zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminat önceden bellidir. Taraflar, bir götürü tazminat edimi kararlaştırırken sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı da tespit ederler³²⁶. Böylelikle, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 f.1'de belirtilen genel esasın dışına çıkılarak tazminat alacaklısı, zararı ispat yükünden kurtulur; yani tazminat alacaklısının, zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz³²⁷.

Zararı ispat yükünün ortadan kaldırılması, çoğu zaman götürü tazminata ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır³²⁸. Zararı ispat yükünden kurtulma, tazminat alacaklısı bakımından son derece avantajlı bir durumdur³²⁹. Öte yandan götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, tazminat borçlusu bakımından da avantajlı bir durumdur. Çünkü sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın varlığının ve kapsamının ispatı, çoğu zaman karmaşıktır ve tazminat alacaklısı ile borçlusu arasında bir uyumsuzluk nedenidir. Oysa taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, borçlu da kendisini neyin beklediğini bilir ve sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, kararlaştırılan götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat ödeme borcundan kurtulabilir³³⁰.

Bazı hallerde, kanun koyucu tarafından da tazminat alacaklısı, uğramış olduğu zararın kapsamını ispat yükünden muaf tutulmuştur. Örneğin, TBK md.50 f.2 uyarınca, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

³²⁵ Kapancı, s.666-667, dn.52.

³²⁶ Kapancı, s.665.

³²⁷ Rea, s.159; Benjamin, s.600, 604; Oertli, N.70, 197; Sweet, s.86, 138; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.665-666; Akkayan Yıldırım, s.398; Ozanoğlu, s.24, 29; Yıldırım, s.37. Ayrıca bkz. McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382; Sweet, s.138, dn.268).

³²⁸ Benjamin, s.600, 604; Sweet, s.86; Yıldırım, s.37.

³²⁹ Oertli, N.71; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153.

³³⁰ Oertli, N.75. Ayrıca bkz. Eva v. McMahan, 77 Cal. 467, 472, 19 P.872, 874 (1888) (Sweet, s.138, dn.269).

Görüldüğü üzere, tazminat alacaklısı, bazı hallerde zararın kapsamını ispat yükünden muaf tutulmaktadır. Ancak bu muafiyet, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde söz konusudur³³¹. Ayrıca TBK md.50 f.2 uyarınca hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin yani tazminat alacaklısının almış olduğu tedbirleri dikkate alarak zarar miktarını takdir eder. Buna karşılık, götürü tazminat anlaşmaları, taraflar arasında söz konusu olan somut ilişkinin özelliklerine bağlı olarak zarar miktarının tam olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi noktasında işlevseldir³³². Şöyle ki götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olduğu hallerde, taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak ve meydana gelmesi beklenen tipik zararı dikkate alarak, ödenecek tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar³³³.

Bazı yazarlar tarafından, TBK md.50 ve devamı hükümleri uyarınca tazminatın belirlendiği hallerde, zarar doğduktan sonra (*ex post*) somut olaya ilişkin özellikler dikkate alınarak zararın hesaplandığı ve tazminatın belirlendiği; ödenecek tazminat miktarının üst sınırının, tazminat alacaklısının uğradığı zarar kadar olduğu; götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 f.1’de belirtilen genel esas dışına çıkıldığı; götürü tazminat ediminin, zarar doğmadan önce (*ex ante*) tahmini olarak belirlendiği³³⁴; bu tahminin de yeterince güvenilir olamayacağı ileri sürülmüştür³³⁵. Bu kadar karamsar olunmaması gerektiği kanaatindeyim. Taraflar, deneyimlerinden yola çıkarak işe yarar tahminlerde bulunabilirler³³⁶. Özellikle tarafların tacir olmaları durumunda, benzer ticari ilişkileri de dikkate alarak gerçekçi tahminlerde bulunabilirler³³⁷.

1.4.4 Şeffaflığın ve Hukuki Güvenliğin Sağlanması

Götürü tazminat, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacına hizmet eder. Çünkü taraflar, aralarında bir götürü tazminat anlaşması yaparken, götürü tazminatın bağlı olduğu asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-

³³¹ Oertli, N.72.

³³² Larenz, s. 383(Oertli, N.72, dn.75).

³³³ Oertli, N.74.

³³⁴ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

³³⁵ Oertli, N.74; Kapancı, s.666, dn.48.

³³⁶ Aynı görüşte bkz. Oertli, N.74.

³³⁷ Werner v. Finley, (1910) 144 Mo. App. 554, 129 S. W. 73: “It is a clear case of business men of equal standing and ability and possessed of full knowledge of the situation dealing with each other on terms of equality, providing as best they could against contingencies and uncertainties of the future. Under such circumstances, there is no reason why they should not be permitted to make their own contracts; and when they are so made it is the province of a court of law to enforce them, not to alter them.” (Brightman, s.299).

risk analizi, başka bir deyişle kar-zarar hesabı yapma imkanı tanır³³⁸. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar³³⁹.

Sözleşmenin ihlali halinde, kanunda soyut ifadeler ile anlatılan hukuki sonuçlar yerine somut bir meblağ, borçluya daha çok şey ifade edecektir³⁴⁰. Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde söz konusu olabilecek hukuki sonuçlar hakkındaki belirsizliğin yerini, sözleşmenin iki tarafı için de en azından bir rakam veya bir yüzdelik oran şeklinde olmak üzere net ve şeffaf bir düzenleme alır³⁴¹. Bu durum, özellikle aksini ispat etme imkanı bulunmayan mutlak götürü tazminat anlaşmaları bakımından geçerlidir. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarının bir türü olan asgari götürü tazminat anlaşmalarında da tazminat alacaklısı en azından ne kadar alacağını; tazminat borçlusunu da en az ne kadar ödeyeceğini bilir. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarının bir türü olan azami götürü tazminat anlaşmaları bakımından ise tazminat borçlusunu en fazla ne kadar ödeyeceğini; tazminat alacaklısı da en çok ne kadar talep edebileceğini önceden bilir. Nispi yani aksi ispat edilebilir götürü tazminat anlaşmalarında dahi sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat bakımından bir şeffaflık söz konusudur. Şöyle ki tazminat alacaklısı, karşılaştırılan götürü tazminat ediminden daha fazla zarara uğradığını ispat edemez ise, tazminat borçlusundan, ne kadar tazminat talep edebileceğini en baştan bilir. Öte yandan tazminat borçlusunu da alacaklının, götürü tazminat ediminden daha az zarara uğradığını ispat edememesi halinde, tazminat alacaklısına ne kadar tazminat ödeyeceğini bilir³⁴².

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu'nda zararın hesaplanmasında başvurulacak yöntemle ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrin tarafından ise zararın hesaplanması konusunda, bazı teoriler ileri sürülmektedir. İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku bakımından benimsenen teori fark teorisidir³⁴³. Fark teorisi uyarınca, malvarlığında eksilmeye neden olan olay sonrası ortaya çıkan fiili durum ile bu olay hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasında bir karşılaştırma yapılır. Ortaya çıkan negatif fark, uğranılan zararı ifade eder. Doktrinde fark teorisi esas alınarak soyut (objektif) hesaplama yöntemi ve somut (sübjektif) hesaplama yöntemi olmak üzere iki hesaplama yöntemi geliştirilmiştir³⁴⁴. Doktrinde aynı teorinin iki farklı hesaplama yöntemine başvurusu ise bu teori bakımından

³³⁸ McCormick, s.107. Rea, s.148; Wilkinson-Ryan, s.646-647; Sweet, s.86; Stole, s.582; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

³³⁹ Rea, s.159; Goetz/Scott, s.559; Sweet, s.86; Stole, s.582; Kapancı, s.666.

³⁴⁰ Oertli, N.79.

³⁴¹ Lindacher, s. 145 (Oertli, N.76, dn.80).

³⁴² Oertli, N.76, dn.80.

³⁴³ Ergüne, s.14, dn.27-28.

³⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s.739.

bir zaafiyet olarak değerlendirilmiştir³⁴⁵. Aynı teorinin benimsendiği hallerde dahi başvuru yöntemin farklı olması halinde, zararın miktarı farklı hesaplanacaktır. Zararın kapsamını net bir biçimde tayin edememesi nedeniyle fark teorisi eleştirilmektedir³⁴⁶.

Zararın hesaplanması ile tazminatın belirlenmesi, aynı şey değildir. Elbette zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı vardır. Tazminat, zarar görenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, zararın tamamını gidermelidir; buna, *tam tazmin ilkesi* denir³⁴⁷. Ancak tazminat, aynı zamanda zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktarı aşmamalıdır. Çünkü tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değil, gerçekleşen zararı gidermektir³⁴⁸. Bu nedenle tazminatın belirlenmesinden önce zararın hesaplanması gerekir. Zararın hesaplanması, tazminat miktarının belirlenmesinin temelini oluşturur³⁴⁹. Öte yandan tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, bazen hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Somut olayda gerçekleşen özel sebepler, tazminattan bazı indirimlerin yapılmasını, dolayısıyla tazminat miktarının zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. Nitekim kanun koyucu tarafından TBK md.51 ve 52'de bazı haller, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde, hakime tazminattan indirim yapma, hatta tazminatı tamamen kaldırma yetkisi tanınmıştır³⁵⁰. Hakime tanınan bu takdir yetkisi karşısında, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle malvarlığında rızası dışında bir eksilme meydana gelen alacaklının, tazminat alıp alamayacağı belirsizdir. Oysa taraflar arasında asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararı gidermeye yönelik bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılması halinde ise bütün bu belirsizlikler ortadan kalkar ve hukuki güvenlik artar³⁵¹. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmasıyla, taraflar hakimin takdir yetkisini dışlamayı ve TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 vd. hükümleri ile getirilen genel esastan ayrılmayı amaçlarlar³⁵². Tarafların muhtemel bir uyuşmazlığı anlaşılarak çözmeye yönelik iradeleri, memnuniyetle karşılanmalıdır. Bu durum, arzu edilen bir sonuçtur³⁵³. Böylelikle taraflar, olası bir uyuşmazlığın sonuçlarına ilişkin baştan bir risk-menfaat (kar-zarar) değerlendirmesi yaparak, olası bir uyuşmazlık durumundaki masrafları (avukat, mahkeme ve takip masrafları vb.) da en aza indirmiş

³⁴⁵ Oertli, N.77.

³⁴⁶ Oertli, N.77.

³⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.762; Tandoğan, Mesuliyet, s.315.

³⁴⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd., 315; Eren, Genel Hükümler, s.762 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.111.

³⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.724; Oğuzman/Öz, C.II, s.84; Tandoğan, Mesuliyet, s.261.

³⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s.763; Tandoğan, Mesuliyet, s.315 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.115 vd.

³⁵¹ Sweet, s.87, 145.

³⁵² McCormick, s.107; Oertli, N.19. Lindacher'e göre, taraflar götürü bir tazminat edimini, yalnızca ideal bir olay üzerinden kurgularlar. Bu nedenle kararlaştırılan götürü tazminat edimi, ideal bir tespittir. Ancak somut olay bakımından, bu ideal tespiti yaklaşılması yeterlidir. Bkz s.146 (Oertli, N.77).

³⁵³ Oertli, N.78.

olurlar³⁵⁴.

Bu bölümde belirtilmesi gereken bir diğer husus, götürü tazminat kayıtlarının, genel işlem koşulları arasında sıklıkla yer aldığıdır. Böylelikle edinilen tecrübe, olasılık hesapları ve istatistiki verilerden de yararlanılarak, sıklıkla karşılaşılan tipik ihtilaflara ve zarar kalemlerine ilişkin yeknesak bir çözüm yolu benimsenmektedir³⁵⁵. “*Vize gerektiren yurt dışı seyahatleri bakımından hizmetin başlamasına üç gün veya daha az bir zaman kala rezervasyonun iptal ettirilmesi halinde tüketici, toplam seyahat bedelinin %75’ini acenteye ödemeyi kabul eder*” şeklinde paket tur sözleşmeleri genel işlem koşulları arasında yer alan bu götürü tazminat kaydı, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Tüketicilerin rezervasyonlarını iptal etmeleri, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Çünkü vize gerektiren bir yurt dışı seyahati rezervasyonunun seyahate üç gün kala iptal edilmesi halinde, acentenin bu seyahati bir başkasına satabilmesi ve vize işlemlerini üç gün içinde halledebilmesi neredeyse imkansızdır. Bununla birlikte, seyahat acentesinin, yeşil pasaport taşıyan bir tüketiciye bu seyahati satabilmesi ihtimal dahilindedir. İlgili genel işlem koşulunda da bu ihtimal dikkate alınarak seyahat bedelinin tamamı yerine %75’inin ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bu ihtimali bir kenara bıraktığımızda, seyahat acentesi, tüketici ile aralarındaki sözleşmenin geçerliliğine güvenerek konaklama, yeme-içme, turistik gezi organize etme gibi birtakım masraflar da yapmış olabilir. Ancak tüketicinin rezervasyonunu iptal etmesi halinde, seyahat acentesinin tüketici ile aralarında güveni boşa çıkar ve acentenin menfi zararı gündeme gelir. Bu aşamadan sonra zararın varlığı ve miktarı noktasında genellikle tüketici ile seyahat acentesi arasında bir ihtilaf meydana gelir. İşte genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan bu götürü tazminat edimi, seyahat acentelerinin sıklıkla karşılaştığı bir ihtilafa ve uğradığı tipik zarara ilişkin yeknesak bir çözüm yolu sunmaktadır.

1.4.5 Sorumluluğun Sınırlandırılması

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, borçlunun sorumluluğu söz konusu olur. Asıl borcun ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran anlaşmalara, sorumsuzluk anlaşmaları denir³⁵⁶. Taraflar, asıl sözleşmeye bir

³⁵⁴ Rea, s.159; Goetz/Scott, s.559; Sweet, s.86; Oertli, N.79; Kapancı, s.666. Ayrıca bkz. Better Foods Mkts. Inc. v. American Dist. Tel. Co., 40 Cal. 2d 179, 253 P.2d 10 (1953) (Sweet, s.88, dn.15); Fleischer v. Cosgrove, 145 Cal. App. 2d 14, 301 P.2d 911 (1st Dist. 1956) (Sweet, s.88, dn.15); Bailey v. Manufacturers’ Lumber Co., 224 F. 806 (S.D.N.Y 1915) (Sweet, s.88, dn.15).

³⁵⁵ Oertli, N.80.

³⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1086; Oğuzman/Öz, C.I, s.453; Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Bası, İstanbul 2014, s.278-279; Başalp, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.6. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması,

sorumsuzluk kaydı koyabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Borçlar hukukunda, kural olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü de kapsar. Buradan hareketle taraflar, borçlunun borçlandığı edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan sorumluluğunun kapsamını, şartlarını, tabi olacağı şekli ve zarara kimin katlanacağını, zarar henüz meydana gelmeden önce kararlaştırabilirler. Böylelikle, alacaklı ile borçlu kanun tarafından benimsenen sorumluluk rejiminden farklı bir sorumluluk rejimi öngörebilirler³⁵⁷.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğun sınırlandırılması da götürü tazminat anlaşması ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır³⁵⁸. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını yukarı doğru sınırlandırır³⁵⁹. Gerçek zarar, götürü tazminattan daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan götürü tazminatın ödenmesini talep edebilir³⁶⁰. Mutlak götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde de götürü tazminat miktarı, iki taraf için de sabit ve kesindir³⁶¹; taraflara, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır³⁶². Bu yönüyle, kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmaları, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşırlar³⁶³. Bu nedenle, kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmalarının, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulama alanı bulan TBK md.115 ve md.116 hükümleri

İstanbul 1976; Erten, Ali: Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, İstanbul 1977; Karabağ Bulut, Nil: “Sorumsuzluk Anlaşması”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.825-883.

³⁵⁷ Başalp, s.6; Oğuzman/Öz, C.I, s.453-454; Serozan, s.279.

³⁵⁸ Sweet, s.87, 92 vd.

³⁵⁹ Oertli, N.57.

³⁶⁰ Oertli, N.57.

³⁶¹ Oertli, N.61.

³⁶² Kapancı, s.667.

³⁶³ FRITZ, William F.: “Underliquidated Damages as Limitation of Liability”, *Texas Law Review*, Vol.33, No.2, pp.196-222 (Rea, s.148, dn.2); Kapancı, s.667; Sarı, s.304; Yıldırım, s.38. Ayrıca bkz. Mitchel v. Reynolds, 1 P. Wms. 181, 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711); Rogers v. Parrey, 2 Bulst. 136, 81 Eng. Rep. 1012 (K.B. 1616) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Hedrick v. Perry, 102 F.2d 802 (10th Cir. 1939) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Wawak Co. V. Kaiser, 90 F.2d 694 (7th Cir. 1937) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mahoney v. Tingley, 85 Wash. 2d 95, 529 P.2d 1068 (1975), reversing 10 Wash. App. 814, 520 P.2d 268 (1974) (Rea, s.148, dn.2); Haris v. Dawson, 479 Pa. 463, 388 A.2d 748 (1978), reversing 239 Pa. super. 316, 360 A.2d 706 (1976) (Rea, s.148, dn.2); Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

karşısındaki durumu ayrıca incelenmelidir. Çünkü TBK md.115 ve md.116, emredici hukuk kurallarındandır. Biz de bu konuyu aşağıda³⁶⁴ ele alıp inceledik.

1.5 Götürü Tazminatın Türleri

1.5.1 Genel Olarak

Götürü tazminat anlaşmaları, sözleşme serbestisi çerçevesinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir³⁶⁵. Götürü tazminat anlaşmasının türünün belirlenmesinde dikkate alınan husus, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi halinde, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktarı ödemesinin söz konusu olup olmadığıdır³⁶⁶. Götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmamasına göre dört farklı ihtimal karşımıza çıkar. Birinci ihtimalde, her iki taraf da götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. İkinci ihtimalde, yalnızca borçlu taraf, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. Üçüncü ihtimalde, yalnızca alacaklı taraf, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. Dördüncü ihtimalde ise, hiçbir taraf, bu imkana sahip olmayabilir. Her bir ihtimalde, taraflar bakımından farklı menfaatler söz konusudur³⁶⁷. Bu noktada unutmamak gerekir ki, taraflar götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanını kapsamlı bir biçimde düzenleyebilecekleri gibi, sınırlı bir ispat imkanı da kararlaştırmış olabilirler³⁶⁸.

Götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının bulunup bulunmadığı veya bu imkanın kapsamı, ancak somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla anlaşılabilir³⁶⁹. Götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasında, yalnızca ilgili götürü tazminat kaydı değil; götürü tazminat anlaşması ile götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl sözleşme de dikkate alınmalıdır. Çünkü kimi zaman ilgili götürü tazminat anlaşması ile sözleşmenin bütünü bir arada değerlendirildiğinde, ilgili götürü tazminat anlaşmasının farklı bir yorumuna ulaşılması mümkün olabilmektedir³⁷⁰. Bununla birlikte götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının olup olmadığına ilişkin taraflar arasında herhangi bir anlaşma yapılmamış olabilir. Böyle bir durumda, götürü tazminat

³⁶⁴ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, §1, III, B, 2, b. TBK md.115 ve md.116 Hükümleri Karşısında Götürü Tazminat Anlaşmalarının Durumu.

³⁶⁵ Oertli, N.45; Kapancı, s.667.

³⁶⁶ Oertli, N.45.

³⁶⁷ Oertli, N.45.

³⁶⁸ Oertli, N.47.

³⁶⁹ Oertli, N.46.

³⁷⁰ Oertli, N.46.

miktarı ile gerçek zarar arasındaki farkın çok büyük olması halinde, tarafların başvurabileceği hukuki bir imkan olup olmadığı, aşağıda ayrı bir bölümünde incelenmiştir³⁷¹.

Götürü tazminat anlaşmasının türünün belirlenmesinde dikkate alınan, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi halinde götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktarı ödemesinin mümkün olup olmadığı hususu, aynı zamanda ispat yükünün hangi tarafta olduğunun belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu noktada ispat yükü, tarafların iradelerine göre belirlenecektir. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması durumunda, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarı kadarı olduğu bir karine olarak kabul edilir. Götürü tazminat anlaşmasının götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanını verdiği hallerde, bu imkanın verildiği tarafın, gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etmesi gerekir³⁷².

Aşağıda götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının bulunup bulunmadığına göre götürü tazminatın türleri incelenmiştir.

1.5.2 Nispi (Aksi İspat Edilebilen) Götürü Tazminat

Bazı hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarı götürü olarak belirlenir ve taraflara, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etme imkanı tanınır. Bu gibi hallerde *nispi (aksi ispat edilebilen) götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur³⁷³. Nispi götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması durumunda anlaşma ile belirlenen götürü miktar, yalnızca tazminat alacaklısının veya borçlusunun, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat edemediği hallerde ödenir³⁷⁴. Bu noktada tarafların sözleşmesel bir karine oluşturdukları söylenebilir³⁷⁵.

Nispi götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, tazminat borçlusu, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarından

³⁷¹ Belirtmek gerekir ki, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmadığına ilişkin taraflar arasında herhangi bir anlaşma yapılmamış olması, yukarıda belirtilen ve tarafların da götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanına sahip olmadığı dördüncü ihtimale tekabül etmez. Bu nedenle, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmadığına ilişkin taraflar aralarında herhangi bir anlaşma yapmamış iseler, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın, çok altında kalması veya çok üstüne çıkması, başka bir deyişle götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktar ile gerçek zarar arasındaki farkın çok büyük olması halinde, tarafların başvurabileceği hukuki bir imkan olup olmadığı ayrı bir inceleme konusudur. Bu konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, §2. Götürü Tazminata Hakimin Müdahalesi.

³⁷² Oertli, N.51; Benjamin, s.604.

³⁷³ Oertli, N.53; Kapancı, s.669.

³⁷⁴ Oertli, N.53.

³⁷⁵ Kapancı, s.669.

daha az olduğunu ispat edebilir veya tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat edebilir. Aksi takdirde, tazminat alacaklısı yalnızca götürü tazminatı talep edebilir; tazminat borçlusu da götürü tazminatı ödemek zorunda kalır. Nispi götürü tazminat anlaşmaları, zararın varlığı ve kapsamının ispatı noktasında da ispat yükü dağılımı bakımından bir takım değişiklikleri beraberinde getirmektedir. TBK md.50 f.1 uyarınca zarar gören, *zararını* ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar gören hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispat yükü altındadır. Başka bir deyişle, zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, zarar gören taşır. Ancak nispi götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar tazminat borçlusu taşır. Çünkü nispi götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edemez ise tazminat borçlusu, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek zorundadır³⁷⁶. Bu noktada, borçlu, zararın meydana gelmemesi için birtakım tedbirler aldığını ve bu tedbirlerin zararın meydana gelmesini engellediğini ispat edebilir. Örneğin, satıcı, bir malın ayıplı olması ve onarım hakkının kullanılması halinde, alıcıya onarım süresi içinde kullanmak üzere ikame mal tahsis ve teslim edildiğini ispat edebilir. Benzer şekilde, borçlunun, benzer işlemlerden yola çıkarak zararın kararlaştırılan götürü tazminat edimi kadar olmadığını ispat etmesi de mümkündür³⁷⁷.

Tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararının götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu iddia ediyor ve bu iddiasını da ispat edebiliyor ise, TBK md.112 uyarınca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek kalmaksızın talepte bulunabilir³⁷⁸. Çünkü TBK md.112'ye göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, *kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Buna göre, alacaklı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir; çünkü sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olduğu, bir ön kabuldür. Taraflar arasında bir ceza koşulu kararlaştırılmış olsaydı durum farklı olacaktı. Çünkü TBK md.180 f.2 uyarınca, alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşarsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez. Buna göre ceza koşulu anlaşması kapsamında,

³⁷⁶ Oertli, N.54.

³⁷⁷ Oertli, N.358 vd.

³⁷⁸ Kapancı, s.669.

alacaklının sözleşme ceza miktarını aşan bir zararı varsa, bunu talep edebilmesi için hem ceza miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir³⁷⁹.

Tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının sözleşmenin ihlali nedeniyle uğradığı zararının daha az olduğunu iddia ediyor ve bunu ispat edebiliyor ise, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen edimin mevcut zarar miktarını aşan kısmını ödemekten kurtulur; ödemişse sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri alabilir; ancak TBK md.78 uyarınca, borçlunun bu ödemeyi kendisini borçlu sanarak yaptığını ispat etmesi gerekir. Bazen taraflar arasında yapılan anlaşmalarda, götürü tazminat ediminin ilk talepte ödeneceğine ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. Böyle bir kayıt uyarınca alacaklıya ödemede bulunan borçlu, daha sonra yapılan incelemede sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının uğradığı zararın götürü tazminat ediminden daha az olduğunun anlaşılması üzerine, alacaklıya ödemiş olduğu götürü tazminat ediminin mevcut zarar miktarını aşan kısmını geri alabilir. Taraflar arasında yapılan anlaşmalarda götürü tazminat ediminin ilk talepte ödeneceğine ilişkin kayıtlar, taraflar arasında söz konusu olan işlerin ilerleyişi kolaylaştırmak amacıyla yapılan düzenlemelerdir³⁸⁰.

Nispi götürü tazminat anlaşmalarının, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarını belirlemeye yönelik olmadığı; aksine ispat yükü dağılımına ilişkin bir anlaşma olduğu, bu nedenle taraflara götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmış olduğu hallerde, gerçek anlamda bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir³⁸¹. Ancak, taraflara götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmış olduğu hallerde dahi yine borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarı, taraflarca önceden belirlenmiştir; başka bir deyişle tazminat borçlusunun borcu, yine götürü bir borçtur³⁸². Taraflara, anlaşma ile belirlenen götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmış olması, tazminat borçlusunun borcunun götürü olarak tespit edilmediği anlamına gelmez. Tarafların nispi götürü tazminat anlaşmaları yapmalarındaki amacı, yalnızca ispat yükü dağılımını belirlemek değildir. Aksine, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın anlaşma ile belirlenen götürü tazminat ediminden farklı olması halinde, tarafların işini kolaylaştırmaktır³⁸³.

³⁷⁹ Kapancı, s.669.

³⁸⁰ Kapancı, s.669-670,dn.71; Ozanoğlu, s.28.

³⁸¹ Bu düşünce özellikle Alman doktrinde de etkilidir. Bkz. Lindacher, s.153 vd. (Oertli, N.55, dn.58); Kapancı tarafından da nispi götürü tazminat anlaşmalarının, daha çok ispat yükünü belirlemeye yönelik olduğu ifade edilmektedir. Bkz. s.670.

³⁸² Oertli, N.55.

³⁸³ Oertli, N.55; Fischer, Thomas, s.168 vd.

1.5.3 Kısmen Nispi (Asgari/Azami) Götürü Tazminat

Bazı hallerde, yalnızca taraflardan biri, karşılaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanına sahiptir. İşte taraflardan yalnızca birinin (tazminat alacaklısının veya tazminat borçlusunun) karşılaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanına sahip olması durumunda *kısmen nispi götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur³⁸⁴. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarında, götürü tazminat ediminin alt ve üst sınırları belirtilir. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü edimin alt sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmalarına, asgari götürü tazminat anlaşması; tazminat alacaklısının talep edebileceği götürü edimin üst sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmalarına ise azami götürü tazminat anlaşması da denmektedir.

1.5.3.1 Asgari Götürü Tazminat

Asgari götürü tazminat anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü edimi, aşağı doğru sınırlar³⁸⁵. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar, gerçekte anlaşma ile belirlenen götürü edimden daha az olsa bile, tazminat borçlusu alacaklıya anlaşma ile belirlenmiş olan bu götürü edimi ödemek zorundadır. Tazminat alacaklı ise, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın götürü tazminata miktarından daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir³⁸⁶.

Doktrinde, asgari götürü tazminat anlaşması ile sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik belirlenen tazminatın niteliği, bu tazminatın gerçekten götürü bir edim olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar tarafından, böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁸⁷. Bu yazarlara göre, TBK md.180 f.2 (OR md.161 f.2) hükmü, böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak değerlendirilmesi gerekliliğini destekler niteliktedir. Çünkü bu hüküm uyarınca tazminat

³⁸⁴ Kapancı, s.670.

³⁸⁵ Oertli, N.65.

³⁸⁶ Oertli, N.65; Kapancı, s.670-671.

³⁸⁷ Bkz. Lindacher, s.155 vd. (Oertli, N.66, dn.71) OW Yüksek Mahkemesi (OGer. Lu, OW, ZH), SJZ 82/1986 numaralı kararında Alman doktrinine atıfla aynı görüştedir (No.10, s.66 ve devamı (67)). Zürih Ticaret Mahkemesi'nin 23 Ocak 1952 tarihli bir kararına (ZR 52/1953; No.182, s. 336) göre aksini ispat etme olanağının bu şekilde tanınmış olması en azından bunun bir götürü tazminat olmadığını düşünmemizi sağlıyor. Eski Alman doktrininde bir kısım görüş sahipleri götürü tazminatların çoğu zaman asgari zararı belirledikleri görüşündedir. Bkz. Beuthien, s.503; Larenz, s.383 (Oertli, N.66, dn.71). Doktrinindeki bu eski görüş en azından Almanya'da aşılmıştır. Çünkü BGB md.309 b.5 hükmüne göre AGB'lerde götürü tazminata ilişkin anlaşmalar, eğer kullanıcının tazminat taleplerini ilgilendiriyorsa her halükarda gerçek zarar ziyanın *asli derecede* az olduğunu ispat etme olanağını tanımaktadır. Aksi takdirde anlaşma geçersizdir. Bkz. Oertli, N.66, dn.71.

alacaklısı, ceza koşulunu aşan zarar miktarını, tazminat borçlusundan talep edebilir. Öte yandan tazminat borçlusu da TBK md.180 f.1 (OR md.161 f.1) uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezayı ödemek zorundadır; tıpkı asgari götürü tazminat anlaşmasında olduğu gibi.

Kanaatimizce, götürü tazminat anlaşması ile sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü edimin alt sınırının belirlenmesi ve tazminat alacaklısına meydana gelen zararın taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile belirlenen götürü edimden daha fazla olduğunu ispat ederek götürü edimi aşan zararının giderilmesini talep etme imkanının tanınması, götürü tazminat anlaşmasının, bir ceza koşulu olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir³⁸⁸. Çünkü öncelikle götürü tazminatın işlevi ile ceza koşulunun işlevi birbiriyle örtüşmemektedir. Götürü tazminat, zararın giderilmesine yönelik iken; ceza koşulu, aynı zamanda sözleşmeyi ihlal eden borçluyu cezalandırmaya yöneliktir. Öte yandan TBK md.180 f.2 (OR md.161 f.2) hükmünün böyle bir anlaşmanın ceza koşulu olarak değerlendirilmesi gerekliliğini destekler nitelikte olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Şöyle ki TBK md.180 f.2 uyarınca, alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez. Buna göre ceza koşulu kapsamında, alacaklının ceza miktarını aşan bir zararı varsa, bunu talep edebilmesi için hem ceza miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir³⁸⁹. Buna karşılık, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararının, götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu iddia ediyor ve bu iddiasını da ispat edebiliyor ise, TBK md.112 uyarınca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek kalmaksızın talepte bulunabilir³⁹⁰. Bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması durumunda ise tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir. Sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olduğu, bir ön kabuldür. Çünkü TBK md.112'ye göre, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Öte yandan bu görüşe dayanak olarak, tazminat borçlusunun, *tıpkı asgari götürü tazminat anlaşmasında olduğu gibi* TBK md.180 f.1 (OR md.161 f.1) uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezayı ödemek zorunda olduğunu ileri sürmek, son derece isabetsizdir. Çünkü ceza koşulu zarardan bağımsız

³⁸⁸ Aynı görüşte Oertli, N.21.

³⁸⁹ Kapancı, s.669.

³⁹⁰ Kapancı, s.669.

iken; götürü tazminatın talep edilebilmesi için, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının zarara uğraması gerekir.

1.5.3.2 Azami Götürü Tazminat

Azami götürü tazminat anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu miktarı, yukarı doğru sınırlar³⁹¹. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar, götürü tazminat miktarından daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan ancak anlaşma ile belirlenmiş götürü edimin ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusu ise, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edebilir ve üst sınırın altında kalan bu miktarı ödeyerek tazminat borcunu ifa edebilir³⁹².

Azami götürü tazminat anlaşmaları, hem alacaklı hem de borçlu bakımından avantajlı olabilir. Şöyle ki TBK md.50 f.1 uyarınca zarar gören, *zararını* ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar gören hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispat yükü altındadır. Başka bir deyişle, zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, zarar gören taşır. Ancak azami götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar tazminat borçlusu taşır. Çünkü azami götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirtilen miktardan daha az olduğunu ispat edemez ise tazminat borçlusu, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek zorunda kalır³⁹³. Öte yandan azami götürü tazminat anlaşması, borçlu bakımından da avantajlı olabilir. Şöyle ki sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile belirlenen üst sınırı aşması halinde, alacaklı en fazla anlaşma ile belirlenen götürü edimi talep edebilir. Çünkü taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması uyarınca borçlu, en fazla anlaşma ile belirlenen götürü edimi ödemek zorundadır. Böylelikle, borçlu en fazla ne kadar tazminat ödeyeceğini önceden bilir³⁹⁴. Sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminat miktarının üst sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmaları, aynı

³⁹¹ Oertli, N.57.

³⁹² Oertli, N.57.

³⁹³ Oertli, N.57.

³⁹⁴ Oertli, N.58.

zamanda sorumsuzluk anlaşmaları olarak karşımıza çıkar³⁹⁵. Bu durumda, TBK md.115 ve 116 hükümlerinin emredici uygulamasına dikkat edilmesi gerekir.

Azami götürü tazminat edimi, doktrin³⁹⁶ tarafından, tipik bir götürü tazminat edimi olarak kabul edilmektedir³⁹⁷.

1.5.4 Mutlak (Aksi İspat Edilemeyen) Götürü Tazminat

Bazı götürü tazminat anlaşmalarında taraflara, götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır. Bu gibi hallerde, *mutlak (aksi ispat edilemeyen) götürü tazminat anlaşmaları* söz konusu olur. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde istenebilecek tek bir değer üzerinden kararlaştırdıkları anlaşmadır³⁹⁸. Buna göre, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın, götürü tazminat miktarından fazla olması durumunda tazminat alacaklısı, götürü tazminat miktarını aşan gerçek zararını ispat ederek bunun ödenmesini talep edemeyeceği gibi; tazminat borçlusuna da, alacaklının uğramış olduğu zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarının altında kalan meblağı ödeyerek tazminat borcunu ifa edemez. Belirlenen götürü tazminat miktarı, iki taraf için de sabit ve kesindir³⁹⁹. Başka bir deyişle, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatın hem en üst sınırını hem de en alt sınırını oluşturur⁴⁰⁰. Bu durumda sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlunun, alacaklıya ne kadar tazminat ödeyeceği en başından itibaren net ve şeffaftır. Böylelikle zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi hususunda herhangi bir gecikme olmaksızın tazminat borçlusuna tarafından ifa gerçekleştirilebilir⁴⁰¹.

Mutlak götürü tazminat anlaşması, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatın üst sınırını belirlemesi

³⁹⁵ FRITZ, William F.: "Underliquidated Damages as Limitation of Liability", *Texas Law Review*, Vol.33, No.2, pp.196-222 (Rea, s.148, dn.2); Kapancı, s.667; Sarı, s.304; Yıldırım, s.38. Ayrıca bkz. Mitchel v. Reynolds, 1 P. Wms. 181, 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711); Rogers v. Parrey, 2 Bulst. 136, 81 Eng. Rep. 1012 (K.B. 1616) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Hedrick v. Perry, 102 F.2d 802 (10th Cir. 1939) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Wawak Co. V. Kaiser, 90 F.2d 694 (7th Cir. 1937) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mahoney v. Tingley, 85 Wash. 2d 95, 529 P.2d 1068 (1975), reversing 10 Wash. App. 814, 520 P.2d 268 (1974) (Rea, s.148, dn.2); Haris v. Dawson, 479 pa. 463, 388 A.2d 748 (1978), reversing 239 Pa. super. 316, 360 A.2d 706 (1976) (Rea, s.148, dn.2).

³⁹⁶ Oertli, N.59, dn.63.

³⁹⁷ Oertli, N.59.

³⁹⁸ Kapancı, s.667. "...designated lump sum..." (Sweet, s.90).

³⁹⁹ Oertli, N.61.

⁴⁰⁰ Kapancı, s.667.

⁴⁰¹ Oertli, N.62.

nedeniyle bir sorumsuzluk anlaşması⁴⁰² niteliği taşımaktadır⁴⁰³. Bu durumda, TBK md.115 ve 116 hükümlerinin emredici uygulamasına dikkat edilmesi gerekir⁴⁰⁴. Ayrıca götürü tazminat miktarı ile sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen gerçek zarar arasındaki farkın çok büyük olması halinde, tarafların başvurabileceği birtakım hukuki imkanlar söz konusu olabilir. Bunlar, çalışmanın başka bir bölümünde ele alınmıştır⁴⁰⁵.

1.6 Götürü Tazminatın Düzenleniş Biçimi

1.6.1 Genel Olarak

Asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat, çoğu zaman ceza koşulu ile karıştırılmaktadır. Hem kararlaştırılan ceza koşulunun hem de götürü tazminatın talep edilebilmesi için her şeyden önce asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması gerekir⁴⁰⁶. Asıl borcun ihlal edilmesi, ceza koşulunun ve götürü tazminatın ileri sürülebilmesi bakımından aranan ortak bir koşuldur. Bu yönüyle ceza koşulu ve götürü tazminatın birbirine benzediği doğrudur. Ulusal hukuklarda köklü bir geçmişe sahip olan ceza koşulu kurumuna ilişkin yasal düzenlemelere yer verildiği; götürü tazminata ilişkin yasal düzenlemelere ise *genellikle* yer verilmediği görülmektedir. Bu durum, ceza koşulunun tazminat işlevinden kaynaklanır⁴⁰⁷. Çünkü ceza koşulu, teminat amacının yanı sıra, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesi amacına da hizmet eder⁴⁰⁸. Ceza koşulunun, hem teminat amacına hem de tazminat amacına

⁴⁰² Başalp tarafından, alacaklının hukuki durumunu zayıflatan anlaşmaların geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirileceği ve bu şekilde tezahür eden anlaşmalara TBK md.115 ve 116 hükümlerinin emredici sınırlarının kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir. Bkz. s.13. Karabağ Bulut tarafından ise, sorumsuzluk anlaşmasının amacının asıl borcu değil, asıl borcun yerine geçen ve onu genişleten tali yükümlülüklerin ortadan kaldırılması olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, sorumsuzluk anlaşması ileride ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bir hukuki işlem olarak tanımlamaktadır. Tazminat miktarının önceden kararlaştırıldığı anlaşmalar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bkz. s.828-829.

⁴⁰³ FRITZ, William F.: “Underliquidated Damages as Limitation of Liability”, *Texas Law Review*, Vol.33, No.2, pp.196-222 (Rea, s.148, dn.2); Kapancı, s.667; Sarı, s.304; Yıldırım, s.38. Ayrıca bkz. Mitchel v. Reynolds, 1 P. Wms. 181, 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711); Rogers v. Parrey, 2 Bulst. 136, 81 Eng. Rep. 1012 (K.B. 1616) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Hedrick v. Perry, 102 F.2d 802 (10th Cir. 1939) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Wawak Co. V. Kaiser, 90 F.2d 694 (7th Cir. 1937) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mahoney v. Tingley, 85 Wash. 2d 95, 529 P.2d 1068 (1975), reversing 10 Wash. App. 814, 520 P.2d 268 (1974) (Rea, s.148, dn.2); Haris v. Dawson, 479 pa. 463, 388 A.2d 748 (1978), reversing 239 Pa. super. 316, 360 A.2d 706 (1976) (Rea, s.148, dn.2); Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Elsley v. JG Collins Ins Agencies Ltd (1978) 83 DLR (3d) 1 (Miller, s.83, dn.27).

⁴⁰⁴ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, §1, III, B, 2, b. TBK md.115 ve md.116 Hükümleri Karşısında Götürü Tazminat Anlaşmalarının Durumu.

⁴⁰⁵ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm Götürü Tazminatın Geçersizliği ve Hakim Götürü Tazminata Müdahalesi.

⁴⁰⁶ Oertli, N.229.

⁴⁰⁷ Benjamin, s.606 vd.

⁴⁰⁸ Tunçomağ, s.48-49; Kocaağa, Cezai Şart, s.45-46.

hizmet etmesi dolayısıyla hibrit bir yapıya sahip olduğu ve bu hibrit yapının götürü tazminatın ortaya çıkışını geciktirdiği ve gelişimini engellediği ileri sürülmektedir⁴⁰⁹. Götürü tazminata ilişkin yasal düzenlemelerin bulunmadığı birçok ulusal hukuk tarafından, ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı bir götürü tazminat kurumunun varlığı kabul edilmektedir. Ayrıca götürü tazminata ilişkin yasal düzenlemelerin bulunmadığı birçok ulusal hukuk bakımından ceza koşuluna ilişkin yasal düzenlemelerin, götürü tazminata uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır. Son olarak, neredeyse 20. yüzyılın ortasına kadar Kara Avrupası hukuk sisteminde götürü tazminatın varlığına ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır⁴¹⁰. Ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı bir götürü tazminat kurumunun var olabileceği ilk kez Alman hukukunda tartışılmıştır⁴¹¹. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farklara değinilmiştir⁴¹².

Götürü tazminatın ortaya çıkışı, ceza koşulu kurumunu reddeden Anglo-Amerikan hukuk sisteminin tarihi gelişimi ile yakından ilgilidir⁴¹³. Eskiden, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi halinde, alacaklıya asıl borcun iki katı kadar ceza ödeyeceğini tahhüt eden bir ceza senedi (*sealed penalty bond*) vermesi yönünde bir uygulamanın söz konusu olduğu ve bu uygulamanın da mahkemeler tarafından kabul edildiği bilinmektedir⁴¹⁴. Ancak 15. yüzyıldan itibaren katı ve şekilci *common law* uygulamalarının *equity law* ilkeleri ile yumuşamaya başlamasıyla mahkemeler tarafından, ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, sözleşmeler hukukunun amacının borçluyu cezalandırmak olmadığı; yalnızca alacaklının uğradığı zararın telafi edilmesi olduğu belirtilmiştir. Ayrıca alacaklının borçlu üzerinde baskı (*in terrorem*) kurmasının sözleşmeler hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğuna değinilmiştir. Böylelikle, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimlerden, yalnızca zarar ile orantılı olanların geçerli olduğu yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır⁴¹⁵. Nihayetinde, Anglo-Amerikan hukuk sistemi tarafından ceza koşulu kurumu reddedilmiştir. Ancak 19. yüzyılın sonuna kadar, götürü tazminatı ceza koşulundan ayırt eden hususlar, tam olarak net değildir⁴¹⁶. Bu hususlar, 19. yüzyılın sonu itibariyle belirginleşmiştir⁴¹⁷. Artık günümüzde

⁴⁰⁹ Benjamin, s.606 vd. Benjamin, tarafından hibrit bir yapı olarak nitelendirilen bu durum, Miller'a göre, bir tutarsızlık (*inconsistency*) halidir. Bkz. s.92 vd.

⁴¹⁰ Bkz. Benjamin, s.617 vd.

⁴¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, Detlev, s.42 vd.

⁴¹² BVerfG, NJW1970, 29, 32. (Erdem, Götürü Tazminat, s.118).

⁴¹³ Detaylı bilgi için bkz. Benjamin, s.605 vd.; McCormick, s.104 vd.; Brightman, s.277 vd.

⁴¹⁴ Goetz/Scott, s.554; McCormick, s.104; Benjamin, s.605; Brightman, s.302.

⁴¹⁵ Benjamin, s.605-606; Goetz/Scott, s.554; McCormick, s.104 vd.

⁴¹⁶ Reynolds v. Bridge, 6 E. & B. 528, 540 (1856); Wallis v. Smith, L. R. 24 Ch.D. 243 (1882) (Brightman, s.302, dn.79).

⁴¹⁷ Law v. Redditch Local Board [1892] 1 Q.B. 127, 132 (Benjamin, s.602, dn.2); Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 (Benjamin, s.602-603; Eggleston, s.58).

Anglo-Amerikan hukukunda, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edim, ya *geçerli bir götürü tazminattır* ya da *geçersiz bir ceza koşuludur*⁴¹⁸.

1.6.2 Türk Hukukunda

Türk hukukunda ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nun 179. ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat kurumuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak doktrinde hakim olan görüş⁴¹⁹ ve Yargıtay içtihatları⁴²⁰, ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden ayrılması gerektiği yönündedir. Götürü tazminat anlaşmasının, *sui generis* bir sözleşme olduğu daha önce belirtilmişti. Bu nedenle götürü tazminat anlaşması, genel hükümlere tabidir⁴²¹ ve ceza koşuluna ilişkin yasal düzenlemelerin, özellikle aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin TBK md.182 f.3 hükmünün kıyasen de olsa, götürü tazminata uygulanması mümkün değildir⁴²².

1.6.3 Alman Hukukunda

Alman hukukunda, götürü tazminata ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, ceza koşulu Alman Medeni Kanunu md.339 ve devamı (BGB § 339 vd.) hükümlerinde düzenlenmektedir. Neredeyse 20. yüzyılın ortasına kadar Kara Avrupası hukuk sisteminde götürü tazminatın varlığına ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır. Ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı bir götürü tazminat kurumunun var olabileceği ilk kez Alman hukukunda tartışılmıştır⁴²³. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farklara değinilmiştir⁴²⁴. Alman hukukunda da aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Baskın görüş, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanamayacağı yönündedir⁴²⁵. 1.1.2002 tarihinde, Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu⁴²⁶ yürürlüğe girmiştir. Bu kanundan, ceza koşuluna ilişkin Alman

⁴¹⁸ Brightman, s.277; Rea, s.147; Oertli, N.233.

⁴¹⁹ Kocaağa, Cezai Şart, s.49 vd.; Erdem, Götürü Tazminat, s.120 vd.; Kapancı, s.675 vd.; Cansel/Özel, s.716; Fischer, Detlev, s.167 vd.; Oertli, N.263; Fischer, Thomas, s.161 vd.

⁴²⁰ Yargıtay, götürü tazminatı "kira tazminatı" olarak adlandırmaktadır. Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farka işaret ettiği bir kararında Yargıtay, sözleşmede yer alan "inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri" şeklindeki kaydın sözleşmedeki özelliği itibariyle, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD., T.4.10.1988, E.1988/88 K.1988/3118 (Kocaağa, Cezai Şart, s.54).

⁴²¹ Erdem, Götürü Tazminat, s.121-122; Kocaağa, Cezai Şart, s.53-54.

⁴²² Kocaağa, Cezai Şart, s.53-54; Erdem, Götürü Tazminat, s.121-122; Kapancı, s.680.

⁴²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, Detlev, s.42 vd.

⁴²⁴ BVerfG, NJW1970, 29, 32. (Erdem, Götürü Tazminat, s.118).

⁴²⁵ Hess, s.238 vd. (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

⁴²⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26 November 2001 (BGBl. I S.3138).

Medeni Kanunu md.339 ve devamı hükümleri etkilenmemiştir⁴²⁷. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler, bu reform ile Alman Medeni Kanunu'na dahil edilmiştir. Genel işlem koşulu niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşmaları, bu reform ile Alman Medeni Kanunu tarafından özel bir içerik denetimine tabi tutulmaktadır (BGB § 309 abs. 5a, 5b). Buna göre genel işlem koşulu niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşmaları, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat edimi, hayatın olağan akışına göre meydana gelmesi beklenen zararı aşıyorsa (BGB § 309 abs.5a) veya borçluya, zararın meydana gelmediğini veya meydana gelen zararın kararlaştırılan miktardan daha az olduğunu ispat etme imkanını açıkça tanımıyorsa (BGB § 309 abs.5b) geçersizdir. Öte yandan, genel işlem koşulu niteliği taşımayan birel götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda hala bir düzenleme yer almamaktadır⁴²⁸.

1.6.4 İsviçre Hukukunda

Türk hukukunda ve Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da götürü tazminata ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık ceza koşulu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 160. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Ancak bu durum, İsviçre hukukunda ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı olarak bir götürü tazminat kurumunun reddedildiği anlamına gelmez. Başka bir deyişle, İsviçre hukukunda da sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflara, tazminatı götürü olarak belirleme imkanı tanınmaktadır⁴²⁹. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen kararlarda götürü tazminat anlaşmasının, kanun tarafından düzenlenmemiş, sui generis nitelikte bir anlaşma olduğu belirtilmektedir⁴³⁰. İsviçre hukuku bakımından da ceza koşuluna ilişkin hükümlerin (OR md.160 vd.), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Alman ve Türk doktrinin aksine, İsviçre doktrininde baskın görüş, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, özellikle aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası hükmünün, kıyas yoluyla götürü tazminat anlaşmalarına uygulanabileceği yönündedir⁴³¹.

1.6.5 Fransız Hukukunda

Türk, Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak, Fransız Medeni Kanunu'nda götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Fransız hukukunda ceza koşulu, Fransız Medeni Kanunu'nun (CCFr) 1226. maddesi ve devamı hükümlerinde

⁴²⁷ Oertli, N.234.

⁴²⁸ Oertli, N.240, dn.347.

⁴²⁹ Fischer, Thomas, s.100 vd.; Oertli, N.263, 270.

⁴³⁰ BGE 110 II 380; 109 II 462; BGE 83 II 525; BGE 46 II 399 (Naklen: Erdem, Götürü Tazminat, s.116).

⁴³¹ Oertli, N.270.

düzenlenmektedir⁴³². Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi, mutlak götürü tazminat anlaşmalarına ilişkindir. Bu maddede, asıl borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun tazminat olarak bir miktar para ödeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde, alacaklıya kararlaştırılan bu miktardan daha azının veya daha fazlasının ödenemeyeceği hükme bağlanmıştır⁴³³. Fransız hukukunda, kanun koyucu tarafından ceza koşulundan ayrı ve farklı olarak bir götürü tazminat kurumunun varlığının kabul edildiği görülmektedir⁴³⁴. Öte yandan Fransız Medeni Kanunu'nun 1229. maddesinde, ceza koşulunun tazminat amacı hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, ceza koşulu, asıl borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının uğradığı zararın karşılanmasına yöneliktir⁴³⁵. Buradan hareketle, Fransız doktrini tarafından ceza koşulunun, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın götürü olarak belirlenmesinden ibaret olduğu ve Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi ile 1226. maddesinde aynı şeylerin düzenlendiği ileri sürülmüştür⁴³⁶. Kanun koyucu tarafından yapılmış olan ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki kurumsal ayırımın⁴³⁷, zaman içerisinde Fransız doktrini tarafından terk edildiği görülmektedir⁴³⁸. Bununla birlikte, götürü tazminata ilişkin Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi, 1975 yılında değişikliğe uğramıştır. Hakime, taraflarca kararlaştırılan miktarı değiştirebilme yetkisi tanınmıştır. Buna göre hakim, taraflarca kararlaştırılan miktarı artırabilir veya azaltabilir⁴³⁹. Fransız hukukunda bazı yazarlar tarafından, Fransız Medeni Kanunu'nun 1226. maddesi ve devamı hükümlerinin ceza koşuluna ilişkin olduğu; Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesinin ise götürü tazminata ilişkin olduğu ileri sürülmüş ve ceza koşulundan ayrı olarak bir götürü tazminat kurumunun varlığına işaret edilmiş ve ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumunu reddeden yaklaşım eleştirilmiştir⁴⁴⁰. Ancak 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu Kara Avrupası hukuk sistemi içinde götürü tazminatı düzenleyen ilk kanun olmasına rağmen, Fransız hukukunda hakim görüş, götürü tazminat ile ceza koşulunun aynı şey olduğu yönündedir⁴⁴¹.

⁴³² Erdem, Götürü Tazminat, s.112.

⁴³³ Erdem, Götürü Tazminat, s.112.

⁴³⁴ Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Kapancı, s.674.

⁴³⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.113.

⁴³⁶ Erdem, Götürü Tazminat, s.112-113; Kapancı, s.674.

⁴³⁷ Fransız Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında, kanun koyucunun ceza koşulundan ayrı olarak bir götürü tazminat kurumunun varlığının farkında olduğu belirtilmektedir. Hatta Fransız Medeni Kanunu'na ilk şerhleri yazan hukukçular tarafından da bu ayırıma değinildiği söylenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s.113.

⁴³⁸ Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Kapancı, s.674.

⁴³⁹ Erdem, Götürü Tazminat, s.114-115; Kapancı, s.674.

⁴⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s.115.

⁴⁴¹ Kapancı, s.674; Erdem, Götürü Tazminat, s.115.

1.6.6 Hollanda Hukukunda

1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan 1838 tarihli mülga Hollanda Medeni Kanunu'nun 1340. maddesi ve devamı hükümleri, ceza koşuluna ilişkindi. Fransız Medeni Kanunu'nda olduğu gibi 1838 tarihli mülga Hollanda Medeni Kanunu'nda da götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. 1838 tarihli Hollanda Medeni Kanunu'nun 1285. maddesi, götürü tazminat anlaşmalarına ilişkindi. Alman Medeni Kanunu (BGB) etkisinde hazırlanan ve 1992 yılında yürürlüğe giren yeni Hollanda Medeni Kanunu'nda (BW) ise yalnızca ceza koşuluna ilişkin hükümlere yer verilmiştir (BW Art.6:91 vd.). 1992 tarihli yeni Hollanda Medeni Kanunu'nun 6:91 no.lu maddesi uyarınca, ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para veya yerine getirilmesi gereken başka bir edim, ister asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı tazmin etmeye yönelik olsun ister borçluyu asıl borcu ifa etmeye teşvik etsin, ceza koşulu, asıl borcun borçlu tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para veya yerine getirilmesi gereken başka bir edim olarak tanımlanmaktadır⁴⁴². Buradan hareketle Hollanda hukukunda, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumunun kabul edilmediği; kanun koyucu tarafından, ceza koşulu ile götürü tazminatın ceza koşulu lehine tek bir çatı altında toplandığı ve ceza koşulu ile götürü tazminatın ortak düzenlemelere tabi tutulduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁴³.

1.6.7 Anglo-Amerikan Hukukunda

Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde götürü tazminat kurumu kabul edilirken, ceza koşulu kurumu reddedilmektedir. Başka bir deyişle, Anglo-Amerikan hukuku tarafından taraflara, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmek üzere götürü tazminat (*liquidated damages*) kararlaştırma imkanı tanınmakta iken, ceza koşulu (*penalty clause*) kararlaştırma imkanı tanınmamaktadır. Yani Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, taraflar arasında asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak yapılan götürü tazminat anlaşmaları geçerlidir; buna karşılık taraflar arasında asıl borcun ihlal edilmesi halinde zarardan bağımsız olarak ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu ise geçersizdir⁴⁴⁴.

⁴⁴² Article 6:91 Contractual Penalty Clause: “A contractual penalty clause is every contractual provision stipulating that the debtor, if he fails to perform his obligation correctly, has to pay a sum of money or deliver another performance, regardless if this sum of money or other performance is meant to be a compensation for damages or just an incentive to perform the obligation.” (27 Aralık 2014 tarihinde <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> adresinden erişilmiştir.)

⁴⁴³ Benzer bir yorum için bkz. Oertli, N.242.

⁴⁴⁴ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Benjamin, Peter: “Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.; Brightman, Alvin C.: “Liquidated

1.6.8 Uluslararası Sözleşmelerde

Bazı uluslararası sözleşmelerde götürü tazminata ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlara ilişkindir. İlgili maddede ceza koşulu (*penalty clause*) veya götürü tazminat (*liquidated damages*) ifadesine yer verilmemiştir. Bunun yerine, hem ceza koşulunu hem de götürü tazminatı kapsayacak biçimde belli bir miktar (*specified sum*) ifadesi kullanılmıştır. Buradan hareketle, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinin, hem ceza koşulu hem de götürü tazminat bakımından uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmaktadır. İlgili maddenin gerekçesi de bu yöndedir⁴⁴⁵.

Damages”, *Columbia Law Review*, Vol.25, No.3, 1925, pp.277-304; Chappel, David: *Construction Contracts: Questions and Answers*, 2nd Edition, 2010; Collin, Thomas J.: *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook*, ABA, 1998; Drake, Joseph H.: “Liquidated Damages and Estoppel by Contract”, *Michigan Law Review*, Vol.9, No.7, 1911, pp.588-594; Eggleston, Brian: *Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; Goetz, Charles J./Scott, Robert E.: “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594; Jaffey, Peter: “Restitutory Remedies in the Contractual Context”, *The Modern Law Review*, Vol.76, No.3, 2013, pp.429-463; J.F.H.: “Damages, Penalty or Liquidated Damages”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol.63, No.3, 1915, pp.220-223; Kaplan, Phillip R.: “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, *California Law Review*, Vol.50, No.4, 1977, pp.1055-1063; Klas, Gregory: “Contracting for Cooperation in Recovery”, *Yale Law Journal*, Vol.117, No.1, 2007-2008, pp.2-50; Knowles, J. Roger: *200 Contractual Problems and Their Solutions*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; McCormick, Charles T.: “Liquidated Damages”, *Virginia Law Review*, Vol.17, No.2, 1930, pp.103-128; Miller, Lucinda: “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.53, No.1, 2004, pp.79-106; O’Malley, J. Terence: “Late-Payment Charges: Meeting the Requirements of Liquidated Damages”, *Stanford Law Review*, Vol.27, No.4, 1975, pp.1133-1148; Pearce, David/Halson, Roger: “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.28, No.1, 2008, pp.73-98; Rea, Samuel A. Jr.: “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167; Schwartz, Alan/Scott, Robert E.: “Contract Theory and The Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, Vol.113, No.3, 2003-2004, pp.541-605; Sedgwick, Arthur George: *Elements of the Law of Damages*, 2nd Edition, Boston 1909; Stanley, M. Arndt: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol.10, No.1, 1921, pp.8-41; Stole, Lars A.: “The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol.8, No.3, 1992, pp.582-606; Sweet, Justin: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol. 60, No.1, 1972, pp. 84-145; Talley, Eric L.: “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, *Stanford Law Review*, Vol. 46, No.5, 1994, pp.1195-1243; Webb, Charlie: “Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.26, No.1, 2006, pp.41-71; Wilkinson-Ryan, Tess: “Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment”, *Michigan Law Review*, Vol.108, No.5, 2010, pp.633-671; Yavuztürk, Duygu: “Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.1, 2011, s.225-281; Akkayan Yıldırım, Ayça: “Cezaî Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFİM*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.357-414.

⁴⁴⁵ “This article gives an intentionally broad definition of agreements to pay a specified sum in case of non-performance, whether such agreements be intended to facilitate the recovery of damages (liquidated damages according to the common law) or to operate as a deterrent against non-performance (penalty clauses proper), or both.” (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, s.284) (29.12.2004 tarihinde www.unidroit.org/english/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf adresinden erişilmiştir.)

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'ne benzer bir çalışma, Avrupa Birliği tarafından yapılmıştır. Bu noktada, sözleşmeler hukukuna ilişkin genel kurallar olarak uygulanmak üzere, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri⁴⁴⁶ hazırlanmıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlara ilişkindir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi ile Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi, neredeyse kelimesi kelimesine aynıdır. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinde olduğu gibi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinde de ceza koşulu (*penalty clause*) veya götürü tazminat (*liquidated damages*) ifadesine yer verilmemiştir. Bunun yerine, hem ceza koşulunu hem de götürü tazminatı kapsayacak biçimde belli bir miktar (*specified sum*) ifadesi tercih edilmiştir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi gibi Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinin de hem ceza koşulu hem de götürü tazminat bakımından uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁷.

1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda (CISG) ise götürü tazminata ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak antlaşmada, götürü tazminata ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, antlaşmanın uygulama alanı bulduğu hallerde, götürü tazminatın yasaklandığı anlamına gelmez⁴⁴⁸. Çünkü satım hukukuna ilişkin bazı meseleler, bu antlaşma tarafından düzenlenmemiştir. Antlaşmanın 4. maddesi kapsam dışı bırakılan konulara ilişkindir. Buna göre sözleşmenin, sözleşme hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği, antlaşma ile düzenlenmeyen konular arasındadır. Antlaşma ile düzenlenmeyen konular ise uygulanacak ulusal hukuklara bırakılmıştır⁴⁴⁹. O halde, kararlaştırılan götürü tazminatın geçerli olup olmadığı, uygulanacak ulusal hukuka göre belirlenecektir⁴⁵⁰.

1.7 Götürü Tazminatın Uygulama Alanı

1.7.1 Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip olan taraflar, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında

⁴⁴⁶ *Principles of European Contract Law (PECL)*.

⁴⁴⁷ Aynı görüşte Oertli, N.254, 261.

⁴⁴⁸ Dayıoğlu, Yavuz: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011, s.136.

⁴⁴⁹ Dayıoğlu, s.8.

⁴⁵⁰ Dayıoğlu, s.138.

meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı, aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleme imkanına sahip oldukları için götürü tazminat, borçlar hukuku özellikle de sözleşmeler hukuku bakımından son derece geniş bir uygulama alanına sahiptir⁴⁵¹. Bu başlık altında, götürü tazminatın yalnızca belli başlı uygulama alanlarına değinilmiştir.

Götürü tazminat, başta arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri olmak üzere, inşaat sözleşmeleri bakımından yaygın bir uygulama alanına sahiptir⁴⁵². Gerçekten uygulamada, inşaat sözleşmelerinin çoğunda, ifanın gecikmesi halinde gecikilen her ay için, işin geç tesliminden dolayı iş (arsa) sahibinin yoksun kalacağı kira bedelleri nedeniyle uğrayacağı zararı gidermek üzere, yüklenici tarafından iş (arsa) sahibine, belirli bir meblağın ödeneceği kararlaştırılmaktadır; bu meblağ, Yargıtay tarafından *kira tazminatı* olarak adlandırılmaktadır⁴⁵³.

Dernek tüzüklerinde de götürü tazminat edimlerine yer verildiği görülmektedir. Çünkü dernek üyelerinin çeşitli yükümlülükleri söz konusudur. Öncelikle, dernek üyelerinin TMK md.70 uyarınca ödenti verme yükümlülüğü söz konusudur. Bu ödenti, tüzükle düzenlenir. Tüzükte düzenleme yoksa üyeler, dernek amacının gerçekleşmesi ve borçların karşılanması için zorunlu ödentilere eşit olarak katılırlar. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, üye olduğu sürenin ödentisini vermek zorundadır. Ayrıca, TBK md.71 f.1 uyarınca üyeler, dernek düzenine uymak ve derneğe sadakat göstermekle yükümlüdürler. Bunun yanı sıra, TBK md.71 f.2 uyarınca her üye, derneğin amacına uygun davranmak, özellikle amacın gerçekleşmesini güçleştirici veya engelleyici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülükler, sadakat yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁴. Yükümlülüklerin ihlali

⁴⁵¹ Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından götürü tazminatın sözleşme türlerine göre uygulama alanı hakkında detaylı bilgi için bkz. Sweet, s.94 vd.

⁴⁵² McCormick, s.122; Sweet, s.116 vd.; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.155.

⁴⁵³ Yargıtay 15. HD., T.18.9.1990, E.1990/300 K.1990/3422: “Sözleşmenin “inşaat süresi” bölümünde 24 aylık teslim süresi sonundaki gecikme için her ay, aylık 150.000TL kira tazminatı ödeneceği kararlaştırılmıştır.”; Yargıtay 15. HD., T.13.6.1994, E.1993/5803 K.1994/3856: “Taraflar arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip oturma izni alınarak teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler.”; Yargıtay 15. HD., T.28.5.1998, E.1998/1797 K.1998/2279: “11.3.1991 tarihli “Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Satış Vaadi Akdi ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi”nin 1. maddesinde; bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskan raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL'den toplam 3.600.000-TL. aylık kira bedeli ödeneceği, taraflarca kararlaştırılmıştır. Davanın açıldığı 11.3.1997 tarihine kadar İnşaatın teslim edilmediği uyuşmazlık konusu değildir. Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000.-TL. ise, ifaya ekli ceza şart olmayıp, kira (gecikme) tazminatıdır.” Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD., T.4.7.1988, E.1988/866 K.1988/2520; Yargıtay 15. HD., T.4.11.2003, E.2003/1996 K.2003/5202; Yargıtay 15. HD., T.8.4.2008, E.2007/2798 K.2008/2291; Yargıtay 15. HD., T.1.7.2010, E.2010/1142 K.2010/3827; Yargıtay 13.HD., T.1.7.2010, E.2010/2081 K.2010/9729; Yargıtay 13. HD., T.19.7.2011, E.2011/9692 K.2011/11932; Yargıtay 15. HD., T.21.3.2012, E.2011/876 K.2012/1782; Yargıtay 23.HD., T.13.2.2014, E.2013/8359 K.2014/1010; (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

⁴⁵⁴ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s.309.

farklı sonuçlara yol açar. Öncelikle, ödenti ödeme yükümlülüğünün ihlali halinde, dernek, cebri icra yoluna başvurabilir. Bunun yanı sıra dernek tüzüğünde, hem ödenti ödeme hem de sadakat yükümlülüklerinin ihlali halinde başvurulabilecek başka hukuki yollar da belirlenmiş olabilir. Örneğin, uyarma, kınama, üyelikten çıkarma, katılma ve yararlanma hakkından yoksun bırakma gibi. Ayrıca, dernek üyelerinin, yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde derneğin uğrayacağı zararı gidermeye yönelik olarak ödenecek tazminat, dernek tüzüğünde götürü olarak belirlenmiş olabilir⁴⁵⁵.

Bazı hallerde kanun koyucu tarafından, ceza koşulunun kararlaştırılması açık veya dolaylı olarak yasaklanmıştır. Ancak ceza koşulunun kararlaştırılmasının açık veya dolaylı olarak yasaklanmış olduğu hallerde, götürü tazminat anlaşmalarının yapılması *kural olarak* mümkündür. Ceza koşulunun kararlaştırılmasının açık veya dolaylı bir biçimde yasaklanmış olduğu hallerde götürü tazminat anlaşmaları işlevseldir ve yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Böyle bir durum, kooperatif ortaklığından çıkma hakkı bakımından söz konusudur⁴⁵⁶. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesi, ortaklıktan çıkma serbestisine ilişkindir. İlgili madde uyarınca, her ortağın kooperatiften çıkma hakkı vardır. Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kooperatif ortağının hiçbir şekilde kooperatiften çıkamayacağına ilişkin kooperatif ana sözleşmesine konulan kayıtlar hükümsüzdür. Buradan hareketle, kişiyi kooperatif ortağı olmaya zorlayan veya kooperatif ortaklığından çıkmayı güçleştiren ceza koşulunun geçersiz olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵⁷. Buna karşılık bazı hallerde, ortağın kooperatiften çıkması, kooperatifin varlığını tehlikeye düşürebilir; kooperatifi telafisi mümkün olmayan bir zarara uğratabilir⁴⁵⁸. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde, kooperatiften çıkmak isteyen ortağın, uygun bir tazminat ödemesine ilişkin bir hüküm kooperatif ana sözleşmesine konulabilir. Doktrinde çıkma (ayırılma) tazminatı olarak adlandırılan bu tazminatın amacı, ortağın kooperatiften çıkmasını engellemek veya kooperatiften çıkma keyfiyetini kısıtlamak değildir; çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde, kooperatifin uğrayacağı zararı telafi etmektir⁴⁵⁹. Sonuç olarak, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu uyarınca, ortağın kooperatiften çıkma hakkının kullanılması ceza koşulu ile zorlaştırılmaz; buna karşılık çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde kooperatifin uğrayacağı zararı

⁴⁵⁵ Oertli, N.107.

⁴⁵⁶ Kocaağa, Cezai Şart, s.80.

⁴⁵⁷ Kocaağa, Cezai Şart, s.80.

⁴⁵⁸ Can, Mustafa Erdem: "Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları", *GÜHFD*, C.XI, S.1-2, 2007, s.75.

⁴⁵⁹ Can, s.75.

telafi etmek üzere uygun bir tazminat, kooperatif ana sözleşmesinde götürü olarak belirlenebilir.

Benzer bir durum, TBK md.346 bakımından söz konusudur. Çünkü TBK md.346 uyarınca kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedelinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir. TBK md.346 hükmü, emredici niteliktedir ve yalnızca konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulanır⁴⁶⁰. Burada amaç, kiraya verenin haksız kazanç elde etmesini engellemektir⁴⁶¹. TBK md.346 hükmü karşısında, kira bedelinin zamanında ödenmesine yönelik olarak kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir. Belirtmek gerekir ki kira bedeli ve ısınma, aydınlatma ve su tüketimine bağlı yan giderler dışında kalan yükümlülüklerin ceza koşuluna bağlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁶². TBK md.346 hükmünde, ayrıca kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde, sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların da geçersiz olacağı belirtilmiştir. Uygulamada, kiracıların gözünü korkutmak için, bir tek kira bedelinin ödenmemesi durumunda, o döneme ilişkin bütün kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin kayıtlara kira sözleşmelerinde yer verilmektedir⁴⁶³. Muacceliyet kaydı olarak anılan bu tür kayıtlar, daha önceleri geçerli sayılmaktaydı. Ancak TBK md.346 karşısında, bu tür muacceliyet kayıtları artık geçersiz olacaktır⁴⁶⁴.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, TBK md.346 uyarınca, *yalnızca* ceza koşulu ödeneceğine ve sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin koşulların geçersiz sayılacağıdır⁴⁶⁵. Bu noktada, şu soru sorulabilir: Kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde kiraya veren bir zarara uğramış ise bu durumda kiraya verenin başvurabileceği bir yol var mıdır? Elbette vardır. Kira bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle, kiraya verenin malvarlığında bir eksilme meydana gelmişse, kiraya veren malvarlığında meydana gelen eksilmesinin giderilmesini, bu zararının telafi edilmesini kiracıdan talep edebilir. Örneğin, kiraya veren bir ihtiyaç kredisi kullanmış ve elde ettiği kira bedellerini de bu kredinin taksitlerine tahsis etmiş olabilir. Bu durumda, kiracı tarafından kira bedelinin zamanında ödenmemesi, kiraya verenin kredi taksitini zamanında ödeyememesine, buna bağlı olarak da gecikilen her bir gün için kiraya veren bakımından ayrıca belirli bir miktarda faiz borcu birikmesine neden olur. Bu durum, kiraya verenin malvarlığının pasif kısmını artırır. İşte,

⁴⁶⁰ Gümüş, C.I, s.244; Yavuz, s.588, 589; Eren, Özel Hükümler, s.432; Zevkliler/Gökyayla, s.249-250.

⁴⁶¹ İnceoğlu, Murat: "Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı", *Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan*, İstanbul 2011, s.673.

⁴⁶² Yavuz, s.588; Zevkliler/Gökyayla, s.250.

⁴⁶³ Zevkliler/Gökyayla, s.250.

⁴⁶⁴ Gümüş, C.I, s.245; Zevkliler/Gökyayla, s.250; Eren, Özel Hükümler, s.432; Yavuz, s.588.

⁴⁶⁵ Yavuz, s.588; Zevkliler/Gökyayla, s.250.

kiraya veren, kira bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle malvarlığında meydana gelen bu eksilmenin giderilmesini kiracıdan talep edebilir. Bu zararın, taraflarca baştan öngörülmesi mümkündür. Kiraya veren ve kiracı, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde kiraya verenin uğrayacağı zarara odaklanarak, bu zararı tespit edebilirler ve kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde meydana gelecek zararı gidermeye yönelik olarak, götürü tazminat anlaşması yapabilirler. Böylelikle taraflar, olası bir ihtilaf durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını en aza indirmiş olurlar⁴⁶⁶. Unutulmamalıdır ki TBK md.346 hükmünün amacı, herhangi bir zarar olmaksızın kiraya verenin haksız kazanç elde etmesini engellemektir⁴⁶⁷. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, götürü tazminat edimi, zarardan bağımsız olarak talep edilemez. Çünkü asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının kararlaştırılan götürü tazminat alacağını talep edebilmesi için asıl borcun ihlali nedeniyle alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁴⁶⁸. Asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir⁴⁶⁹. Yani, götürü tazminat, ceza koşulu gibi zarardan bağımsız değildir⁴⁷⁰. Sonuç olarak, TBK md.346 hükmü, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde meydana gelecek zararı gidermeye yönelik olarak, götürü tazminat anlaşması yapılmasına engel olmamalıdır.

Benzer bir durum, vekalet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi bakımından da söz konusudur. TBK md.512 hükmünün 1. cümlesi uyarınca, vekalet veren ve vekil, her zaman vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Buna, serbest fesih hakkı (das freie Auflösungsrecht) veya her zamanlı fesih hakkı da denmektedir⁴⁷¹. Yerleşik Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere, vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesini düzenleyen TBK md.512 hükmünün 1. cümlesi emredici niteliktedir⁴⁷². Yani serbest fesih hakkı, sözleşmeyle kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz⁴⁷³. Bu nedenle, vekalet sözleşmesinin

⁴⁶⁶ Rea, s.159; Goetz/Scott, s.559; Sweet, s.86; Kapancı, s.666.

⁴⁶⁷ İnceoğlu, s.673.

⁴⁶⁸ Oertli, N.188 Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36. Akdi sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Uygur, C.III, s.3136 vd.

⁴⁶⁹ Oertli, N.188.

⁴⁷⁰ Oertli, N.188; Sweet, s.139; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

⁴⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Gümüüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3. Bası, İstanbul 2014, s.195 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.623 vd.; Yavuz, s.1185 vd.; Eren, Özel Hükümler, s.736. Ayrıca bkz. Akıncı, Şahin: Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s.54 vd.

⁴⁷² Gümüüş, C.I, s.197; Yavuz, s.1186; Zevkliler/Gökyayla, s.624-625; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.623-624.

⁴⁷³ Gümüüş, C.I, s.197; Yavuz, s.1186; Zevkliler/Gökyayla, s.624-625; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.623-624; Akıncı, s.67.

tek taraflı sona erdirilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir⁴⁷⁴. Ancak TBK md.512 hükmünün 2. cümlesi uyarınca, uygun olmayan zamanda vekalet sözleşmesini sona erdiren taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermek zorundadır. Bu durumda, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zarara odaklanan götürü tazminat anlaşmaları yapılabilir⁴⁷⁵. Ancak tazmini istenecek zararın kapsamı tartışmalıdır⁴⁷⁶. Bazı yazarlara göre, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde, yalnızca menfi zarar talep edilebilir⁴⁷⁷. Buna karşılık bazı yazarlara göre, tazminat menfi zararlarla sınırlı olmayıp, müspet zararın tazmini de istenebilir⁴⁷⁸. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, serbest fesih hakkının sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir. Bu durumun ise, hakkın niteliği ile bağdaşmadığı; bu nedenle, bu görüşe ihtiyatla yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷⁹.

1.7.2 Genel İşlem Koşulu Olarak

TBK md.20 uyarınca, genel işlem koşulları⁴⁸⁰, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (f.1). Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Ayrıca aynı amaçla düzenlenen sözleşme metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK md.20 f.2).

Götürü tazminat, genel işlem koşulları içeren *tip sözleşme* veya *formüler sözleşme* olarak ifade edilen sözleşmeler bakımından da yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Genel işlem koşulları arasında, götürü tazminat kayıtlarına sıklıkla rastlanmaktadır⁴⁸¹. Genel işlem

⁴⁷⁴ Yargıtay 13. HD., T.7.11.1997, E.1997/7395 K.1997/8923 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 13. HD., T.16.5.2013, E.2013/8249 K.2013/12850 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

⁴⁷⁵ Aynı görüşte bkz. BGE 109 II 462 (Erdem, Götürü Tazminat, s.118); Oertli, N.397.

⁴⁷⁶ Bu tartışma hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, C.II, s.200; Gökyayla, Emre: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azil ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s.114 vd.

⁴⁷⁷ Gökyayla, Azil ve İstifa, s.114; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.640; Yavuz, Özel Hükümler, s.1220-1221; Özkaya, Vekalet, s.862. Ayrıca bkz. BGE 109 II 462 vd. (469 vd.) E. 4d; 110 II 380 vd. (386) E. 4b (Oertli, N.382, dn.590).

⁴⁷⁸ Gümüş, C.II, s.200.

⁴⁷⁹ Gökyayla, Azil ve İstifa, s.116.

⁴⁸⁰ Genel işlem koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, M. Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999; Atamer, M. Yeşim: "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s.291- 332; Atamer, M. Yeşim: "Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, Ankara 2012, s.7-73; Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003; Sirmen, Lale: "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011*, Ankara 2012, s.107-134.

⁴⁸¹ Oertli, N.128.

koşulları içeren tip sözleşmeler; özellikle bankalar, sigorta şirketleri, seyahat acenteleri, tur operatörleri ve dayanıklı tüketim malları satan işletmeler tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Ayrıca taksitle satış, mesafeli satış veya kapıdan satışlarda da satıcı tarafından önceden hazırlanan tip sözleşmelerde, genel işlem koşullarına yer verilmektedir. Genel işlem koşulları, kural olarak iş hayatında bu tür iş ve işlemlerden elde edilen birikim ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanır⁴⁸². Götürü tazminat anlaşmaları da taraflar arasında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla hizmet eder. Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, götürü tazminat anlaşmasının bağlı olduğu asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyişle kar-zarar hesabı yapma imkanı tanır⁴⁸³. İşte götürü tazminatın, genel işlem koşulları içeren tip sözleşmeler bakımından yaygın bir uygulama alanına sahip olmasının nedeni, iş hayatında bu tür iş ve işlemlerden elde edilen birikim ve tecrübelerden, olasılık hesaplarından ve istatistikî verilerden de yararlanarak, sıklıkla karşılaşılan tipik ihtilaflara ve zarar kalemlerine ilişkin yeknesak bir çözüm yolu geliştirmektir⁴⁸⁴.

Genel işlem koşulları, TBK md.20 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi tüketici sözleşmeleri bakımından haksız şartlara ilişkindir. Bu hükümler, emredici niteliktedir. Çünkü kanun koyucunun amacı, sözleşmenin zayıf tarafını korumaktır⁴⁸⁵. Bu hükümler, hakime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi tanımaktadır⁴⁸⁶. Genel işlem koşullarının denetimi bakımından üç aşama söz konusudur. Birinci aşama, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının tespiti aşamasıdır (TBK md.21). Buna, yürürlük denetimi denmektedir. İkinci aşama, sözleşmenin içeriğine dahil olduğu tespit edilen genel işlem koşullarının geçerliliğinin denetlenmesidir (TBK md.25). Buna, içerik denetimi denmektedir. Son aşama ise, geçerli genel işlem koşullarının yorumlanmasıdır (TBK md.23). Buna, yorum denetimi denmektedir. Götürü tazminat, genel işlem koşulları içeren sözleşmeler bakımından yaygın bir uygulama alanına sahip olduğu için, götürü tazminat anlaşmalarının, genel işlem koşulları bakımından uygulama alanı bulan bu emredici hükümler karşısındaki durumu ayrıca incelenmiştir⁴⁸⁷.

⁴⁸² Eren, Genel Hükümler, s.215; Kocayusufpaşaoğlu, s.226.

⁴⁸³ Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

⁴⁸⁴ Oertli, N.80.

⁴⁸⁵ Eren, Genel Hükümler, s.220; Oğuzman/Öz, C.I, s.162; Kocayusufpaşaoğlu, s.226.

⁴⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s.220; Oğuzman/Öz, C.I, s.162; Kocayusufpaşaoğlu, s.232.

⁴⁸⁷ Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm, §1, III, A, 2. Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminat Anlaşmalarının Yürürlük Denetimi ve Dördüncü Bölüm, §1, III, B, 2, c. Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminat Anlaşmalarının İçerik ve Yorum Denetimi.

İKİNCİ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNATIN CEZA KOŞULUNDAN ve DİĞER BENZER KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

2.1 Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi

2.1.1 Genel Olarak Ceza Koşulu

Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir⁴⁸⁸. Ceza koşulunun başlıca üç amacı vardır. Bunlar; teminat amacı, tazminat amacı ve sözleşmeden dönme amacıdır⁴⁸⁹.

Ceza koşulunun en önemli işlevlerinden biri, borçluyu ifaya zorlamak, böylece alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan asıl borcun ifasını teminat altına almaktır⁴⁹⁰. Ceza koşulu, borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlar. Çünkü TBK md.180 f.1 uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, karşılaştırılan cezanın ifası gerekir. Ayrıca taraflarca karşılaştırılan ceza miktarı, genellikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat miktarından daha fazladır. Böylelikle borçlu, asıl borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde daha ağır bir yükümlülükle karşılaşacağı için asıl borcu ifa etmeye çalışır. Özellikle karşılaştırılan ceza miktarının yüksek olması halinde, borçlu üzerindeki psikolojik baskı artar; buna bağlı olarak, ceza koşulunun teminat amacının gerçekleşmesi ihtimali de artar⁴⁹¹.

TBK md.114 f.2 uyarınca, sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi bakımından, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Kural olarak, TBK md.50 uyarınca, zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar görenin *hem zararın varlığını hem de miktarını* ispat etmesi gerekir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında

⁴⁸⁸ Bilge, s.39; Tunçomağ, s.6; Kocaağa, Cezai Şart, s.33-34; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Eren; Genel Hükümler, 1184; Oğuzman/Öz, C.II, s.518; Kılıçoğlu, Ahmet, s.775; McCormick, s.103; Brightman, s.277. Ayrıca ceza koşulu hakkında bkz. Aydemir, Efrail: Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Ankara 2013; Dirican, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007; Gökçeoğlu, Kamil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007; Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006; Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004; Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart, Ankara 2001.

⁴⁸⁹ Ceza koşulunun amacı bakımından bkz. Bilge, s.81 vd.; Tunçomağ, s.48 vd.; Kocaağa, Cezai şart, s.40 vd.; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Akkayan Yıldırım, s.375 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1184; Kılıçoğlu, Ahmet, s.775; Oğuzman/Öz, C.II, s.519.

⁴⁹⁰ Bilge, s.81; Tunçomağ, s.49; Kocaağa, Cezai Şart, s.42, 53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Akkayan Yıldırım, s.378; Benjamin, s.603; Brightman, s.277; McCormick, s.103; Oertli, N.271; Sweet, s.92; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Oğuzman/Öz, C.II, s.519; Kılıçoğlu, Ahmet, s.775.

⁴⁹¹ Bilge, s.83; Tunçomağ, s.49; Kocaağa, Cezai Şart, s.43; Oğuzman/Öz, C.II, s.519; Kılıçoğlu, Ahmet, s.775-776.

iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ve bu eksilmenin miktarını ispat etmek kimi zaman oldukça kolaydır. Buna karşılık, zararın varlık ve miktarının tam olarak ispatı, bazı hallerde çok zor ve hatta imkansız olabilir. Bazen de zararın varlık ve miktarını tam olarak ispat etmek mümkün olmakla birlikte, ispat alacaklıdan beklenilmeyebilir. Sözleşmenin ihlaliyle alacaklının uğramış olduğu az bir zarara karşılık, keşif ve bilirkişi incelemesi için alacaklının aşırı bir masraf yapmak zorunda kalması, bu duruma örnek gösterilebilir. Hatta bazen alacaklı, deliller kendisinde bulunmasına rağmen, ticari sırlarının açığa çıkacağı ve bundan dolayı belki de zarara uğrayacağı endişesiyle, bu delilleri ibraz etmekten çekinebilir. Bu gibi hallerde, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda borçlu tarafından ceza koşulunun ödeneceğinin kararlaştırılması, alacaklıyı zararın varlığını ve miktarını ispat yükünden kurtarır. Böylelikle ceza koşulu, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesi amacına da hizmet eder. Buna ceza koşulunun tazminat amacı denir⁴⁹².

Ceza koşulu, bazen de borçlunun sözleşmeden kolayca dönmesine imkan tanır. TBK md.179 f.3'te dönme cezası (ifayı engelleyen ceza koşulu) hükme bağlanmıştır. Buna göre, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya feshetme suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Yani borçlu, alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya yalnızca belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabilir. Dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde, borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklı da yalnızca kararlaştırılan cezanın ödenmesini isteyebilir; alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını isteyemez⁴⁹³. Bu yönüyle ceza koşulu, borçlunun dilediği zaman sözleşmeden dönebilmesi amacına da hizmet etmektedir⁴⁹⁴.

2.1.2 Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi Gerekliliği

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesi ve bu iki kurum arasındaki farkların ortaya konulması büyük önem taşımaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesi ve bu iki kurum arasındaki farkların ortaya konulması çok da kolay değildir⁴⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farkı ortaya koyan açık bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle, doğrudan doğruya bir kanun

⁴⁹² Bilge, s.84; Tunçomağ, s.48-49; Kocaağa, Cezai Şart, s.45-46; Akkayan Yıldırım, s.382.

⁴⁹³ Bilge, s.86; Tunçomağ, s.47; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.154; Kılıçoğlu, Ahmet, s.783; Eren, Genel Hükümler, s.1186; Oğuzman/Öz, C.II, s.531; Hatemi/Gökyayla, s.351.

⁴⁹⁴ Bilge, s.86; Tunçomağ, s.50-51; Kocaağa, Cezai Şart, s.47.

⁴⁹⁵ Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12); Bentele, s.87 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12). İsviçre Federal Mahkemesi de, bazı kararlarında, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki zorluklara işaret etmiştir. Bkz. BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd.; 109 II 462 vd. ve özellikle 467 vd. (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12).

hükmünden hareketle bu iki kurum arasındaki farkları ortaya koymak ve aralarındaki sınırı tespit etmek mümkün değildir⁴⁹⁶. Yargı kararlarında da bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapıldığı ve genel ilkelerin net bir şekilde tespit edildiği söylenemez. Yargıtay, işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin, gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödeyeceğine ilişkin kayıtları, bazı kararlarında ceza koşulu, bazılarında ise götürü tazminat (kira tazminatı) olarak nitelendirmiştir⁴⁹⁷. Bunun yanı sıra Yargıtay, götürü tazminatın amacı bakımından da hatalı bir değerlendirme yapmaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında, götürü tazminatın amacının, tazminat tehdidiyle borçluyu ifaya zorlamak olduğu ifade edilmiştir⁴⁹⁸. Benzer bir durum, doktrin bakımından da söz konusudur. O halde, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesi bakımından, tazminat hukukunun genel ilkelerinden ve ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerden hareket etmek gerekir⁴⁹⁹.

Ceza koşulu; teminat, tazminat ve sözleşmeden dönme amaçlarına hizmet eden, ayrıca Türk Borçlar Kanunu tarafından hükme bağlanmış olan bir kurumdur. Öte yandan ceza koşulu, alacaklının malvarlığı ile ilgili olmayan miktar olarak tespit edilmesi son derece güç olan zarar kalemlerinin telafi edilmesi bakımından da işlevseldir⁵⁰⁰. Bu noktada, haklı olarak, borçlu üzerinde bir psikolojik baskı oluşturarak asıl alacağı teminat altına alan, aynı zamanda asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı fazlasıyla tazmin eden ve Türk Borçlar Kanunu tarafından hükme bağlanmış olan ceza koşulu kurumundan farklı olarak

⁴⁹⁶ Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152; Kapancı, s.676; Ozanoğlu, s.28.

⁴⁹⁷ Yargıtay 15. HD., T.8.7.2004, E.2003/6165, K.2004/3813: “Yanlar arasındaki 22.6.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'ne göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.- TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.- TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir...” (KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006, s.496). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T.3.3.2004, E.2004/629, K.2004/1163 (KOSTAKOĞLU, s.497). Buna karşılık, Yargıtay 15. HD., T.4.10.1988, E.1988/88, K.1988/3118: “Sözleşmenin 2.maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktû kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nın 158/2 maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat)...” dır. (Kostakoğlu, s.543). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T.3.3.2004, E.2004/629, K.2004/1163 (Kostakoğlu, s.497). Ayrıca bkz. Ozanoğlu, s.27.

⁴⁹⁸ Yargıtay 15. HD., T.24.1.2011, E.2009/6894 K.2011/227 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 15. HD., T.6.12.2011, E.2011/515 K.2011/7200 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 23.HD., T.22.10.2014, E.2014/5423 K.2014/6515 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, götürü tazminatın bir baskı aracı olabilmesi için tarafların götürü tazminat anlaşmasıyla, kanun koyucu tarafından belirlenenden daha ağır bir götürü edim kararlaştırmış olmaları gerekir ki böyle bir durum götürü tazminat anlaşmasının doğası ile bağdaşmaz. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sedgwick, s.785, dn.1 (Brightman, s.282, dn.16); Oertli, N. 83.

⁴⁹⁹ Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152; Kapancı, s.676; Ozanoğlu, s.28.

⁵⁰⁰ Oertli, N.227.

götürü tazminat kurumuna ihtiyaç olup olmadığı; hatta götürü tazminatın gerçekten ceza koşulundan farklı bir kurum olup olmadığı sorusu sorulabilir⁵⁰¹.

Bir görüş, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumuna gerek olmadığı yönündedir⁵⁰². Bu görüş taraftarlarından SARI'ya göre, “*Borca aykırı davranılması halinde ödenecek belirli bir meblağa ilişkin olarak önceden yapılan düzenlemeler cezai şart kavramının kapsamına giren bir durumdur. Aynı şekilde, alacaklının borca aykırılıktan doğan zararın varlığını ve miktarını ispat külfeti bulunmaması cezai şartın temel özelliklerinden biridir. Dolayısıyla borca aykırılık halinde tazmin edilecek zararın miktarına ilişkin olarak önceden yapılan ve alacaklıyı zarara yönelik ispat külfetinden kurtaran anlaşmaların cezai şarttan farklı bir durum olarak ele alınması ve farklı bir kavramla ifade edilmesi için bir sebep ve ihtiyaç bulunmamaktadır*⁵⁰³.” Buna ek olarak SARI, “... BK md.161/1'e göre; taraflar sözleşme cezasının içeriğini ve miktarını tayinde serbesttir. Bu çerçevede taraflar; zararının olmadığını veya belirlenen miktarda bulunmadığını ispatla borçlunun, sözleşme cezasını kısmen veya tamamen ödemekten kurtulabileceğini kararlaştırabilirler. Bu tür bir anlaşma, kanunun tanıdığı imkan çerçevesinde, cezai şarta ilişkin hükümlerin değiştirilmesi anlamı taşıyacaktır. Ancak, bu değişiklik, mevcut düzenlemenin cezai şart olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır⁵⁰⁴” demektedir. Buna karşılık, TBK md.180 f.1'de belirtilen, “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ödenmesi gerekir” hükmünün, borçluya, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması nedeniyle alacaklının hiçbir zarara uğramadığını ispat ederek kararlaştırılan cezayı kısmen veya tamamen ödemekten kurtulma imkanı tanımadığı ifade edilmektedir⁵⁰⁵. Aksi halde ceza koşulu, teminat işlevini yerine getiremez⁵⁰⁶. Cezanın talep edilebilmesi, alacaklının zararı ispat etmesi şartına da bağlanamaz. Çünkü böyle bir şart, ceza koşulunun zarardan bağımsız olması niteliğine uygun düşmez ve kararlaştırılan edimin, ceza koşulu niteliğini kaybetmesine neden olur⁵⁰⁷. Öte yandan, bazı yazarlar tarafından da ceza koşulunun, götürü tazminat niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁵⁰⁸.

Gerek kararlaştırılan cezanın gerekse götürü tazminatın talep edilebilmesi için, her şeyden önce asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması gerekir⁵⁰⁹. Asıl borcun ihlal edilmesi, ceza koşulunun ve götürü tazminatın ileri sürülebilmesi bakımından

⁵⁰¹ Oertli, N.228.

⁵⁰² Tunçomağ, s.29-30; Sarı, s.303. Alman hukukunda ise Belke, Schlechtriem ve Hager, bu görüştedir (Fischer, Detlev, s.72 vd.).

⁵⁰³ Sarı, s.303.

⁵⁰⁴ Sarı, s.303.

⁵⁰⁵ Tunçomağ, s.48.

⁵⁰⁶ Kocaağa, Cezai Şart, s.46; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153.

⁵⁰⁷ Bilge, s.85; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153.

⁵⁰⁸ Tunçomağ, s.29.

⁵⁰⁹ Oertli, N.229.

aranan ortak bir koşuldur. Bu yönüyle ceza koşulu ve götürü tazminatın birbirine benzediği doğrudur. Ancak aralarında bir ayırım yapılmasını gerekli kılan önemli durumlar da söz konusudur. Doktrine hakim olan görüş⁵¹⁰ ve Yargıtay içtihatları⁵¹¹, ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden ayrılması gerektiği yönündedir.

İstisnai bazı durumlarda kanun koyucu tarafından, ceza koşulunun kararlaştırılması açık veya dolaylı bir biçimde yasaklanmıştır⁵¹². Ancak ceza koşulunun kararlaştırılmasının açık veya dolaylı bir biçimde yasaklanmış olduğu hallerde, götürü tazminat anlaşmalarının yapılması *kural olarak* mümkündür. Örneğin, TBK md.346 uyarınca kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza ödeneceğine veya sonraki kira bedelinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Buna karşılık, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde kiraya verenin uğradığı zararı gidermeye yönelik olarak götürü tazminat anlaşmaları yapılabilir.

Bir başka örnek TMK md.66 hükmüdür. TMK md.66 uyarınca, hiç kimse, dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Her üye, yazılı olarak bildirmek kaydıyla, dernekten çıkma hakkına sahiptir. Kişiyi dernek üyeliğine zorlamak amacıyla kararlaştırılan ceza koşulları geçerli değildir⁵¹³. Çünkü dernekten çıkma hakkı, üyeler tanınmış önemli ve vazgeçilemez kişilik haklarından; bu hakkın kullanılması ceza koşulu ile zorlaştırılmaz. Buna karşılık dernek üyelerinin, yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde derneğin uğradığı zararı gidermeye yönelik olarak ödenecek tazminat, dernek tüzüğünde götürü olarak belirlenmiş olabilir⁵¹⁴. Çünkü dernek üyelerinin, TMK md.70 uyarınca ödenti verme yükümlülüğü söz konusudur. Ödenti, tüzükle düzenlenir. Tüzükte düzenleme yoksa üyeler, dernek amacının gerçekleşmesi ve borçların karşılanması için zorunlu ödentilere eşit olarak katılırlar. Dernekten çıkan veya çıkarılan üye, üye olduğu sürenin ödentisini vermek zorundadır. Bunun yanı sıra, TBK md.71 uyarınca üyeler, dernek düzenine uymak ve derneğe sadakat göstermekle yükümlüdürler. Her üye, derneğin amacına uygun davranmak, özellikle amacın gerçekleşmesini güçleştirici veya engelleyici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

⁵¹⁰ Kocaağa, Cezai Şart, s.49 vd.; Erdem, Götürü Tazminat, s.120 vd.; Kapancı, s.675 vd.; Yıldırım, s.36; Cansel/Özel, s.716; Fischer, Detlev, s.167 vd.; Oertli, N.263; Fischer, Thomas, s.161 vd.

⁵¹¹ Yargıtay, götürü tazminatı “kira tazminatı” olarak adlandırmaktadır. Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farka işaret ettiği bir kararında Yargıtay, sözleşmede yer alan “inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri” şeklindeki kaydın sözleşmedeki özelliği itibarıyla, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD., T.4.10.1988, E.1988/88 K.1988/3118 (Kocaağa, Cezai Şart, s.54).

⁵¹² Bkz. Tunçomağ, s.55 vd.; Kocaağa, Cezai Şart, s.78 vd.

⁵¹³ Tunçomağ, s.56; Kocaağa, Cezai Şart, s.80.

⁵¹⁴ Oertli, N.107.

Benzer bir durum, kooperatif ortaklığından çıkma hakkı bakımından söz konusudur. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesi, ortaklıktan çıkma serbestisine ilişkindir. İlgili madde uyarınca, her ortağın kooperatiften çıkma hakkı vardır. Ayrıca 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kooperatif ortağının hiçbir şekilde kooperatiften çıkamayacağına ilişkin kooperatif ana sözleşmesine konulan kayıtlar hükümsüzdür. Buradan hareketle, kişiyi kooperatif ortağı olmaya zorlayan veya kooperatif ortaklığından çıkmayı güçleştiren ceza koşullarının geçersiz olduğu ileri sürülmektedir⁵¹⁵. Buna karşılık bazı hallerde, ortağın kooperatiften çıkması, kooperatifin varlığını tehlikeye düşürebilir; kooperatifi telafisi mümkün olmayan bir zarara uğratabilir⁵¹⁶. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 10. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde, kooperatiften çıkmak isteyen ortağın, uygun bir tazminat ödemesine ilişkin bir hüküm kooperatif ana sözleşmesine konulabilir. Doktrinde çıkma (ayrılma) tazminatı olarak adlandırılan bu tazminatın amacı, ortağın kooperatiften çıkmasını engellemek veya kooperatiften çıkma keyfiyetini kısıtlamak değildir; çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde, kooperatifin uğrayacağı zararı telafi etmektir⁵¹⁷. Sonuç olarak, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu uyarınca, ortağın kooperatiften çıkma hakkının kullanılması ceza koşulu ile zorlaştırılmaz; buna karşılık çıkma keyfiyetinin kooperatifin varlığını tehlikeye düşürmesi halinde kooperatifin uğrayacağı zararı telafi etmek üzere uygun bir tazminat, kooperatif ana sözleşmesinde götürü olarak belirlenebilir.

TBK md.512 hükmünün 1. cümlesi uyarınca, vekalet veren ve vekil, her zaman vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Buna, serbest fesih (das freie Auflösungsrecht) hakkı veya tam zamanlı fesih hakkı da denmektedir⁵¹⁸. Yerleşik Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere, vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesini düzenleyen TBK md.512 hükmünün 1. cümlesi, emredici niteliktedir. Yani serbest fesih hakkı, sözleşmeyle kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz⁵¹⁹. Bu nedenle vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir⁵²⁰. Ancak TBK md.512 hükmünün 2. cümlesi uyarınca, uygun olmayan zamanda vekalet sözleşmesini

⁵¹⁵ Kocaağa, Cezai Şart, s.80.

⁵¹⁶ Can, Mustafa Erdem: Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, 2007, s.75.

⁵¹⁷ Can, s.75.

⁵¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Gümüş, C.II, s.195 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s.623 vd.; Yavuz, s.1185 vd.; Eren, Özel Hükümler, s.736; Akıncı, s.54 vd.

⁵¹⁹ Gümüş, C.I, s.197; Yavuz, s.1186; Zevkliler/Gökyayla, s.624-625; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.623-624; Akıncı, s.67.

⁵²⁰ Yargıtay 13. HD., T.7.11.1997, E.1997/7395 K.1997/8923 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 13. HD., T.16.5.2013, E.2013/8249 K.2013/12850 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

sona erdiren taraf, diğ er tarafın bundan doğ an zararını gidermek zorundadır. Bu noktada, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zarara odaklanan götürü tazminat anlaşmaları yapılabilir⁵²¹. Ancak yukarıda da ifade edildiğ i üzere, tazmini istenecek zararın kapsamı tartışmalıdır⁵²². Bazı yazarlara göre, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde, yalnızca menfi zarar talep edilebilir⁵²³. Buna karşılık bazı yazarlara göre, tazminat menfi zararla sınırlı olmayıp, müspet zararın tazmini de istenebilir⁵²⁴. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, serbest fesih hakkının sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir. Bu durumun ise, hakkın niteliğ i ile bağdaşmadığı; bu nedenle, bu görüş e ihtiyatla yaklaşılması gerektiğ i ifade edilmektedir⁵²⁵.

Taraflar arasında söz konusu olan sözleşmenin yabancı unsurlu olması halinde, uygulanacak yetkili hukuk, hukuk politikası olarak ceza koşulu kararlaştırılmasına uygun olmayabilir. Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından durum böyledir. İşte bu gibi hallerde de götürü tazminat anlaşmaları yapılabilir.

Bazı hallerde de taraflar, ceza koşulu kararlaştırmak istemezler. Çünkü ceza koşulu borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlar. Borçlu ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin kararlaştırılan ceza kural olarak ödenir⁵²⁶. Böylelikle ceza koşulu, yalnızca alacaklının menfaatine hizmet eder⁵²⁷. Ancak bazı hallerde tarafların amacı borçluyu baskı altında tutarak ifayı teminat altına almak olmayabilir. Gerçekten bazı hallerde taraflar, hakimin müdahalesini dışlayarak, aralarında söz konusu olan sözleşmesel borç ilişkisi bakımından şeffaflığın ve hukuki güvenliğ in sağlanmasını; bu noktada da sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit etmek isteyebilirler⁵²⁸. Çünkü taraflar, aralarında bir götürü tazminat anlaşması yaparken, götürü tazminat anlaşmasının bağlı olduğu asıl sözleşmenin iç erdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışırlar; bu da onlara bir menfaat-risk analizi, başka bir deyiş le kar-zarar hesabı yapma imkanı tanır⁵²⁹. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, olası bir ihtilaf

⁵²¹ Aynı görüşte bkz. BGE 109 II 462 (Erdem, Götürü Tazminat, s.118); Oertli, N.397.

⁵²² Bu tartışma hakkında detaylı bilgi için bkz. Gümüş, C.II, s.200; Gökyayla, Emre: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azil ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s.114 vd.

⁵²³ Gökyayla, Azil ve İstifa, s.114; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.640; Yavuz, Özel Hükümler, s.1220-1221; Özkaya, Vekalet, s.862. Ayrıca bkz. BGE 109 II 462 vd. (469 vd.) E. 4d; 110 II 380 vd. (386) E. 4b (Oertli, N.382, dn.590).

⁵²⁴ Gümüş, C.II, s.200.

⁵²⁵ Gökyayla, Azil ve İstifa, s.116.

⁵²⁶ Kocaağa, Cezaî Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Bilge, s.108; Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğ lu, Ahmet, s.786 vd.

⁵²⁷ Kapancı, s.677.

⁵²⁸ McCormick, s.107.

⁵²⁹ Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar⁵³⁰. Bunun yanı sıra, sözleşmenin ihlali halinde, kanunda soyut ifadeler ile anlatılan hukuki sonuçlar yerine menfaat-risk analizine dayanan somut bir meblağ, borçluya daha çok şey ifade edecektir⁵³¹. Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde söz konusu olabilecek hukuki sonuçlar hakkındaki belirsizliğin yerini, sözleşmenin iki tarafı için de en azından bir rakam veya bir yüzdelik oran şeklinde olmak üzere net ve şeffaf bir düzenleme alır⁵³². Bu durum, özellikle aksini ispat etme imkanı bulunmayan mutlak götürü tazminat anlaşmaları bakımından geçerlidir. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarının bir türü olan asgari götürü tazminat anlaşmalarında da tazminat alacaklısı en az ne kadar alacağını; tazminat borçlusuna da en az ne kadar ödeyeceğini bilir. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarının bir türü olan azami götürü tazminat anlaşmaları bakımından ise tazminat borçlusuna en fazla ne kadar ödeyeceğini; tazminat alacaklısı da en çok ne kadar talep edebileceğini önceden bilir. Nispi yani aksi ispat edilebilir götürü tazminat anlaşmalarında dahi sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat bakımından bir şeffaflık söz konusudur. Şöyle ki tazminat alacaklısı, karşılaştırılan götürü tazminat ediminden daha fazla zarara uğradığını ispat edemez ise, tazminat borçlusundan ne kadar tazminat talep edebileceğini en baştan bilir. Öte yandan tazminat borçlusuna da, alacaklısının götürü tazminat ediminden daha az zarara uğradığını ispat edememesi halinde, tazminat alacaklısına ne kadar tazminat ödeyeceğini bilir⁵³³. Görüldüğü üzere, ceza koşulunun aksine götürü tazminat anlaşmaları, her iki tarafında da menfaatindedir. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, hem TBK md.50 vd. hükümleri uyarınca söz konusu olan hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini hem de TBK md.182 f.3 uyarınca söz konusu olan aşırı ceza koşulunu indirmeye yönelik takdir yetkisini dışlayabilirler.

Ceza koşulu karşılaştırılmasının kanun koyucu tarafından açık veya dolaylı olarak yasaklanmış olması ve en önemlisi de bazı anlaşmalarda, tarafların amaçlarının ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlardan farklı olması nedeniyle, götürü tazminatın ceza koşulundan ayırt edilmesi zorunlu ve kaçınılmazdır. Çünkü tarafların amaçlarının, ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlardan farklı olması halinde tarafların iradelerinin ceza koşuluna ilişkin TBK md.179 ve devamı hükümlerine tabi tutulması düşünülemez.

⁵³⁰ Kapancı, s.666.

⁵³¹ Oertli, N.79.

⁵³² Lindacher, s. 145 (Oertli, N.76, dn.80).

⁵³³ Oertli, N.76, dn.80.

2.1.3 Götürü Tazminat ile Ceza Koşulu Arasındaki Farklar

2.1.3.1 Amaç Bakımından

Taraflar götürü tazminat anlaşması yaparken, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirlerler. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler⁵³⁴. Böylelikle götürü tazminat, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacıyla hizmet eder⁵³⁵. Götürü tazminatın, ceza koşulu gibi borçlu üzerinde bir baskı meydana getirip getirmediği tartışmalıdır. Götürü tazminatın, ceza koşulundan farklı olarak borçluyu baskı altında tutma ve sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, borçluyu cezalandırma işlevinin olmadığından bahsedilmektedir⁵³⁶. Çünkü götürü tazminatın bir baskı aracı olabilmesi için tarafların götürü tazminat anlaşmasıyla, hakim tarafından belirlenecek olan tazminattan daha ağır bir tazminat kararlaştırmış olmaları gerekir ki, böyle bir durum götürü tazminatın doğası ile bağdaşmaz⁵³⁷.

Götürü tazminatın, borçlu üzerinde herhangi bir baskı yaratıp yaratmadığı hususunda, doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş uyarınca, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması, borçlu üzerinde herhangi bir baskıya neden olmaz⁵³⁸. İkinci görüş uyarınca, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması, borçlu üzerinde *dolaylı* olarak bir baskı yaratır⁵³⁹.

Kanaatimizce, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, dolaylı da olsa, borçlu üzerinde bir çeşit baskı meydana gelir. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi

⁵³⁴ Kapancı, s.665.

⁵³⁵ Oertli, N.81, 271; Benjamin, s.602; Wilkinson-Ryan, s.642; Arndt, s.14, 34; Stole, s.583; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.666, 679; Kocaağa, Cezai Şart, s.53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Yıldırım, s.36, 37; Ozanoğlu, s.24.

⁵³⁶ Benjamin, s.602; McCormick, s.103; Brightman, s.277; Oertli, N.82, 271; Sweet, s.92; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.679; Tunçomağ, s.49; Kocaağa, Cezai Şart, s.53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150, 153; Ozanoğlu, s.28; Yıldırım, s.36, 37. Ayrıca bkz. Dubinsky v. Wells Bros., 218 Mass. 232, 105 N. E. 1004 (1914) (The Yale Law Journal, Vol.31, No.8, p.895); Seman v. Bieman, 108 Wis. 365, 84 N. W. 490 (1900) (The Yale Law Journal, Vol.31, No.8, p.895).

⁵³⁷ Sedgwick, s.785, dn.1 (Brightman, s.282, dn.16); Oertli, N. 83. Buna karşılık bazı Yargıtay kararlarında, götürü tazminatın amacının, tazminat tehdidiyle borçluyu ifaya zorlamak olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD., T.24.1.2011, E.2009/6894 K.2011/227 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 15. HD., T.6.12.2011, E.2011/515 K.2011/7200 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 23.HD., T.22.10.2014, E.2014/5423 K.2014/6515 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Kanaatimizce, bu tespit son derece isabetsizdir. Çünkü götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki temel farklılık amaç bakımındadır; diğer farklılıkların ise amaç unsuruna göre şekillendiği söylenebilir.

⁵³⁸ Larenz, s.384 (Oertli, N.84, dn.93); Ozanoğlu, s.28. Hatta Wilkinson-Ryan'a göre, taraflar, sözleşme ihlalinin sonuçlarını bildikleri zaman, sözleşmeyi daha kolay ihlal ediyor, sözleşmeyi ihlal etmekten manevi olarak da rahatsızlık duymuyor ve sözleşmenin ihlalini ahlaka aykırılık olarak değerlendirmiyor. Bkz. s.671.

⁵³⁹ Gauch, N.710 (Oertli, N.84); Kapancı, s.666.

ifa etmesi konusunda borçluyu motive eder⁵⁴⁰; borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını sağlar⁵⁴¹. Bazı yazarlara göre taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, borçlu bakımından ikincil bir baskı aracıdır⁵⁴². Şöyle ki borçlu bakımından, somutlaşmış bir götürü tazminat edimi, soyut bir kanuni düzenlemeye göre daha güçlü bir psikolojik etkiye sahiptir⁵⁴³. Ancak unutulmamalıdır ki, götürü tazminatın temel amacı, ceza koşulundan farklı olarak, borçlu üzerinde baskı kurmak değil; sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesidir⁵⁴⁴. Sonuç itibarıyla, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlamak, ceza koşulunun temel amaçlarından biridir. Ceza koşulu bakımından son derece önemli olan baskı unsuru, götürü tazminat bakımından ancak dolaylı olarak, başka bir deyişle bir yan etki olarak ortaya çıkar. Bu nedenle borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacı, ceza koşulu bakımından belirleyici bir husus iken bu amaç, götürü tazminat bakımından belirleyici bir husus olarak değerlendirilemez. O halde, götürü tazminat ile ceza koşulu arasında şöyle bir bağlantı kurulabilir: Zararın giderilmesi amacının ağır basması halinde götürü tazminattan, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlamak amacının ağır basması halinde ise ceza koşulundan bahsedilir⁵⁴⁵.

2.1.3.2 Zarar ile İlişkisi Bakımından

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının kararlaştırılan götürü tazminat alacağını talep edebilmesi için sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁵⁴⁶. Asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir⁵⁴⁷. Bir başka deyişle,

⁵⁴⁰ Oertli, N.84; Kapancı, s.666.

⁵⁴¹ Kapancı, s.666.

⁵⁴² Oertli, N.83; Kapancı,

⁵⁴³ Fischer, Detlev, s.170; Oertli, N.84; Erdem, Götürü Tazminat, s.102; Kapancı, s.666.

⁵⁴⁴ Oertli, N.82.

⁵⁴⁵ Kapancı, s.666-667, dn.52.

⁵⁴⁶ Oertli, N.188; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781. Akdi sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Uygur, C.III, s.3136 vd.

⁵⁴⁷ Oertli, N.188. Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından da Asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı, herhangi bir zarara uğramamış ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, bir ceza koşulu olarak değerlendirilmekte ve geçersiz kabul edilmektedir. Böylelikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklı, herhangi bir zarara uğramamış ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi alacaklıya ödenmemektedir. Bkz. Dunn v. Morgenthau, 73 App. Div. 147, 76 N. Y. Supp. 827, affirmed in 175 N. Y. 518, 67 N. E. 1081 (1903) (The Yale Law Journal, Vol.30, No.3, p.299); Disosway v. Edwards, 134 N. C. 254, 46 S. E. 501 (1904) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Caplan v. Schroeder, 56 Cal. 2d 515, 364 P.2d 321, 15 Cal. Rptr. 145 (1961) (Sweet, s.139, dn.272); Freedman v. Rector, 37 Cal. 2d 16, 230 P.2d 629 (1951) (Sweet, s.139, dn.272); Petrovich v. City of Arcadia, 36 Cal. 2d 78, 222 P.2d 231 (1950) (Sweet, s.139, dn.272); Olson v. Biola Cooperative Raisin Growers Ass'n, 33 Cal. 2d 664, 204 P.2d 10 (1949) (Sweet, s.139, dn.272); Webster v. Garette, 10 Cal. App. 2d 610, 52 P.2d 550 (3d Dist. 1935) (Sweet, s.139,

götürü tazminat, ceza koşulu gibi zarardan bağımsız değildir⁵⁴⁸. TBK md.180 f.1 uyarınca alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa bile, karşılaştırılan cezanın ifası gerekir. Bununla birlikte, bazı yazarlar tarafından götürü tazminatın zarardan bağımsız olduğu iddia edilmiştir⁵⁴⁹. Ancak bu görüşün reddedilmesi gerekir. Çünkü götürü tazminatın zarardan bağımsızlığı, sorumluluk hukuku ve tazminat ödeme yükümlülüğü anlayışı ile bağdaşmaz⁵⁵⁰.

Asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar, bazen karşılaştırılan ceza koşulundan daha fazla olabilir. Bu durumda, alacaklı aşkın zararının borçludan giderilmesini isteyebilir. TBK md.180 f.2 hükmü, alacaklıya bu imkanı, borçlunun kusurunu ispat etmesi şartıyla tanımaktadır⁵⁵¹. Acaba götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, taraflardan birinin gerçek zararı ispat ederek götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktarı ödemesi veya talep etmesi mümkün müdür? Öncelikle, bu sorunun cevabı, götürü tazminat anlaşmasının türüne göre değişir⁵⁵². Bununla birlikte, götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarı kadar olduğu kabul edilir⁵⁵³.

2.1.3.3 Kusur ile İlişkisi Bakımından

Karşılaştırılan götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için borçlunun, asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir⁵⁵⁴. TBK md.114 f.1 uyarınca borçlu, her türlü kusurundan sorumludur. Buradan hareketle, sözleşmeden doğan sorumluluğun, kural olarak kusur sorumluluğu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵⁵. Yani sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru, borçlunun kusurudur⁵⁵⁶. Gerçekten TBK md.112 uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Yani, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmiş olması tek

dn.272); *White v. City of San Diego*, 126 Cal. App. 501, 14 p.2d 1062 (4th Dist. 1932) (Sweet, s.139, dn.272); *Mente & Co. v. Fresno Compress & Whse. Co.*, 113 Cal. App. 325, 298 P. 126 (4th Dist. 1931) (Sweet, s.139, dn.272); *Jakovich v. Romer*, 74 Cal. App. 333, 240 P.39 (1st Dist. 1925) (Sweet, s.139, dn.272).

⁵⁴⁸ Oertli, N.188; Sweet, s.139; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

⁵⁴⁹ Bkz. Hess, s.160; Lindacher, s.158 vd. (Oertli, N.188, dn.267); Fischer, Detlev, s.173 vd. Ayrıca bkz. *United States v. Bethlehem Steel Co.*, 205 U. S. 105 (1906) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.383); *Kelso v. Reid*, 145 Pa. 606, 23 Atl. 323 (1892) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.383).

⁵⁵⁰ Oertli, N.188; Sweet, s.139.

⁵⁵¹ Bilge, s.110-111; Tunçomağ, s.123; Kocaağa, Cezai Şart, s.210; Eren, Genel Hükümler, s.1187; Kılıçoğlu, Ahmet, s.785; Oğuzman/Öz, C.II, s.534.

⁵⁵² Oertli, N.205. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §5. Götürü Tazminatın Türleri.

⁵⁵³ Oertli, N.51; Benjamin, s.604.

⁵⁵⁴ Oertli, N.192.

⁵⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1060.

⁵⁵⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.417; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.874 vd.; Aral, Kötü İfa, s.180; Eren, Genel Hükümler, s.1060.

başına yeterli değildir. Buna karşılık, ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru aranmaz; borca objektif aykırılık yeterlidir⁵⁵⁷. Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin kararlaştırılan ceza koşulu kural olarak ödenir⁵⁵⁸. Bir başka deyişle, götürü tazminat, ceza koşulu gibi borçlunun kusurundan bağımsız değildir. Çünkü ceza koşulunun ileri sürülebilmesinden farklı olarak, götürü tazminat alacağının ileri sürülebilmesi için mutlaka bir tazminat yükümlülüğünün söz konusu olması gerekir⁵⁵⁹. Buna karşılık istisnai bazı hallerde, özellikle bir kanun hükmüne dayanan hallerde borçlu sebep ilkesine göre sorumlu olur. Örneğin, TBK md.116 uyarınca borçlu, yardımcı kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zarardan kusur şartı aranmaksızın sebep ilkesine göre sorumludur⁵⁶⁰.

TBK md.180 f.2 uyarınca, alacaklının uğradığı zarar, kararlaştırılan ceza koşulunu aşılırsa alacaklı, borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez. Buna göre, kararlaştırılan ceza koşulunu aşan zararın tazminini isteyebilmek için alacaklının hem uğramış olduğu aşkın zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir⁵⁶¹. TBK md.112’de, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, *borçlu aleyhine aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi* öngörülmüştür. Kararlaştırılan ceza koşulunu aşan zararın talep edilmesi bakımından borçlunun kusurunu ispat yükünün alacaklının üzerinde olması, TBK md.112’de düzenlenen borçlu aleyhine kusur karinesinin bir istisnasıdır⁵⁶². Buna karşılık, TBK md.112’de düzenlenen borçlu aleyhine kusur karinesi, aksi kararlaştırılmış olmadıkça götürü tazminat anlaşmaları bakımından da geçerlidir⁵⁶³. O halde taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde de borçlu, sözleşmenin ihlal edilmesinde kusurunun bulunmadığını ispat yükü altındadır⁵⁶⁴.

2.1.3.4 Asıl Borcun İfası ile İlişkisi Bakımından

TBK md.179 f.1 uyarınca, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmek üzere bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ifasını ya da cezanın ödenmesini isteyebilir. Buna, seçimlik ceza koşulu denir. Seçimlik ceza koşulunda alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Asıl borcun hiç veya gereği

⁵⁵⁷ Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786 vd.

⁵⁵⁸ Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Bilge, s.108; Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786 vd.

⁵⁵⁹ Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

⁵⁶⁰ Oertli, N.192, dn.270; Eren, Genel Hükümler, s.1060.

⁵⁶¹ Tunçomağ, s.123; Kocaağa, Cezai Şart, s.210.

⁵⁶² Bilge, s.111; Eren, Genel Hükümler, s.1187; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786; Oğuzman/Öz, C.II, s.534.

⁵⁶³ Oertli, N.201.

⁵⁶⁴ Oertli, N.201; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.151.

gibi yerine getirilmemesi halinde ya asıl borcun ifasını talep edebilir ya da bundan vazgeçerek ceza koşulunun ödenmesini ister. Seçimlik ceza koşulunda alacaklı, hem asıl edimin ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini isteyemez⁵⁶⁵.

TBK md.179 f.2 uyarınca ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, alacaklı asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Bu hüküm ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkindir. İfaya eklenen ceza koşulunda, alacaklı hem ifanın yerine getirilmesini hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilir. Burada taleplerin yığılması, başka bir deyişle toplanması söz konusudur⁵⁶⁶. TBK md.179 f.2 uyarınca alacaklı ifayı bir çekince koymadan kabul ederse, ceza koşulundan vazgeçmiş sayılır. Yani, ifanın kabulü sırasında alacaklı, cezayı talep hakkını saklı tutmamışsa, sonradan kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edemez⁵⁶⁷.

Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, alacaklı ifanın kabulü sırasında götürü tazminatı talep hakkını saklı tutmasa bile sonradan götürü tazminatın ifasını talep edebilir⁵⁶⁸. Çünkü kararlaştırılan götürü tazminatın talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır⁵⁶⁹. Yani götürü tazminatın talep edilebilmesi için, tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir⁵⁷⁰. Götürü tazminat anlaşmasının konusu, tazminatın miktarıdır; tazminat yükümlülüğüne ilişkin diğer şartlar bakımından bir değişiklik söz konusu olmaz⁵⁷¹. Bunun yanı sıra, götürü tazminat anlaşması, kural olarak aynen ifa talebini ortadan kaldırmaz⁵⁷². Götürü tazminat anlaşması ile

⁵⁶⁵ Kocaağa, Cezai Şart, s.147; Eren, Genel Hükümler, s.1184; Kılıçoğlu, Ahmet, s.780; Oğuzman/Öz, C.II, s.527.

⁵⁶⁶ Tunçomağ, s.45-46; Kocaağa, Cezai Şart, s.150; Eren, Genel Hükümler, s.1185; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781; Oğuzman/Öz, C.II, s.528-529.

⁵⁶⁷ Tunçomağ, s.115; Kocaağa, Cezai Şart, s.51, 153; Eren, Genel Hükümler, s.1185-1186; Kılıçoğlu, Ahmet, s.782; Oğuzman/Öz, C.II, s.529-530.

⁵⁶⁸ Yargıtay 15. HD., T.4.10.1988, E.1988/88, K.1988/3118: “...Sözleşmenin 2. maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL. tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla, BK'nın 158/2. maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat) bulunduğundan teslimde arsa sahibinin (alacaklının) ihtirazî kayıt ileri sürmesi gerekmediği...” (Kostakoğlu, s.543). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T.26.10.1988, E.1988/1469, K.1988/3388 (Kostakoğlu, s.541); Yargıtay 15. HD., T.5.5.1999, E.1999/1119, K.1999/1769 (Kostakoğlu, s.541); Yargıtay 15. HD., T.2.5.1989, E.1988/4095, K.1989/2245 (Kostakoğlu, s.542); Aynı görüşte bkz. Oertli, N.269; Kocaağa, Cezai Şart, s.51; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.151; Ozanoğlu, s.25-26.

⁵⁶⁹ Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

⁵⁷⁰ Oertli, N.184.

⁵⁷¹ Erdem, Götürü Tazminat, s.121.

⁵⁷² Oertli, N.215; Sweet, s.141. Ayrıca bkz. Hubbard v. Johnson, 77 Me. 139 (1885) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Koch v. Streuter, 218 Ill. 546, 75 N. E. 1049 (1905) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Diamond Match Co. v. Roeber, 106 N. Y. 473, 13 N. E. 419 (1887) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Richardson v. Terry (Tex. Civ. App. 1919) 212 S. W. 523 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Amanda G M. Co. v. People's M. Co. (1901) 28 Colo.

taraflar, yalnızca doğması muhtemel bir tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak ödenecek tazminat miktarını önceden belirlemiş olurlar⁵⁷³. Ayrıca taraflar yine aralarında yapacakları bir götürü tazminat anlaşması ile aynen ifa talebinden vazgeçebilirler ve bunun yerine borçlunun götürü olarak belirlenen tazminatı ödemesini kararlaştırabilirler⁵⁷⁴. Borcun aynen ifası ile götürü tazminat alacağının bir arada talep edilip edilmeyeceğinin tespitinde belirleyici olan husus, götürü tazminat ediminin hangi zararı gidermeye yönelik olarak kararlaştırıldığıdır. Bu durum, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ile açıklığa kavuşturulur⁵⁷⁵. Örneğin, borçlunun temerrüdü halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat, alacaklının ifanın gecikmesi dolayısıyla uğramış olduğu zararı gidermeye yöneliktir. Bu nedenle, alacaklı aynen ifa ile birlikte götürü tazminatın ödenmesini talep edebilir⁵⁷⁶. Öte yandan götürü tazminat, aynı zamanda ifa menfaatini de karşılıyor ise, bu durumda tarafların aynen ifa talebini dışladığı sonucuna ulaşılır. Yani götürü tazminatın aynı zamanda ifa menfaatini de karşıladığı hallerde alacaklı, yalnızca götürü tazminatı talep edebilir; borcun aynen ifasını isteyemez⁵⁷⁷.

2.1.3.5 Kararlaştırılan Edimin Konusu Bakımından

Ceza koşulunun konusunun mutlaka para olması gerekmez. Ekonomik bir değere sahip olmak şartıyla, para dışındaki şeyler ve fiiller de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Örneğin bir kıymetli evrakın devri, bir malın teslimi, bir iş görme edimi, bir borç ilişkisinin kurulması veya ibra sözleşmesi yapılması ve borcun yüklenilmesi gibi edimler de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir⁵⁷⁸. Buna karşılık, götürü tazminat olarak, çoğu zaman sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, bir miktar paranın alacaklıya ödenmesi kararlaştırılır⁵⁷⁹. Ayrıca götürü tazminatın, çoğu zaman bir defada toptan sermaye şeklinde ödenmesi kararlaştırılır. Ancak taraflar, götürü tazminatın irat şeklinde ödenmesine de karar verebilir.

251, 255, 64 Pac. 218 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Melton v. Stuart, 213 Ala. 574, 105 So. 659 (1925) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Rogers v. Dorrance, 140 Md. 419, 117 Atl. 564 (1922); Brown v. Friedberg, 127 Va. 1, 102 S. E. 468 (1920) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Murphy v. U. S. Guaranty Co., 100 App. Div. 931 (N. Y. 1905) (J.F.H., s.223, dn.15); Bacigalupi v. Phoenix Building Co., 112 Pac. Rep. 892 (cal. 1910) (J.F.H., s.223, dn.15); Bauer v. Sawyer, 8 Ill. 2d 351, 134 N.E.2d 329 (1956) (Sweet, s.141, dn.284).

⁵⁷³ Oertli, N.215.

⁵⁷⁴ Oertli, N.215; Tandoğan, Mesuliyet, s.405; Eren, Genel Hükümler, s.1029.

⁵⁷⁵ Oertli, N.157, 184, 189, 216.

⁵⁷⁶ Oertli, N.216.

⁵⁷⁷ Oertli, N.216. Ayrıca bkz. Blair v. Bird, 20 S. W. (2d) 843 (Tex. Civ. App. 1929) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Davis v. Eisenstein, 257 Ill. 260, 100 N. E. 940 (1913) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378; Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Phaneuf v. Corey, 190 Mass. 237 (1906) (J.F.H., s.223, dn.16); Gillet v. Young, 101 Pac. Rep. 766 (Colo. 1909) (J.F.H., s.223, dn.16).

⁵⁷⁸ Tunçomağ, s.65 vd.; Kocaağa, Cezai Şart, s.108-109.

⁵⁷⁹ Oertli, N.40, 118.

2.1.3.6 Uygulanacak Hükümler Bakımından

Götürü tazminat anlaşmasının, *sui generis* bir anlaşma olduğu daha önce belirtilmişti. Buna karşılık ceza koşulu, TBK md.179 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş bir kurumdur. Bu nedenle, götürü tazminat genel hükümlere tabidir⁵⁸⁰ ve ceza koşuluna ilişkin kuralların, özellikle TBK md.182 f.3 hükmünün, kıyasen de olsa götürü tazminata uygulanması mümkün değildir⁵⁸¹.

TBK md.182 f.3 uyarınca, hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. Aşırı ceza miktarının indirilmesi, hakimin sözleşmeye müdahale etmesi niteliğindedir⁵⁸²; götürü tazminat ise, hakimin takdir yetkisini dışlamaya yöneliktir. Buradan hareketle, hakimin müdahalesinin götürü tazminat anlaşmaları bakımından kabul edilmesine imkan yoktur⁵⁸³.

TBK md.182 f.1 uyarınca, taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Bunun yanı sıra, borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin kararlaştırılan ceza koşulu kural olarak ödenir⁵⁸⁴. İşte, bu noktada kanun koyucu tarafından kusurdan ve zarardan bağımsız olan ceza koşuluna müdahale etme ve ceza koşulunu bir bakıma değiştirme imkanı hakime tanınmıştır. Ceza koşulunun kusurdan ve zarardan bağımsız niteliği düşünüldüğünde, borçlunun korunması gerekli olabilir. Ancak kararlaştırılan götürü tazminat ediminin talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır⁵⁸⁵. Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir⁵⁸⁶. Sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, sözleşmenin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kural olarak, borçlunun sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. Götürü tazminat ediminin talep edilebilmesi bakımından aranan şartlar, TBKmd.182 f.3 hükmünün, götürü tazminat anlaşması bakımından uygulanmasını haklı çıkarmaktan uzaktır. Bu nedenle, götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde, borçlunun özel olarak korunması gerekli değildir.

⁵⁸⁰ Erdem, Götürü Tazminat, s.121-122; Kocaağa, Cezai Şart, s.53-54; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Ozanoğlu, s.30.

⁵⁸¹ Kocaağa, Cezai Şart, s.53-54; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Erdem, Götürü Tazminat, s.121-122; Kapancı, s.680; Ozanoğlu, s.30; Larenz, s.383-384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.11; Ozanoğlu, s.30, dn.69).

⁵⁸² Erdem, Götürü Tazminat, s.122.

⁵⁸³ Fischer, Thomas, s.163 vd.; Erdem, Götürü Tazminat, s.122. Karşı görüş için bkz. Cansel/Özel, s.716; Yıldırım, s.38.

⁵⁸⁴ Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Bilge, s.108; Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786 vd.

⁵⁸⁵ Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

⁵⁸⁶ Oertli, N.184.

2.1.4 Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Sözleşmesel bir kaydın veya bir anlaşmanın götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu mu olduğunun belirlenebilmesi için, her şeyden önce tarafların amacına bakılmalıdır⁵⁸⁷. Tarafların amacı, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit etmek; sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidererek alacaklının malvarlığını iyileştirmek ise götürü tazminat söz konusu olur⁵⁸⁸. Buna karşılık, tarafların amacı, borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlamak ise ceza koşulu söz konusudur⁵⁸⁹. Teorik olarak bu ayrımı yapmak kolaydır. Ancak somut anlaşmalar bakımından tarafların amacını tespit etmek çoğu zaman oldukça zordur⁵⁹⁰.

Taraflar arasında kararlaştırılan edimin türünün belirlenmesi, tamamen yorum meselesidir⁵⁹¹. Taraflar arasında kararlaştırılan edimin türünün belirlenmesinde, öncelikle

⁵⁸⁷ Oertli, N.271; Benjamin, s.602; J.F.H., s.221; Erdem, Götürü Tazminat, s.122-123; Kapancı, s.679; Kocaağa, Cezai Şart, s.52; Yıldırım, s.36, 37; Ozanoğlu, s.29. Ayrıca bkz. Massman Const. Co. v. City Council of Greenville, 147 F.2d 925, 927 (5th Cir. 1945) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Webster v. Garette, 10 Cal. App.2d 610, 614, 52 P.2d 550, 552 (1935) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Florence Wagon Works v. Salmon, 68 S. E., 866 (Ga) (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Hosmer v. True, 19 Barb. (N.Y.), 106 (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Marsh v. Allabaugh, 103 Pa. St., 335; Davis v. U. S., 17 Ct., 201 (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Miller v. Elliott, 1 Ind., 484; Davies v. Freeman, 10 Mich., 188; Wallis v. Carpenter, 13 Allen (Mass.), 19 (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Whitfield v. Levy, 35 N. J. K., 149; Clement v. Cash, 21 N.Y., 253; Watts v. Sheppard, 2 Ala., 425 (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Lynde v. Thompson, 2 Allen (Mass.), 456 (The Yale Law Journal, Vol.20, No.2, 1910, p.153-154); Dyer Bros. Golden West Iron Works v. Central Iron Works (1920) 182 Cal. 588, 189 Pac. 445 (Arndt, s.13, dn.25); Nakawaga v. Okamoto (1913) 164 Cal. 718, 723, 130 Pac. 707 (Arndt, s.13, dn.25); Anahcim Citrus Fruit Ass'n v. Yeoman (1921) 34 Cal. App. Dec. 798, 799, 197 Pac. 959 (Arndt, s.13, dn.25); Strak v. Shemada (1921) 34 Cal. App. Dec. 867, 868 (Arndt, s.13, dn.25).

⁵⁸⁸ Oertli, N.81, 271; Benjamin, s.602; Wilkinson-Ryan, s.642; Arndt, s.14, 34; Stole, s.583; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.666, 679; Kocaağa, Cezai Şart, s.53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Yıldırım, s.36, 37; Ozanoğlu, s.24.

⁵⁸⁹ Benjamin, s.602; McCormick, s.103; Brightman, s.277; Oertli, N.271; Sweet, s.92; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.679; Tunçomağ, s.49; Kocaağa, Cezai Şart, s.53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.150; Ozanoğlu, s.28; Yıldırım, s.36, 37. Ayrıca bkz. Dubinsky v. Wells Bros., 218 Mass. 232, 105 N. E. 1004 (1914) (The Yale Law Journal, Vol.31, No.8, p.895); Seman v. Bieman, 108 Wis. 365, 84 N. W. 490 (1900) (The Yale Law Journal, Vol.31, No.8, p.895). Buna karşılık, bazı Yargıtay kararlarında, götürü tazminatın amacının, tazminat tehdidiyle borçluyu ifaya zorlamak olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD., T.24.1.2011, E.2009/6894 K.2011/227 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 15. HD., T.6.12.2011, E.2011/515 K.2011/7200 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 23.HD., T.22.10.2014, E.2014/5423 K.2014/6515 (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, götürü tazminatın bir baskı aracı olabilmesi için tarafların götürü tazminat anlaşmasıyla, kanun koyucu tarafından belirlenenden daha ağır bir götürü edim kararlaştırmış olmaları gerekir ki böyle bir durum götürü tazminat anlaşmasının doğası ile bağdaşmaz. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sedgwick, s.785, dn.1 (Brightman, s.282, dn.16); Oertli, N. 83. Kanaatimizce, Kanaatimizce, Yargıtay'ın götürü tazminatın amacına ilişkin bu tespiti son derece isabetsizdir. Çünkü borçluyu baskı altında tutarak borçluyu ifaya zorlamak, ceza koşuluna has bir özelliktir.

⁵⁹⁰ Oertli, N.271.

⁵⁹¹ Oertli, N.272; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153.

ilgili anlaşmanın lafzına bakılır⁵⁹². Çünkü taraflar, kararlaştırılan edimin türüne ilişkin kendileri bir nitelendirme yapmış olabilir. Taraflar arasında söz konusu olan anlaşmada, *ceza koşulu*, *sözleşme cezası* veya *ceza ödemesi* gibi bir ifadenin yer alması, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin, ceza koşulu olduğunu gösteren güçlü bir belirtidir⁵⁹³. Çünkü ceza kelimesi, hem günlük dilde hem de hukuk dilinde bir yaptırıma işaret eder⁵⁹⁴. Yani, tarafların amacının yalnızca asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olmadığını gösterir⁵⁹⁵. Buna karşılık, tazminat hukuku dilinin kullanılması, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin götürü tazminat olduğuna işaret eder⁵⁹⁶. Örneğin inşaat sözleşmelerinde kullanılan *geç teslim*, *mahrum kalınan kira bedeli*, *kira tazminatı*, *parça başı*, *gün başı* gibi ifadeler, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin götürü tazminat olduğunu gösterir⁵⁹⁷. Ancak anlaşmanın yorumlanmasında, anlaşmanın lafzı tek başına yeterli değildir⁵⁹⁸. Kaldı ki

⁵⁹² McCormick, s.112, 125; J.F.H., S.220; Sweet, s.144. Ayrıca bkz. Sun Printing and Publishing Association v. Moore, (1902) 183 U. S. 642, 22 Sup. Ct. 240 (Brightman, s.297, dn.70); Simpson Bros. Corporation v. John R. White & Son, In. (C.C. R. I. 1911), 187 Fed. 418 (Michigan Law Review, Vol.10, No.2, 1911, p.138); Brooks v. City of Wichita, 114 Fed. 297 (Michigan Law Review, Vol.10, No.2, 1911, p.138); U. S. v. Alcorn, 145 Fed. 995 (Michigan Law Review, Vol.10, No.2, 1911, p.138); Turner v. City of Fremont, 159 Fed. 221 (Michigan Law Review, Vol.10, No.2, 1911, p.138); Blodget v. Col. Live Stock Co., 164 Fed. 305 (Michigan Law Review, Vol.10, No.2, 1911, p.138); Berger v. Nantz, 172 Ill. App. &23 (1912) (J.F.H., s.221, dn.2); Webster v. Bosaquit, L. R. (1912) Ap. Cas. 394 (J.F.H., s.221, dn.2); Clark v. Britton, 76 N. H. 64 (1911) (J.F.H., s.221, dn.2); Streeter v. Rush (1864) 25 Cal. 67, 71 (Arndt, s.9, dn.12); Nash v. Hermosilla (1858) 9 Cal. 584, 588 (Arndt, s.11, dn.17).

⁵⁹³ Hess, s.238 vd.; Larenz, s.384; Lindacher, s.179 (Oertli, N.273, dn.401).

⁵⁹⁴ Ceza, uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 27 Aralık 2014 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.549946cd7ec4c4.33258753 adresinden erişilmiştir.

⁵⁹⁵ Oertli, N.273.

⁵⁹⁶ Fischer, Thomas, s.173; Oertli, N.274.

⁵⁹⁷ Yargıtay 15. HD., T.13.6.1994, E.1993/5803 K.1994/3856: “Taraflar arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşmalar geçerli olup tarafları bağlar, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılması doğru olmadığı gibi...” (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Yargıtay 15. HD., T.18.9.1990, E.1990/300 K.1990/3422: “Sözleşmenin “inşaat süresi” bölümünde 24 aylık teslim süresi sonundaki gecikme için her ay, aylık 150.000TL kira tazminatı ödeneceği kararlaştırılmıştır.” (27 Aralık 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Götürü tazminat anlaşmalarında kullanılan ifadeler için bkz. McCormick, s.125-126. Ayrıca bkz. Arndt, s.28 vd.

⁵⁹⁸ Oertli, N.274; Benjamin, s.602; McCormick, s.111; Goetz/Scott, s.576; Kocaağa, Cezai Şart, s.53; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.29. İsviçre Federal Mahkemesi de bu hususa işaret etmiştir. Bkz., BGE 95 II 539, Erw. 5; 109 II 468 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153, dn.20; Ozanoğlu, s.29, dn.64). Ayrıca bkz. Kothe v. R. C. Taylor Trust, 280 U.S. 226 (1930) (McCormick, s.112, dn.32); Caesar v. Rubinson, 174 N. Y. 492, 67 N. E. 58 (1903) (McCormick, s.112, dn.33); Condan v. Kemper, 47 Kan. 126, 27 P. 829 (1891) (Goetz/Scott, s.576, dn.59); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Calif. 588, 189 Pac. 444 (1920) (The Yale Law Journal, Vol.31, No.8, 1922, p.895); Clydebank Engineering Co. V. Custaneda, L. R. (1905) App. Cas. 6 (J.F.H., s.221, dn.2); Grunblatt v. McCall & Co., 64 So. Rep. 748 (Fla. 1914) (J.F.H., s.221, dn.2); Diestal v. Stevenson, ‘ K K. 345 (Eng. 1906) (J.F.H., s.221, dn.2). Karşı görüş için bkz. Guerin v. Stacy, (1900) 175 Mass. 595, 56 N. E. 892: “But we heartily agree with the Court of

TBK md.19 f.1 uyarınca, bir sözleşmenin türünün veya içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır⁵⁹⁹. Bu noktada, tarafların menfaat durumları özellikle dikkate alınmalıdır⁶⁰⁰. Tarafların böyle bir sözleşme yapmasının makul ve mantıklı bir davranış biçimi olup olmadığına bakılmalıdır⁶⁰¹.

Taraflar arasında kararlaştırılan edimin türünün belirlenmesinde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edim bakımından tarafların zarara odaklanıp odaklanmadıkları da son derece önemlidir⁶⁰². Çünkü tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulmasıdır⁶⁰³. Bu noktada, zarar ile tazminat arasında sıkı bir bağlantı söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli, zararını karşılamalıdır. Ancak tazminat, zararın azamî miktarıyla da sınırlı olmalı, hiçbir zaman bu miktar aşılmamalıdır⁶⁰⁴. Aksi takdirde sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı yararına bir durum teşkil eder⁶⁰⁵. Götürü tazminat sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararın giderilmesi amacıyla hizmet eder⁶⁰⁶. O halde götürü tazminatın kapsamının (miktarının) belirlenmesinde, götürü tazminatın bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınır⁶⁰⁷. Götürü tazminat ediminin miktarını kararlaştırırken taraflar, götürü tazminat ediminin bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara odaklanmalıdır; en azından meydana gelmesi beklenen tipik zararı tahmin etmeye yönelik bir çaba sarf etmelidir⁶⁰⁸.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarı da son derece önemlidir⁶⁰⁹. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan bir edimin, ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespitinde, bu edimin miktarının, bağlı

Appeals in England that so far as precedent permits, the proper course is to enforce contracts according to their plain meaning and not to undertake to be wiser than the parties, and therefore that in general when parties say that a sum is payable as liquidated damages, they will be taken to mean what they say and will be held to their word.” (Brightman, s.301).

⁵⁹⁹ Arndt’a göre, tarafların gerçek amacı, çoğu zaman, kullandıkları sözcüklerin işaret ettiği amaçtan farklıdır. Bkz. s.13-14. Ayrıca bkz. People v. C. P. R. R. Co. (1888) 76 Cal. 29, 36, 18 Pac. 90 (Arndt, s.14, dn.26); Muldoon v. Lynch (1885) 66 Cal. 536, 540, 6 Pac. 417 (Arndt, s.14, dn.26).

⁶⁰⁰ BGE 122 III 424 (Ozanoğlu, s.29-30, dn.66).

⁶⁰¹ BGE 122 III 424, Erw. 3a; BGE 117 II 609 E. 6c; 116 II 259 E. 5a (Ozanoğlu, s.30, dn.67).

⁶⁰² Benjamin, s.603; Arndt, s.14.

⁶⁰³ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762.

⁶⁰⁴ Yargıtay 4. HD., T.12.1.1982, E.1982/13394 K.1982/274 : “...Uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder.” (YKD 1982, S.5, s.545 vd.).

⁶⁰⁵ Oertli, N.81.

⁶⁰⁶ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

⁶⁰⁷ Oertli, N.119; Kapancı, s.665.

⁶⁰⁸ Oertli, N.294.

⁶⁰⁹ Benjamin, s.603; Oertli, N.278 vd.

bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir zarar tahmini* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakılmalıdır⁶¹⁰. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, makul bir zarar tahmini olarak kabul edilebilmesi durumunda, bu edim, götürü tazminat olarak değerlendirilmelidir⁶¹¹. Buna karşılık, edimin miktarının yüksek olması nedeniyle makul bir zarar tahmini olarak kabul edilememesi durumunda ise bu edim, taraflar üzerinde bir baskı oluşturacağı için ceza koşulu olarak değerlendirilmelidir⁶¹². Ancak, edimin miktarı, tek başına belirleyici değildir. Kararlaştırılan her yüksek miktar, bizi bir ceza koşulunun varlığı sonucuna götürmemelidir⁶¹³. Taraflar arasında kararlaştırılan edimin, bir götürü tazminat olduğu anlaşılıyor ise bu edim, tarafların iradelerinin aksine ceza koşulu olarak nitelendirilmemelidir⁶¹⁴. Çünkü tarafların zarara ilişkin tahmini yanlış olabilir. Bu durumda edimin, bir ceza koşulu olarak kabul edilip TBK md.182 f.3 uyarınca hakim tarafından

⁶¹⁰ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...*”. Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136; Stole, s.582; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, kararlaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : “*It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.*” (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuykill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

⁶¹¹ Oertli, N.278.

⁶¹² RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*... A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.*”. Ayrıca bkz. Oertli, N.232, 278; Benjamin, s.603; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.679. Bu yönde mahkeme kararları için bkz. Whitfield v. Levy, 35 N. J. L. 149 (1871) (J.F.H., s.221, dn.6); Wright v. Bott, 163 S. W. Rep. 360 (Tex. 1914) (J.F.H., s.221, dn.6).

⁶¹³ Larenz, s.384 (Oertli, N.283, dn.419).

⁶¹⁴ Fischer, Thomas, s.163; Oertli, N.283; Kapancı, s.679-680.

indirilmesi, taraf iradelerine aykırıdır; borçlunun, somut olayın koşullarına göre genel hükümler uyarınca başvurabileceği başka hukuki imkanlar söz konusu olabilir⁶¹⁵.

Yüksek tutarlar gibi tek tip tutarlar da çoğu zaman bir ceza koşulunun varlığına işaret eder⁶¹⁶. Çünkü asıl borç, borçlu tarafından farklı şekillerde ihlal edilebilir. İhlal türüne göre alacaklının uğrayacağı zarar değişir. Tek tip tutarlar tarafların, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı dikkate almadıklarını gösterir⁶¹⁷.

Tarafların zarara odaklanarak bir götürü tazminat kararlaştırabilmeleri için, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zararın tahmin edilebilir olması gerekir⁶¹⁸. Aksi takdirde makul bir zarar tahmini mümkün değildir⁶¹⁹. Eğer mevcut koşullar, önceden asıl borcun ihlal edilmesinden önce bir zarar tahmini yapılmasına uygun değilse, kararlaştırılan edimin ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir⁶²⁰; çünkü ceza koşulu, zarardan bağımsız olması nedeniyle sayısal olarak ifade edilmesi son derece zor olan ve kanıtlanamayan zararların tazmin edilmesi bakımından işlevseldir⁶²¹.

⁶¹⁵ Oertli, N.283.

⁶¹⁶ Eggleston, s.58; Benjamin, s.603; McCormick, s.114 vd.; Miller, s.81.

⁶¹⁷ Oertli, N.280; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Eggleston, s.58; McCormick, s.115. Bütün ihlaller bakımından tek tip bir tutarın kararlaştırılması halinde, kararlaştırılan miktar, bazı ihlal türleri bakımından makul bir zarar tahmini olarak kabul edilebilirken, bazı ihlal türleri bakımından makul bir zarar tahmini olmaktan uzak olabilir. Bu durumda, kararlaştırılan edim, her bir ihlal bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu görüş, daha çok Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından savunulmaktadır. Çünkü Anglo Amerikan hukuk sisteminde götürü tazminatlar bakımından ya hep ya hiç anlayışı söz konusu olduğu için, taraf iradelerinin ayakta tutulması adına böyle bir çözüm yolu anlayışla karşılanmalıdır. Bu görüş doğrultusunda verilmiş mahkeme kararları da söz konusudur. Bkz. Hackenheimer v. Kurtzmann, 235 N. Y. 57, 138 N. E. 735 (1923); Raymond v. Edelbrock, 15 N. D. 231, 107 N. W. 194 (1906) (McCormick, s.116-117, dn.44).

⁶¹⁸ Hess, s.167 (Oertli, N.281, dn.414).

⁶¹⁹ Çalışanların ayartılması hali, makul bir zarar tahmininin mümkün olmadığı durumlara örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Oertli, N.281, dn.485.

⁶²⁰ Oertli, N.281.

⁶²¹ BGE 95 II 532 vd.; BGE 103 II 108 vd. (Oertli, N.282, dn.417). Ancak Anglo- Amerikan hukuk sistemi bakımından durum farklıdır; makul bir zarar tahmininin yapılmasının son derece güç hatta imkansız olduğu hallerde de taraflar arasında yapılan götürü tazminat anlaşmalarının geçerli olduğu; asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin alacaklı tarafından talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss.*” Ayrıca bkz. McCormick, s.108, 127; Goetz/Scott, s.559; Brightman, s.288; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.82; Arndt, s.9; Akkayan Yıldırım, s.393. Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Webster v. Bosanquet, A.C. 394 (1912) (The Virginia Law Register, Vol.18, No.5, 1912, pp.387-388); Truck Rent-A-Center, Inc. V. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y. 2d 420, 393 N.Y.S. 2d. 365, 369, 361 N.E. 2d. 1015, 1018 1977 (Yavuztürk, s.233-234); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382); Stark v. Shemada, 187 Cal. 785, 204 Pac. 214 (1922) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Jack v. Sinsheimer, 125 Cal. 563, 58 Pac. 130 (1899) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Hanlon Drydock Co. V. McNear, 70 Cal. App. 204, 232 Pac. 1002 (1st Dist. 1924) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Cal. Steam Nav. Co. V. Wright (1856) 6 Cal. 258, 263 (Arndt, s.10, dn.9); Streeter v. Rush (1864) 25 Cal. 67, 71 (Arndt, s.10, dn.9).

Bir diğ er ayırt edici özellik, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişkidir⁶²². Bu noktada, borçluya, asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklının zarara uğramadığını ispat ederek, kararlaştırılan edimi ödemekten kurtulma imkanının tanınıp tanınmadığına bakılması gerekir⁶²³. Eğer borçluya, bu imkan tanınmış ise bu durum, kararlaştırılan edimin götürü tazminat olduğunu gösterir. Çünkü götürü tazminatın talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir⁶²⁴. Yani götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁶²⁵. Götürü tazminat, ceza koşulu gibi zarardan bağımsız değildir⁶²⁶. Buna karşılık, borçluya asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklının zarara uğramadığını ispat ederek, kararlaştırılan edimi ödemekten kurtulma imkanı tanınmamış ise, ceza koşulundan bahsetmek gerekir. Çünkü TBK md.180 f.1 uyarınca, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.

Taraflar arasında kararlaştırılan edimin türünün belirlenmesinde, asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişki de önemlidir. Bu noktada borçluya, asıl borcun ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek, kararlaştırılan edimi ödemekten kurtulma imkanının tanınıp tanınmadığına bakılması gerekir⁶²⁷. Eğer borçluya, bu imkan tanınmış ise bu durum, kararlaştırılan edimin götürü tazminat olduğunu gösterir. Çünkü kararlaştırılan götürü tazminatın talep edilebilmesi için, borçlunun, asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir⁶²⁸. Gerçekten, TBK md.112 uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Götürü tazminatın talep edilebilmesi için, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmiş olması tek başına yeterli değildir. Buna karşılık borçluya, asıl borcun ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek, kararlaştırılan edimi ödemekten kurtulma imkanı tanınmamış ise bir ceza koşulundan bahsetmek gerekir. Çünkü ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru aranmaz; borca objektif aykırılık yeterlidir. Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin kararlaştırılan ceza ödenir⁶²⁹.

⁶²² Zenor v. Pryor (Ind.), 106 N. E. 746 (1914) (Virginia Law Review, Vol.2, No.4, 1915, p.304).

⁶²³ Oertli, N.275.

⁶²⁴ Oertli, N.184.

⁶²⁵ Oertli, N.188. Akdi sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Uygur, C.III, s.3136 vd.

⁶²⁶ Oertli, N.188; Sweet, s.139; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

⁶²⁷ Oertli, N.275.

⁶²⁸ Oertli, N.192.

⁶²⁹ Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Bilge, s.108; Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786 vd.

Taraflar arasında kararlaştırılan edimin türünün belirlenmesinde, asıl borcun ihlalinde kararlaştırılan edimin kime ödeneceği de belirleyici olabilir. Taraflar arasında söz konusu olan anlaşmada, kararlaştırılan edimin asıl alacaklı dışında bir üçüncü kişiye ödeneceği belirtilmiş ise, kararlaştırılan edimin ceza koşulu olduğunun kabulü gerekir⁶³⁰. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmama ile birlikte, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, ceza koşulunun üçüncü kişiye ödenmesi, Türk/İsviçre hukuku bakımından geçerli kabul edilmektedir⁶³¹. Ceza koşulu, genellikle asıl borç ilişkisinde yer alan alacaklı lehine kararlaştırılır ve asıl alacaklıya ödenir. Ancak ceza koşulunun üçüncü kişi lehine, örneğin muhtaç bir yakına, bir yardım sandığına, Kızılay veya Çocuk Esirgeme Kurumu yararına kararlaştırılmasına ve ceza koşulunun bunlara ödenmesine hukuki bir engel yoktur⁶³². Buna karşılık, götürü tazminat alacaklısının, asıl borç ilişkisinin alacaklısından farklı bir kişi olamayacağı ileri sürülmektedir⁶³³. Çünkü götürü tazminat anlaşması, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine, başka bir deyişle alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına yöneliktir⁶³⁴. Kararlaştırılan götürü tazminatın ifasını talep hakkının tazminat alacaklısına değil de üçüncü kişiye tanınması, götürü tazminatın amacına aykırıdır⁶³⁵. Ancak üçüncü kişi aleyhine bir durum yaratmamak şartıyla, asıl sözleşmenin, TBK md.129 f.2 uyarınca tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması halinde, götürü tazminat alacaklısının, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabileceğinin kabul edildiği de unutulmamalıdır⁶³⁶.

Bazı yazarlara göre, kararlaştırılan edimin türünde tereddüt edilmesi halinde, ceza koşulunun varlığı kabul edilmelidir⁶³⁷. Bu görüşe göre, kanun koyucuların iradesi de bu yöndedir. Çünkü kanunlarda, götürü tazminata ilişkin düzenlemelere değil; ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁶³⁸. Buna karşılık, bazı yazarlara göre, kararlaştırılan edimin türünde tereddüt edilmesi halinde, götürü tazminatın varlığı kabul edilmelidir⁶³⁹. Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin

⁶³⁰ Oertli, N.291.

⁶³¹ Bilge, s.94; Kocaağa, Cezai Şart, s.131.

⁶³² Kocaağa, Cezai Şart, s.131; Bilge, s.94.

⁶³³ Oertli, N.117.

⁶³⁴ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

⁶³⁵ Oertli, N.117; 291.

⁶³⁶ Oertli, N.116, dn.143.

⁶³⁷ Oertli, N.292. Ayrıca bkz. Ayres v. Houston, 193 App. Div. 145, 148, 183 N. Y. Supp. 808 (1920) (Columbia Law Review, Vol.22, No.8, 1922, p.761).

⁶³⁸ Oertli, N.292.

⁶³⁹ Alman doktrini bu yöndedir. Bkz. Oertli, N.236 ve dn.341.

kararlaştırılan ceza kural olarak ödenir⁶⁴⁰. Böylelikle ceza koşulu, yalnızca alacaklının menfaatine hizmet eder⁶⁴¹. Götürü tazminat ise, ceza koşulunun aksine, her iki tarafın da menfaatindedir. Kanaatimizce kararlaştırılan edimin türünde tereddüt edilmesi halinde, her iki tarafın da menfaatine uygun düşen bir götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek gerekir⁶⁴².

2.1.5 Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Durum

2.1.5.1 Kara Avrupası Hukuk Sistemi Bakımından

2.1.5.1.1 Alman Hukukunda

Alman hukukunda ceza koşulu, Alman Medeni Kanunu md.339 ve devamı (BGB § 339 vd.) hükümlerinde düzenlenmektedir. Buna karşılık, götürü tazminata ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır.

Neredeyse yirminci yüzyılın ortasına kadar Kara Avrupası hukuk sisteminde götürü tazminatın varlığına ilişkin bir tartışmaya rastlanmamaktadır⁶⁴³. Ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı bir götürü tazminat kurumunun var olabileceği ilk kez Alman hukukunda tartışılmıştır⁶⁴⁴. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farklara değinilmiştir⁶⁴⁵. Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edim, borçlunun borcuna uygun davranmasına yönelik bir baskı içeriyorsa bu durumda ceza koşulu söz konusudur. Çünkü borçlu üzerinde bir baskı oluşturarak ifayı temin etme özelliği, ceza koşuluna ait bir özelliktir. Bu nedenle öncelikle tarafların asıl amaçlarına bakılmalıdır. Kararlaştırılan edim ile borçlu üzerinde bir baskı oluşturulmaya çalışıldığı görülüyorsa, taraflar arasındaki anlaşma ceza koşulu olarak nitelendirilmelidir⁶⁴⁶. Buna karşılık tarafların amacı, yalnızca tazminatı baştan belirlemekten ibaret ise, taraflar arasında sui generis nitelik taşıyan bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı kabul edilmelidir. Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre götürü tazminat anlaşması ile taraflar, ileride doğması muhtemel tazminat miktarını belirleyerek, yalnızca tazminatın elde edilmesini basitleştirirler⁶⁴⁷. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından belirtilen bir diğer fark ise, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminatın talep edilebilmesi için asıl borcun ihlali nedeniyle bir zararın meydana gelmesidir. Herhangi bir zarar meydana

⁶⁴⁰ Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53; Eren, Genel Hükümler, s.1187. Ceza koşulu ile kusur arasındaki ilişki hakkında karşı görüş için bkz. Bilge, s.108; Tunçomağ, s.101 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.532 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.786 vd.

⁶⁴¹ Kapancı, s.677.

⁶⁴² Aynı görüşte bkz. Kapancı, s.679.

⁶⁴³ Bkz. Benjamin, s.617 vd.

⁶⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, Detlev, s.42 vd.

⁶⁴⁵ BVerfG, NJW1970, 29, 32 (Erdem, Götürü Tazminat, s.118).

⁶⁴⁶ BVerfG, NJW1970, 29, 32 (Erdem, Götürü Tazminat, s.118-119).

⁶⁴⁷ BVerfG, NJW1970, 29, 32 (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

gelmeksizin, asıl borcun ihlali halinde kararlaştırılan edimin ödenmesi gerekiyorsa bir ceza koşulu söz konusudur⁶⁴⁸.

Alman doktrini bakımından baskın görüş, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, alacaklının sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zararı ispat yükünden kurtulduğu yönündedir⁶⁴⁹. Yani taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, ispat yükü ters çevrilmektedir. Götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, alacaklı, sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zararı ispat yükünden kurtulur; borçlu, da sözleşmenin ihlali nedeniyle herhangi bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁵⁰.

Alman hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Baskın görüş, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanamayacağı yönündedir⁶⁵¹. Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükmün (BGB § 343), götürü tazminat anlaşmalarına uygulanabileceğini savunanlar⁶⁵² da vardır. Onlara göre götürü tazminat anlaşmasını ceza koşulundan ayırt etmek yanlıştır ve BGB § 339 ila 345 hükümleri, yalnızca ceza koşulu bakımından uygulama alanı bulmaz; götürü tazminat anlaşmalarına da uygulanır.

1.1.2002 tarihinde, Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu⁶⁵³ yürürlüğe girmiştir. Bu kanundan, ceza koşuluna ilişkin Alman Medeni Kanunu md.339 ve devamı hükümleri etkilenmemiştir⁶⁵⁴. Ancak genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler, bu reform ile Alman Medeni Kanunu'na dahil edilmiştir. Genel işlem şartı niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşmaları, bu reform ile Alman Medeni Kanunu tarafından da özel bir içerik denetimine tabi tutulmaktadır (BGB § 309 abs. 5a, 5b). Buna göre genel işlem şartı niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşmaları, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat edimi, hayatın olağan akışına göre meydana gelmesi beklenen zararı aşıyorsa (BGB § 309 abs.5a) veya borçluya, zararın meydana gelmediğini veya meydana gelen zararın

⁶⁴⁸ BVerfG, NJW1970, 29, 32 (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

⁶⁴⁹ Hess, s.238 vd. (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

⁶⁵⁰ BVerfG, NJW1970, 29, 32 (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

⁶⁵¹ Hess, s.238 vd. (Erdem, Götürü Tazminat, s.119).

⁶⁵² Bkz. Staundinger/Kaduk: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-397 BGB), 12. Aufl., Berlin 1994, Vorbem. zu §§ 339 ff. BGB, N. 89 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12); Soergel/Lindacher: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990, Vorbem. § 339 BGB, N. 27 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12); PALANDT/HEINRICH: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar, Bd. 7, 2. Buch, 2. Abschnitt, 4. Titel: Draufgabe, Vertragsstrafe, 51. Aufl., München 1992, § 343 BGB, N. 2 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.152, dn.12); Fischer, Detlev, s.172 vd.

⁶⁵³ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26 November 2001 (BGBl. I S.3138).

⁶⁵⁴ Oertli, N.234.

kararlaştırılan miktardan daha az olduğunu ispat etme imkanını açıkça tanımıyorsa (BGB § 309 abs.5b) geçersizdir. Öte yandan, genel işlem şartı niteliği taşımayan birel götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda hala bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁵⁵.

2.1.5.1.2 İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda ceza koşulu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 160. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Buna karşılık, götürü tazminata ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu durum, İsviçre hukukunda ceza koşulundan ayrı olarak götürü tazminat kurumunun varlığının tanınmadığı anlamına gelmez. Başka bir deyişle, İsviçre hukukunda da sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflara, tazminatı götürü olarak belirleme imkanı tanınmaktadır⁶⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi, götürü tazminat anlaşmasının, kanun tarafından düzenlenmemiş, sui generis nitelikte bir anlaşma olduğunu belirtmektedir⁶⁵⁷.

İsviçre hukukunda da götürü tazminat anlaşmasının amacının ceza koşulundan farklı olduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukuna göre, ceza koşulu, borçlu üzerinde baskı oluşturarak borcun ifasını teminat altına alır. Ancak götürü tazminat anlaşmasının amacı, doğrudan bu değildir; taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması, borçlu üzerinde ancak dolaylı ikincil bir baskı aracıdır⁶⁵⁸. Asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir⁶⁵⁹. Bir başka deyişle, götürü tazminat, ceza koşulu gibi zarardan bağımsız değildir⁶⁶⁰. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, zararın varlığını ispat yükü alacaklıda olmayıp⁶⁶¹; zararın meydana gelmediğini borçlunun ispat etmesi gerekir⁶⁶². Bunun yanı sıra, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması durumunda, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarı kadar olduğu bir karine olarak kabul edilmektedir⁶⁶³.

İsviçre hukukunda ceza koşuluna ilişkin hükümlerin (OR md.160 vd.), götürü tazminata uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Alman doktrinin aksine İsviçre doktrininde baskın görüş, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin, özellikle aşırı ceza koşulunun

⁶⁵⁵ Oertli, N.240, dn.347.

⁶⁵⁶ Fischer, Thomas, s.100 vd.; Oertli, N.263, 270.

⁶⁵⁷ BGE 110 II 380; 109 II 462; BGE 83 II 525; BGE 46 II 399 (Erdem, Götürü Tazminat, s.116).

⁶⁵⁸ Oertli, N.82.

⁶⁵⁹ Oertli, N.188.

⁶⁶⁰ Oertli, N.188; Sweet, s.139; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

⁶⁶¹ Oertli, N.197.

⁶⁶² Oertli, N.188, 197, 200.

⁶⁶³ Oertli, N.51; Fischer, Thomas, s.143, 162.

indirilmesine ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin 3. fıkrası hükmünün, kıyas yoluyla götürü tazminat anlaşmalarına da uygulanabileceği yönündedir⁶⁶⁴.

İsviçre hukukunda götürü tazminat anlaşmaları, en çok vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 404. maddesi bakımından önem ifade etmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, vekalet veren ve vekil, her zaman vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Buna, serbest fesih hakkı (das freie Auflösungsrecht) denmektedir⁶⁶⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere, vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinin 1. fıkrası emredici niteliktedir. Yani serbest fesih hakkı, sözleşmeyle kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz. Bu nedenle, vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu geçersizdir⁶⁶⁶. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğer tarafın bundan doğan zararını gidermek zorundadır. Bu noktada, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zarara odaklanan götürü tazminat anlaşmalarının geçerli olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, vekalet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde, yalnızca menfi zarar talep edilebilir⁶⁶⁸.

2.1.5.1.3 Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda ceza koşulu, Fransız Medeni Kanunu'nun (CCFr) 1226. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir⁶⁶⁹. Alman ve İsviçre hukukundan farklı olarak, Fransız Medeni Kanunu'nda götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi, mutlak götürü tazminat anlaşmalarına ilişkindir. Bu maddede, asıl borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun tazminat olarak bir miktar para ödeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde, alacaklıya kararlaştırılan bu miktardan daha azının veya daha fazlasının ödenemeyeceği hükme bağlanmıştır⁶⁷⁰. Fransız hukukunda, ceza koşulundan ayrı ve ondan farklı bir götürü tazminat kurumunun varlığının kabul edildiği görülmektedir⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ Oertli, N.270.

⁶⁶⁵ Oertli, N.381.

⁶⁶⁶ BGE 59 II 260 vd. (Oertli, N.381).

⁶⁶⁷ BGE 109 II 462 (Erdem, Götürü Tazminat, s.118); Oertli, N.397.

⁶⁶⁸ BGE 109 II 462 vd. (469 vd.) E.4d; 110 II 380 vd. (386) E. 4b (Oertli, N.382, dn.590).

⁶⁶⁹ Erdem, Götürü Tazminat, s.112; Miller, s.85.

⁶⁷⁰ Erdem, Götürü Tazminat, s.112.

⁶⁷¹ Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Kapancı, s.674.

Fransız Medeni Kanunu'nun 1229. maddesinde, ceza koşulunun tazminat amacı hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, ceza koşulu, asıl borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının uğradığı zararın karşılanmasına yöneliktir⁶⁷². Buradan hareketle, Fransız doktrini tarafından ceza koşulunun, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın götürü olarak belirlenmesinden ibaret olduğu ve Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi ile 1226. maddesinde aynı şeylerin düzenlendiği ileri sürülmüştür⁶⁷³. Kanun koyucu tarafından yapılmış olan ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki kurumsal ayırımın⁶⁷⁴, zaman içerisinde Fransız doktrini tarafından terk edildiği görülmektedir⁶⁷⁵.

Asıl borcun ifa edilmemesi halinde borçlu tarafından tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, alacaklıya kararlaştırılan bu miktardan daha azının veya daha fazlasının ödenemeyeceğini hükme bağlayan Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesi, 1975 yılında değişikliğe uğramıştır. Hakime, taraflarca kararlaştırılan miktarı değiştirebilme yetkisi tanınmıştır. Hakim, taraflarca kararlaştırılan miktarı artırabilir veya azaltabilir⁶⁷⁶.

Fransız hukukunda bazı yazarlar tarafından, Fransız Medeni Kanunu'nun 1226. maddesi ve devamı hükümlerinin ceza koşuluna ilişkin olduğu; Fransız Medeni Kanunu'nun 1152. maddesinin ise götürü tazminata ilişkin olduğu ileri sürülmüş ve ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumunun varlığına işaret edilmiş ve ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumunu reddeden yaklaşım eleştirilmiştir⁶⁷⁷. Ancak 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, Kara Avrupası hukuk sistemi içinde götürü tazminatı düzenleyen ilk kanun olmasına rağmen, Fransız hukukunda hakim görüş, götürü tazminat ile ceza koşulunun aynı şey olduğu yönündedir⁶⁷⁸.

2.1.5.1.4 Hollanda Hukukunda

1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'ndan esinlenerek hazırlanan 1838 tarihli mülga Hollanda Medeni Kanunu'nun 1340. maddesi ve devamı hükümleri, ceza koşuluna ilişkindi. Fransız Medeni Kanunu'nda olduğu gibi 1838 tarihli mülga Hollanda Medeni Kanunu'nda da götürü tazminat anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. 1838 tarihli Hollanda Medeni Kanunu'nun 1285. maddesi, götürü tazminat anlaşmalarına ilişkindi. Alman Medeni

⁶⁷² Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Benjamin, s.611.

⁶⁷³ Benjamin, s.612; Erdem, Götürü Tazminat, s.112-113; Kapancı, s.674.

⁶⁷⁴ Fransız Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında, kanun koyucunun ceza koşulundan ayrı olarak bir götürü tazminat kurumunun varlığının farkında olduğu belirtilmektedir. Hatta, Fransız Medeni Kanunu'na ilk şerhleri yazan hukukçular tarafından da bu ayırma değinildiği söylenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Benjamin, s.611-612.

⁶⁷⁵ Benjamin, s.612; Miller, s.87; Erdem, Götürü Tazminat, s.113; Kapancı, s.674.

⁶⁷⁶ Miller, s.87; Erdem, Götürü Tazminat, s.114-115; Kapancı, s.674.

⁶⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Erdem, Götürü Tazminat, s.115; Benjamin, s.611-612; Miller, s.92 vd.

⁶⁷⁸ Miller, s.85; Kapancı, s.674; Erdem, Götürü Tazminat, s.115.

Kanunu (BGB) etkisinde hazırlanan ve 1992 yılında yürürlüğe giren yeni Hollanda Medeni Kanunu'nda (BW) ise yalnızca ceza koşuluna ilişkin hükümlere yer verilmiştir (BW Art.6:91 vd.).

1992 tarihli yeni Hollanda Medeni Kanunu'nun 6:91 no.lu maddesi uyarınca, ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para veya yerine getirilmesi gereken başka bir edim, ister asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı tazmin etmeye yönelik olsun ister borçluyu asıl borcu ifa etmeye teşvik etsin, ceza koşulu, asıl borcun borçlu tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para veya yerine getirilmesi gereken başka bir edim olarak tanımlanmaktadır⁶⁷⁹. Buradan hareketle Hollanda hukukunda, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumunun kabul edilmediği; kanun koyucu tarafından, ceza koşulu ile götürü tazminatın ceza koşulu lehine tek bir çatı altında toplandığı ve ceza koşulu ile götürü tazminatın ortak düzenlemelere tabi tutulduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁸⁰.

Hollanda hukukunun ceza koşuluna bakış açısı, Alman ve İsviçre hukukunun bakış açısı gibi değildir. Alman ve İsviçre hukuku bakımından ceza koşulu, zarardan bağımsızdır ve ceza koşulunun asıl amacı, borçlu üzerinde baskı kurarak ifayı teminat altına almaktadır. Ancak Hollanda hukuku bakımından, ister ifayı temin etmek ister zararı tazmin etmek amacı olsun, asıl borcun ihlal edilmesi halinde borçlu tarafından ödenmesi kararlaştırılan edim, her durumda bir ceza koşuludur ve ceza koşuluna ilişkin hükümlere tabidir. Bunun yanı sıra, Hollanda hukuku bakımından ceza koşulu, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi zarardan tamamen bağımsız değildir. Şöyle ki Hollanda Medeni Kanunu'nun 6:92 no.lu maddesinin 2. fıkrasında, asıl borcun ihlal edilmesi halinde borçlu tarafından ödenmesi kararlaştırılan edimin, mahkeme tarafından belirlenecek olan tazminatın yerine geçeceği ifade edilmektedir. Öte yandan Hollanda Medeni Kanunu'nun ceza koşulunun artırılmasına ve azaltılmasına ilişkin 6:94 no.lu maddesinin 1. fıkrasında, hakim, borçlunun talebi üzerine, taraflarca ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarını, gerekli gördüğü takdirde azaltabilir denmektedir. Bu noktada hakim, alacaklının kanun gereği alabileceği tazminat miktarından daha az bir miktara hükmedemez⁶⁸¹. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde hiçbir zararın meydana gelmediği

⁶⁷⁹ Article 6:91 Contractual Penalty Clause: “A contractual penalty clause is every contractual provision stipulating that the debtor, if he fails to perform his obligation correctly, has to pay a sum of money or deliver another performance, regardless if this sum of money or other performance is meant to be a compensation for damages or just an incentive to perform the obligation.” (27 Aralık 2014 tarihinde <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> adresinden erişilmiştir.)

⁶⁸⁰ Benzer bir yorum için bkz. Oertli, N.242.

⁶⁸¹ Article 6:94, 1: “The court may, upon the request of the debtor, reduce the contractual penalty if this is obviously required by standards of reasonableness and fairness, on the understanding that it cannot grant the creditor less than the applying compensation for damages that would have been due by virtue of law (statutory provisions).” (27 Aralık 2014 tarihinde <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> adresinden erişilmiştir.)

hallerde, ceza koşulunun tamamen kaldırılabileceği de kabul edilmektedir⁶⁸². Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, bu hüküm, emredici niteliktedir ve aksi kararlaştırılmaz⁶⁸³. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise hakim, alacaklının talebi üzerine, taraflarca mahkemenin hükmedeceği tazminatın yerine geçmek üzere, kararlaştırılan edimin miktarını gerekli gördüğü takdirde artırabilir, ek tazminata hükmedebilir denmektedir⁶⁸⁴. Yani asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak bir edimin kararlaştırılması halinde, bu edimin, gerçek zararın altında kalması durumunda hakim, alacaklının talebi üzerine, ek tazminata hükmederek ceza koşulunu artırabilir. Görüldüğü üzere, Hollanda hukukunda, ceza koşulu zarardan bağımsız değildir; ayrıca hakime, geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir. Şöyle ki Hollanda hukukunda hakim, gerekli gördüğü takdirde, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunu azaltabileceği gibi, artırabilir de. Oysa Alman ve İsviçre hukukunda, hakim yalnızca aşırı ceza koşuluna müdahale edebilir.

Sonuç olarak, Hollanda hukukunda, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumu, açıkça kabul edilmemiştir. Ancak kanun koyucu tarafından, ceza koşulu ile götürü tazminat, ceza koşulu lehine tek bir çatı altında toplanmış ve ortak düzenlemelere tabi tutulmuştur⁶⁸⁵. Bu noktada, 1992 tarihli Hollanda Medeni Kanunu'nun ceza koşuluna ilişkin 6:91 ve devamı hükümlerinin, Alman ve İsviçre hukukunda söz konusu olan klasik anlamda zarardan bağımsız bir ceza koşulu kurumundan farklı, gerçek zarar ile yakın ilişki içinde bulunan ve hakim in yoğun müdahalesine maruz kalan, sulandırılmış bir ceza koşulu kurumunun, Hollanda hukukunda ortaya çıkmasına neden olduğu söylenebilir.

2.1.5.2 Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi Bakımından

Götürü tazminatın ceza koşulundan ayırt edilmesi, Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından son derece önemlidir⁶⁸⁶. Şöyle ki Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, Anglo-Amerikan hukuk sistemi tarafından ceza koşulu kurumu reddedilmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda taraflara, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmek üzere götürü tazminat (*liquidated damages*) kararlaştırma imkanı tanınmakta iken; ceza koşulu (*penalty clause*) kararlaştırma imkanı tanınmamaktadır. Başka bir deyişle, Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, taraflar arasında asıl

⁶⁸² Oertli, N.244.

⁶⁸³ Article 6:94, 3: "Every contractual provision in derogation from paragraph 1 is null and void." (27 Aralık 2004 tarihinde <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> adresinden erişilmiştir.)

⁶⁸⁴ Article 6:94, 2: "The court may, upon the request of the creditor, grant a compensation for additional damages in addition to a contractual penalty which has replaced the compensation for damages that would have been due by virtue of law (statutory provisions), if this is obviously required by standards of reasonableness and fairness." (27 Aralık 2014 tarihinde <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> adresinden erişilmiştir.)

⁶⁸⁵ Benzer bir yorum için bkz. Oertli, N.242.

⁶⁸⁶ Erdem, Götürü Tazminat, s.110; Kapancı, s.672; Oertli, N.231.

borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak yapılan götürü tazminat anlaşmaları geçerli kabul edilmekte; zarardan bağımsız olarak ödenmesi kararlaştırılan ceza koşulu geçersiz sayılmaktadır⁶⁸⁷. Buradan hareketle, şu sonuca ulaşılmaktadır: Kara Avrupası hukuk sisteminde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliği, yani götürü tazminat veya ceza koşulu olması, taraflar arasında söz konusu olan bu anlaşmaya uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından önem taşımakta iken; Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliği yani götürü tazminat veya ceza koşulu olması, taraflar arasında söz konusu olan bu anlaşmanın geçerliliği bakımından önem taşımaktadır⁶⁸⁸. Yani Anglo-Amerikan hukukunda, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edim, ya *geçerli bir götürü tazminattır* ya da *geçersiz bir ceza*

⁶⁸⁷ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Benjamin, Peter: “Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.; Brightman, Alvin C.: “Liquidated Damages”, *Columbia Law Review*, Vol.25, No.3, 1925, pp.277-304; Chappel, David: *Construction Contracts: Questions and Answers*, 2nd Edition, 2010; Collin, Thomas J.: *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook*, ABA, 1998; Drake, Joseph H.: “Liquidated Damages and Estoppel by Contract”, *Michigan Law Review*, Vol.9, No.7, 1911, pp.588-594; Eggleston, Brian: *Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; Goetz, Charles J./Scott, Robert E.: “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594; Jaffey, Peter: “Restitutionary Remedies in the Contractual Context”, *The Modern Law Review*, Vol.76, No.3, 2013, pp.429-463; J.F.H.: “Damages, Penalty or Liquidated Damages”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol.63, No.3, 1915, pp.220-223; Kaplan, Phillip R.: “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, *California Law Review*, Vol.50, No.4, 1977, pp.1055-1063; Klas, Gregory: “Contracting for Cooperation in Recovery”, *Yale Law Journal*, Vol.117, No.1, 2007-2008, pp.2-50; Knowles, J. Roger: *200 Contractual Problems and Their Solutions*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009; McCormick, Charles T.: “Liquidated Damages”, *Virginia Law Review*, Vol.17, No.2, 1930, pp.103-128; Miller, Lucinda: “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.53, No.1, 2004, pp.79-106; O’Malley, J. Terence: “Late-Payment Charges: Meeting the Requirements of Liquidated Damages”, *Stanford Law Review*, Vol.27, No.4, 1975, pp.1133-1148; Pearce, David/Halson, Roger: “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.28, No.1, 2008, pp.73-98; Rea, Samuel A. Jr.: “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167; Schwartz, Alan/Scott, Robert E.: “Contract Theory and The Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, Vol.113, No.3, 2003-2004, pp.541-605; Sedgwick, Arthur George: *Elements of the Law of Damages*, 2nd Edition, Boston 1909; Stanley, M. Arndt: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol. 10, No. 1, 1921, pp. 8-41; Stole, Lars A.: “The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol.8, No.3, 1992, pp.582-606; Sweet, Justin: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol. 60, No.1, 1972, pp. 84-145; Talley, Eric L.: “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, *Stanford Law Review*, Vol. 46, No.5, 1994, pp.1195-1243; Webb, Charlie: “Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.26, No.1, 2006, pp.41-71; Wilkinson-Ryan, Tess: “Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment”, *Michigan Law Review*, Vol.108, No.5, 2010, pp.633-671; Yavuztürk, Duygu: “Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.1, 2011, s.225-281; Akkayan Yıldırım, Ayça: “Ceza Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFİM*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.357-414.

⁶⁸⁸ Erdem, Götürü Tazminat, s.110-111; Kapanıcı, s.672.

*koşuludur*⁶⁸⁹.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ceza koşulu kurumunun reddedilmesi, bu hukuk sisteminin tarihi gelişimi ile yakından ilgilidir⁶⁹⁰. Eskiden, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, borçlunun asıl borcu ihlal etmesi halinde, alacaklıya asıl borcun iki katı kadar ceza ödeyeceğini tahhüt eden bir ceza senedi (*sealed penalty bond*) vermesi yönünde bir uygulamanın söz konusu olduğu ve bu uygulamanın da mahkemeler tarafından kabul edildiği bilinmektedir⁶⁹¹. Ancak 15. yüzyıldan itibaren katı ve şekilci *common law* uygulamalarının *equity law* ilkeleri ile yumuşamaya başlamasıyla mahkemeler tarafından, ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. Bu noktada, asıl borcun ihlal edilmesi halinde sözleşmeler hukukunun amacının, borçluyu cezalandırmak değil; yalnızca alacaklının uğradığı zararın telafi edilmesi olduğu belirtilmiştir. Ayrıca alacaklının borçlu üzerinde baskı (*in terrorem*) kurmasının, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğuna değinilmiştir. Böylelikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimlerden, yalnızca zarar ile orantılı olanların geçerli olduğu yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır⁶⁹². Nihayetinde, Anglo-Amerikan hukuk sistemi tarafından ceza koşulu kurumu reddedilmiştir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, borçlunun psikolojik baskı altında tutularak ifanın teminat altına alınması, başka bir deyişle borçlunun ifaya zorlanması, bir hukuk politikası olarak reddedilmekte; bunun yerine borçlunun, sonuçlarına katlanmak şartıyla sözleşmeyi ihlal etmeyi tercih edebileceği kabul edilmektedir. Sözleşmeden doğan borcunu aynen ifa etmesi halinde daha büyük zarara uğrayacak olan borçlunun, sözleşmeyi bilerek ve isteyerek ihlal edip, alacaklıya tazminat ödeme yolunu tercih etmesi, *efficient breach* olarak adlandırılmaktadır⁶⁹³. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde esas olarak alacaklı, ifa menfaatinin, yani müspet zararının tazmin edilmesini isteyebilir; alacaklının aynen ifa talebinde bulunabilmesi ise istisnaidir⁶⁹⁴. Alacaklı, ancak tazminatın yeterli ve uygun bir yaptırım olmaması veya alacaklının ikame sözleşme yapma fırsatının bulunmaması veya edimin benzersiz olması halinde aynen ifa talebinde bulunabilir⁶⁹⁵. Ayrıca, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi, alacaklı bakımından da faydalı bir durum teşkil

⁶⁸⁹ Brightman, s.277; Oertli, N.233; Akkayan Yıldırım, s.391.

⁶⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Benjamin, s.605 vd.; McCormick, s.104 vd.; Brightman, s.277 vd.; Goetz/Scott, s.554 vd.; Miller, s.80 vd.; Talley, s.1200 vd.; Akkayan Yıldırım, s.390.

⁶⁹¹ Goetz/Scott, s.554; McCormick, s.104; Benjamin, s.605; Talley, s.1200; Brightman, s.302; Akkayan Yıldırım, s.390.

⁶⁹² Benjamin, s.605-606; Goetz/Scott, s.554; McCormick, s.104 vd.; Talley, s.1200; Akkayan Yıldırım, s.391.

⁶⁹³ Detaylı bilgi için bkz. Goetz/ Scott, s.558 vd.; Wilkinson-Ryan, s.638 vd.

⁶⁹⁴ Arndt, s.8.

⁶⁹⁵ Davis v. Eisenstein, 257 Ill. 260, 100 N. E. 940 (1913) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378; Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314). Ayrıca bkz. , Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s.19 vd.

etmemelidir⁶⁹⁶. Başka bir deyişle, kimse, bir başkasının kusurundan yararlanamaz ve kusuru nedeniyle, zarar ile ölçüsüz bir miktarı ödemeye mecbur edilemez⁶⁹⁷. İşte bu gibi nedenlerle, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde meydana gelecek zararı gidermeye yönelik olarak taraflar arasında götürü tazminat anlaşmalarının yapılmasına izin verilmektedir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliğinin tespiti bakımından, esas olarak iki husus dikkate alınır. Birinci husus, tarafların amacıdır (*intention of the parties*)⁶⁹⁸. Buna göre, sözleşmesel bir kaydın veya bir anlaşmanın geçerli bir götürü tazminat mı yoksa geçersiz bir ceza koşulu mu olduğunun belirlenebilmesi için her şeyden önce tarafların amacına bakılmalıdır. Tarafların amacı, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit etmek; alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidererek alacaklının malvarlığını iyileştirmek ise, geçerli bir götürü tazminat söz konusu olur. Buna karşılık tarafların amacı, borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya zorlamak ise geçersiz bir ceza koşulu söz konusu olur.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin, ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespitinde dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan bu edimin miktarının, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin makul bir tahmin (*reasonable estimate*) olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir⁶⁹⁹. Buna göre,

⁶⁹⁶ “... no one may profit by the wrong of another.” (J.F.H., s.220).

⁶⁹⁷ Van Kammel v. Highley, 172 111 App. 88 (1912): “One can not take advantage of another’s default to impose unconscionable terms upon him” (J.F.H., s.222, dn.10).

⁶⁹⁸ Law v. Redditch Local Board [1892] 1 Q.B. 127, at p.132 (Benjamin, s.602); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); McCormick, s.127; Akkayan Yıldırım, s.392.

⁶⁹⁹ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...”. Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, kararlaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : “It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.” (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuykill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3,

asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararın dikkate alınıp alınmadığına bakılmalıdır. Taraflar, edimin miktarını kararlaştırırken, ediminin bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara odaklanmalıdır; en azından meydana gelmesi beklenen tipik zararı tahmin etmeye yönelik bir çaba sarf etmelidir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, makul bir zarar tahmini olarak kabul edilebilmesi durumunda, bu edim, geçerli bir götürü tazminat olarak değerlendirilmelidir⁷⁰⁰. Buna karşılık asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının yüksek olması nedeniyle makul bir zarar tahmini olarak kabul edilememesi durumunda ise bu edim, taraflar üzerinde bir baskı oluşturacağı için geçersiz ceza koşulu olarak değerlendirilmelidir⁷⁰¹.

Bazı hallerde makul bir zarar tahmininin yapılması son derece güç, hatta imkansızdır. Tarafların zarara odaklanarak bir götürü tazminat kararlaştırabilmeleri için, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zararın tahmin edilebilir olması gerekir⁷⁰². Aksi takdirde, makul bir zarar tahmini mümkün değildir⁷⁰³. Eğer mevcut koşullar önceden, yani asıl borcun ihlal edilmesinden önce bir zarar tahmini yapılmasına uygun değilse, kararlaştırılan edimin ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir⁷⁰⁴; çünkü ceza koşulu, zarardan bağımsız olması nedeniyle sayısal olarak ifade edilmesi son derece zor olan ve kanıtlanamayan zararların tazmin edilmesi bakımından işlevseldir⁷⁰⁵. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ceza koşulu kurumu reddedilmiştir. Peki, makul bir zarar tahmininin yapılmasının son derece güç, hatta imkansız olduğu hallerde durum ne olur? Makul bir zarar tahmininin yapılmasının son derece güç hatta imkansız olduğu hallerde de taraflar arasında yapılan götürü tazminat anlaşmalarının geçerli olduğu; asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin alacaklı tarafından talep edilebileceği kabul

1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

⁷⁰⁰ Oertli, N.278; McCormick, s.111.

⁷⁰¹ McCormick, s.117.

⁷⁰² Hess, s.167 (Oertli, N.281, dn.414).

⁷⁰³ Çalışanların ayartılması hali, makul bir zarar tahmininin mümkün olmadığı durumlara örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Oertli, N.281, dn.485.

⁷⁰⁴ Oertli, N.281.

⁷⁰⁵ BGE 95 II 532 vd.; BGE 103 II 108 vd. (Oertli, N.282, dn.417).

edilmektedir⁷⁰⁶.

Sonuç olarak, Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin geçerli bir götürü tazminat olarak kabul edilebilmesi için; tarafların amacının, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik olması ve kararlaştırılan edimin miktarının, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin makul bir tahmin (*reasonable estimate*) olarak kabul edilebilmesi veya makul bir zarar tahmininin yapılmasının son derece güç, hatta imkansız olması gerekir.

2.1.5.3 Uluslararası Sözleşmeler Bakımından

2.1.5.3.1 Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinde

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Roma’da kurulmuş olan UNIDROIT Enstitüsü tarafından, uluslararası ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yeknesak bir sözleşmeler hukuku oluşturmak amacıyla hazırlanmış ve 1994 yılında ilk baskısı yayınlanmıştır⁷⁰⁷. Daha sonra, UNIDROIT Enstitüsü tarafından, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri’nin 2004 ve 2010 tarihli baskıları hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, maddi hukuk kuralları içerir.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri’nin 1994 tarihli baskısının 7.4.13 no.lu maddesi, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlara ilişkindir. Bu madde, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri’nin 2004 ve 2010 tarihli bütün baskılarında aynen muhafaza edilmiştir.

⁷⁰⁶ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss.” Ayrıca bkz. McCormick, s.108, 127; Goetz/Scott, s.559; Brightman, s.288; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.82; Arndt, s.9; O’Malley, s.1137; Sweet, s.131; Talley, s.1200; Akkayan Yıldırım, s.393. Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Webster v. Bosanquet, A.C. 394 (1912) (The Virginia Law Register, Vol.18, No.5, 1912, pp.387-388); Truck Rent-A-Center, Inc. V. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y. 2d 420, 393 N.Y.S. 2d. 365, 369, 361 N.E. 2d. 1015, 1018 1977 (Yavuztürk, s.233-234); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382); Stark v. Shemada, 187 Cal. 785, 204 Pac. 214 (1922) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Jack v. Sinsheimer, 125 Cal. 563, 58 Pac. 130 (1899) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Hanlon Drydock Co. V. McNear, 70 Cal. App. 204, 232 Pac. 1002 (1st Dist. 1924) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.828-828); Cal. Steam Nav. Co. V. Wright (1856) 6 Cal. 258, 263 (Arndt, s.10, dn.9); Streeter v. Rush (1864) 25 Cal. 67, 71 (Arndt, s.10, dn.9).

⁷⁰⁷ Dayınlarlı, Kemal: “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, *MHB*, C.23, S.1-2, 2003, s.203.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 1994 tarihli baskısının 7.4.13 no.lu maddesi⁷⁰⁸ aşağıdaki gibidir:

1. *Sözleşme, ifayı yerine getirmeyenin ademi ifa nedeniyle belli bir miktarı ödeteceğini öngörmüş ise, gerçekten katlanılan zarardan bağımsız olarak bu meblağ alacaklıya verilir*⁷⁰⁹.
2. *Bununla beraber, aksine tüm şartlara rağmen, belirtilen tazminat, ademi ifadan ve diğer hal ve şartlardan meydana gelen zararlarla mukayese edildiğinde açıkça aşırı ise makul bir meblağa indirilebilir*⁷¹⁰.

Görüldüğü üzere, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinde, ceza koşulu (*penalty clause*) veya götürü tazminat (*liquidated damages*) ifadesine yer verilmemiştir. Bunun yerine, belli bir miktar (*specified sum*) ifadesi tercih edilmiştir. Bu, bilinçli bir tercihtir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nde, yeknesaklaştırma amacı taşıyan diğer uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi, genellikle belli bir hukuk sistemine ait terimleri kullanmaktan imtina edilir; bunun yerine kavramın veya kurumun tanımlanması yoluna gidilir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinde de hem ceza koşulunu hem de götürü tazminatı kapsayacak biçimde “*Sözleşme, ifayı yerine getirmeyenin ademi ifa nedeniyle belli bir miktarı ödeteceğini öngörmüş ise...*” denmektedir. Buradan hareketle, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinin, hem ceza koşulu hem de götürü tazminat bakımından uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki ilgili maddenin gerekçesi de bu yöndedir⁷¹¹.

Sonuç olarak, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin uygulandığı hallerde, ceza koşulu veya götürü tazminat ayrımı yapılmaksızın, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlar hakkında, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi uygulanır. Buna göre, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinin 1.

⁷⁰⁸ Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 numaralı maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. Dayınlarlı, MHB, s.249; Dayınlarlı, Kemal: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma 2004), Ankara 2005, s.139.

⁷⁰⁹ “*Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.*” (Dayınlarlı, Roma 2004, s.139).

⁷¹⁰ “*However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.*” (Dayınlarlı, Roma 2004, s.139).

⁷¹¹ “*This article gives an intentionally broad definition of agreements to pay a specified sum in case of non-performance, whether such agreements be intended to facilitate the recovery of damages (liquidated damages according to the common law) or to operate as a deterrent against non-performance (penalty clauses proper), or both.*” (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, s.284) (29.12.2004 tarihinde www.unidroit.org/english/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf adresinden erişilmiştir.)

fıkrası uyarınca, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat), hiçbir zarar meydana gelmese bile, borçlu tarafından alacaklıya ödenir. Yani Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat), zarardan bağımsızdır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat), gerçek zarardan aşırı derecede yüksek ise, taraflar arasında aksi kararlaştırılmış olsa bile hakim tarafından indirilebilir.

2.1.5.3.2 Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'ne benzer bir çalışma, Avrupa Birliği tarafından yapılmıştır. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) ⁷¹², sözleşmeler hukukuna ilişkin genel kurallar olarak uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu ilkeler, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında uygulanması zorunlu kurallar değildir⁷¹³. Taraflar, aralarındaki sözleşmeyi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ne tabi tutabilirler veya bu ilkeleri, aralarındaki sözleşmeye dahil edebilir. Bu gibi hallerde, taraflar arasında söz konusu olan uyuşmazlıklar bakımından Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri uygulama alanı bulur (md.1:101). Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri de Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri gibi maddi hukuk kuralları içerir.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlara ilişkindir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi⁷¹⁴ aşağıdaki gibidir:

1. *Eğer sözleşmede ifayı yerine getirmeyen tarafın mağdur tarafa ademi ifa için belli bir miktar ödemesi öngörülmüş ise, mağdur tarafın başlangıçta zararı olsun veya olmasın, bu paranın ona ödenmesine hükmedilir*⁷¹⁵.
2. *Bununla birlikte, aksine bir anlaşma olmasına rağmen ademi ifa veya diğer şartlardan doğan bir zarar miktarına göre bu belli miktar hayli aşırı ise makul bir miktara indirilebilir*⁷¹⁶.

Görüldüğü üzere, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi ile Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi

⁷¹² *Principles of European Contract Law (PECL)*.

⁷¹³ Dayınlarlı, Kemal: Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara 2005, s.vi.

⁷¹⁴ Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 N.lu maddesinin Türkçe çevirisi için bkz. Dayınlarlı, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, s.158.

⁷¹⁵ *"Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss."* (Dayınlarlı, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, s.158-159).

⁷¹⁶ *"However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and to the other circumstances."* (Dayınlarlı, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, s.158-159).

neredeysel kelimesi kelimesine aynıdır. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinde olduğu gibi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinde de ceza koşulu (*penalty clause*) veya götürü tazminat (*liquidated damages*) ifadesine yer verilmemiştir. Bunun yerine, belli bir miktar (*specified sum*) ifadesi tercih edilmiştir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nde ve yeknesaklaştırma amacı taşıyan diğer uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde de belli bir hukuk sistemine ait terimlerin kullanımından imtina edilmiş; bunun yerine kavramın tanımlanması yoluna gidilmiştir. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesinde olduğu gibi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinde de hem ceza koşulunu hem de götürü tazminatı kapsayacak biçimde “Eğer sözleşmede ifayı yerine getirmeyen tarafın mağdur tarafa ademi ifa için belli bir miktar ödemesi öngörülmüş ise...” denmektedir. Buradan hareketle, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri'nin 7.4.13 no.lu maddesi gibi Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinin de hem ceza koşulu hem de götürü tazminat bakımından uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁷¹⁷.

Sonuç olarak, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin uygulandığı hallerde ceza koşulu veya götürü tazminat ayrımı yapılmaksızın, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlar hakkında, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesi uygulanır. Buna göre, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinin 1. fıkrası uyarınca, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat), hiçbir zarar meydana gelmese bile, borçlu tarafından alacaklıya ödenir. Yani Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 9:509 no.lu maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat) zarardan bağımsızdır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, kararlaştırılan meblağ (ceza koşulu veya götürü tazminat) gerçek zarardan aşırı derecede yüksek ise, taraflar arasında aksi kararlaştırılmış olsa bile hakim tarafından indirilebilir.

2.1.5.3.3 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşmasında

1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), önemli bir uluslararası özel hukuk metni olmasının yanı sıra, başarılı bir yeknesaklaştırma çalışmasıdır⁷¹⁸. Antlaşmanın bir diğer özelliği ise dünya üzerinde uygulanmakta olan iki temel hukuk sistemini -*common law* ve *civil law* - ifa

⁷¹⁷ Aynı görüşte Oertli, N.254, 261.

⁷¹⁸ Will, Michael R.: Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002, s.22; Zeytin, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s.26.

engelleri hukuku bakımından bir araya getirmiş olmasıdır⁷¹⁹. CISG, Türkiye bakımından 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir⁷²⁰.

Bu antlaşma, uluslararası taşınır mal satım sözleşmelerine uygulanacak ulusal hukukun tespitine yönelik milletlerarası özel hukuk kuralları içeren bir antlaşma niteliğinde değildir⁷²¹. Antlaşma hükümleri, uluslararası nitelik taşıyan taşınır mal satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kurallarını düzenlemektedir⁷²². Antlaşma uyarınca bir satım sözleşmesinin uluslararası olarak nitelendirilebilmesi için aranan şart, sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunmasıdır⁷²³. Sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunması halinde, antlaşma hükümleri doğrudan uygulama alanı bulur (md.1 f.1 b.a). Bununla birlikte, forum ülkesinin milletlerarası özel hukuk kurallarının bir akit ülkenin hukukuna gönderme yapması halinde, antlaşma dolaylı olarak uygulama alanı bulur (md.1 f.1 b.b)⁷²⁴. Antlaşma kapsamında bulunan konuları şu şekilde özetlemek mümkündür: sözleşmenin kurulması, sözleşmenin yorumlanması, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde alıcının hakları, alıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri, alıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde satıcının hakları, hasarın intikali ve hem satıcı hem de alıcı bakımından uygulanabilecek ortak hükümler.

⁷¹⁹ Atamer, M. Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s.281; Saidov, Djakhongir: The Law of Damages in the International Sale of Goods The CISG and Other International Instruments, Oregon 2008, s.8.

⁷²⁰ Bu antlaşma, 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5870 sayılı kanun ile uygun bulunarak kabul edilmiştir. Antlaşmaya katılma belgesi, 07 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tevdi edilmiştir. Antlaşma, CISG md.101 f.1 uyarınca Türkiye bakımından katılma belgesinin tevdi edildiği 01.08.2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷²¹ Zeytin, Zafer: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, *BATİDER*, C.XXIV, S.3, 2008, s.230. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryakioğlu, Bilgin: “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, *AÜHFD*, S.41, 1989-1990, s.192-205.

⁷²² Bergsten, Eric: “Methodological Problems in the Drafting of the CISG”, *CISG Methodology*, Eds.: Janssen, Andre/Meyer, Olaf, Sellier European Law Publishers, 2009, s.13.

⁷²³ Erdem, Götürü Tazminat, H. Ercümet: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, C.XVI, S.3, 1992, s.42. Antlaşmanın uygulanması bakımından aranan sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunması koşulu, yazar tarafından *temel koşul* olarak ifade edilmektedir.

⁷²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, M. Yeşim: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, *İBD*, 1995, C.69, S.10-11-12, s.51-568; Erdem, H. Ercümet: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, C.54, S.1, 1989, s.90-107; Heiderhoff, Bettina: “CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından” (Çev.: Ajda Gençsoy), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Ed.: M. Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s.25 vd.; Toker, Ali Gümrah: *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara 2005, s.27.

Antlaşmada, götürü tazminata veya ceza koşuluna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak antlaşmada götürü tazminata veya ceza koşuluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, antlaşmanın uygulama alanı bulduğu hallerde, ceza koşulunun veya götürü tazminatın yasaklandığı anlamına gelmez⁷²⁵. Çünkü satım hukukuna ilişkin bazı meseleler, bu antlaşma tarafından düzenlenmemiştir. Antlaşmanın 4. maddesi, kapsam dışı bırakılan konulara ilişkindir. Buna göre sözleşmenin, sözleşme hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği, antlaşma ile düzenlenmeyen konular arasındadır. Antlaşma ile düzenlenmeyen konular ise uygulanacak ulusal hukuklara bırakılmıştır⁷²⁶. O halde, kararlaştırılan ceza koşulunun veya götürü tazminatın geçerli olup olmadığı, uygulanacak ulusal hukuka göre belirlenecektir⁷²⁷.

Götürü tazminat, CISG bakımından özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, antlaşma incelendiğinde ifa engellerine ilişkin düzenlemelerin Türk-İsviçre Borçlar Hukuku'ndan oldukça farklı olduğu görülür. Antlaşmada sözleşmeye aykırılık halleri; objektif imkansızlık/sübjektif imkansızlık, önceki imkansızlık⁷²⁸/sonraki imkansızlık⁷²⁹, temerrüt, ayıplı ifa (kötü ifa)⁷³⁰, *aliud* ifa⁷³¹ veya eksik ifa gibi ayırımlara tabi tutulmamıştır⁷³². Antlaşmada bunların hepsi, sözleşmenin ihlali (*breach of contract*) çatısı altında toplanmıştır⁷³³. CISG ifa engelleri sisteminin bu şekilde formüle edilmesinde *common law* hukuk sistemi etkili olmuştur. Çünkü *common law* hukuk sisteminde borçlunun (satıcının), sözleşme ile üstlendiği borcu, ifa unsurlarına uygun olarak yerine getireceğini garanti ettiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükler, birer garanti taahhüdüdür. Yani borçlu sözleşme ile borcunu ifa zamanında, ifa yerinde ve ifa konusuna uygun olarak yerine getireceğini garanti etmektedir. Dolayısıyla bu sistemde objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıplı ifa,

⁷²⁵ Dayıoğlu, s.136.

⁷²⁶ Dayıoğlu, s.8.

⁷²⁷ Dayıoğlu, s.138.

⁷²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, 1.Bası, Ankara 2005; Eren, Genel Hükümler, s.1038; Oğuzman/Öz, C.I, s.89 vd.; Kılıçoğlu, s.96 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.76.

⁷²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başoğlu, Aynen İfa Talebi, s.307-347; GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014; Eren, Genel Hükümler, s.1036 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.388 vd.; Kılıçoğlu, s.642 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.246 vd.; Tandoğan, Mesuliyet s.395 vd.

⁷³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, 1. Bası, Ankara 2011; Oğuzman/Öz, C.I, s.483 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1047 vd.; Kılıçoğlu, s.646 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.245 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.398 vd.

⁷³¹ ACEMOĞLU, Kevork: "Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine", *MHAD*, C.6, S.9, 1972, s.19-29; Eren, Genel Hükümler, s.915-916.

⁷³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, M. Yeşim: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, C.I, İstanbul 2010, s.317-361; Serozan, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku", *İÜHFİM*, C. LVIII, S.1-2, 2000, s.233.

⁷³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sert, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.

aliud ifa veya eksik ifa hallerinin hepsi sözleşmenin ihlali kapsamındadır. Ayrıca *common law* hukuk sisteminde asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesi hiçbir ayırım gözetilmeksizin sözleşmeye aykırılık teşkil eder⁷³⁴.

Antlaşma bakımından, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcının seçimlik hakları gündeme gelir⁷³⁵. Bunlar aynen ifa⁷³⁶, malın yenisi ile değiştirilmesi, maldaki ayıbın giderilmesi (md.46), sözleşmeden dönme⁷³⁷ (md.49) ve bedelin indirilmesidir (md.50). Antlaşma alıcıya, bu seçimlik haklarla birlikte veya tek başına tazminat talep etme hakkını (md.74-77) da vermektedir⁷³⁸. *Civil law* sisteminde sözleşmenin ihlali halinde temel talep aynen ifa iken; *common law* sisteminde sözleşmenin ihlali halinde temel talep tazminattır. Bununla birlikte, aynen ifanın talep edilmesi istisnai hallerde mümkündür⁷³⁹. Buradan hareketle alıcının seçimlik hakları arasında aynen ifa ve tazminat talebini bir arada zikreden antlaşmanın, *civil law* ile *common law* sistemleri arasında bir orta yol bulmaya çalıştığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁴⁰.

Antlaşma bakımından alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ise, satıcının seçimlik hakları gündeme gelir⁷⁴¹. Bunlar ifayı talep etme (satım bedelinin ödenmesi⁷⁴², malların teslim alınması veya sözleşme ile kararlaştırılmış veya işin icabından kaynaklanan diğer yükümlülükleri ifa), sözleşmeden dönme (md.64), sözleşme uyarınca malların şeklinin ve ölçüsünün alıcı tarafından belirlenmesi gerekiyorsa ve bu yükümlülük makul bir süre içinde

⁷³⁴ Atamer, CISG, s.282.

⁷³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Welser, Rudolf/Welser, Irene: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar” (Çev.: Ayça Akkayan Yıldırım), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1-2, Aralık 2006, s.145-164.

⁷³⁶ Erdem, H. Ercüment: “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Ed.: M. Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s.105-163; Başoğlu, Başak: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, İstanbul 2012; Baş, Ece: “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.623-656; Eren, Genel Hükümler, Borçlar Hukuku, s.1028; Oğuzman/Öz, C.I, s.512 vd.; Kılıçoğlu, s.615 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.259; Tandoğan, Mesuliyet, s.405.

⁷³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, H. Ercüment: “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, 1. Bası, İstanbul 2010, s.857-895; Eren, Genel Hükümler, Borçlar Hukuku, s.1119 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.481 vd.; Kılıçoğlu, s.655; Hatemi/Gökyayla, s.260 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.406.

⁷³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, M. Yeşim: “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.487-510; Eren, Genel Hükümler, Borçlar Hukuku, s.1035; Oğuzman/Öz, s.472 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.618 vd.; Tandoğan, s.414 vd.

⁷³⁹ Baş, s.629; Başoğlu, Aynen İfa Talebi, s.17; Pearce, David/Halson, Roger: “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1 (2008), s.75.

⁷⁴⁰ Atamer, CISG, s.291.

⁷⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kanışlı, Erhan: *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*, İstanbul 2013.

⁷⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, Cansu: *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, İstanbul 2012.

yerine getirilmemişse, alıcının kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi yapmasıdır (md.65).

Antlaşma uyarınca, sözleşmenin satıcı veya alıcı tarafından ihlal edilmesi halinde, tazminat talep etme hakkı dahil seçimlik hakların kullanılabilmesi için satıcının veya alıcının kusurlu olması gerekmez. Antlaşma kapsamında tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu, hukuki niteliği itibarıyla kusursuz sorumluluktur. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi, antlaşmanın, borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükleri birer garanti taahhüdü olarak değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke çerçevesinde, satıcı, gerek sözleşmeyi geç ifa etmesi gerekse sözleşmeye uygun olmayan mal teslim etmesi veya başka bir şekilde sözleşmeyi ihlal etmiş olması halinde kusurlu olsun veya olmasın alıcının bundan dolayı uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Böylece taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak sıkı bir sorumluluk altına sokulmuştur. Tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk öngören bu antlaşmada, bu noktada yine *common law* sisteminin etkisi hissedilmektedir⁷⁴³.

Kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak ağır bir sorumluluk altına sokulması ve borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülüklerin birer garanti taahhüdü olarak değerlendirilmesi nedeniyle antlaşma, tazminat sorumluluğunu sınırlandırma ihtiyacı duymuştur. İşte antlaşmanın 74. maddesi bu ihtiyacı karşılamaya yöneliktir. Bu madde uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz. Yani, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulduğu anda öngörebildiği veya öngörmesi gerektiği zarar ile sınırlıdır⁷⁴⁴. Öngörülebilirlik ilkesiyle amaçlanan, tarafların sözleşme ilişkisine girerken muhtemel ekonomik riskleri bilmesi ve bunları göze alarak borç ilişkisine girmesidir⁷⁴⁵. Bununla birlikte öngörülebilirlik ölçütü sayesinde sözleşme taraflarından her biri, karşı tarafın bilemeyeceği riskler ve özel durumlar hakkında diğerini bilgilendirmeye teşvik edilmektedir. Öngörülebilirlik ilkesi, aynı zamanda

⁷⁴³ Atamer, CISG, s.291.

⁷⁴⁴ Ayrıca bkz. Birinci Uzun, Tuba: "CISG Uygulaması Bakımından Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", *DEÜHFD*, C.16, S.1, 2014, s.151-192.

⁷⁴⁵ Saidov, s. 119; Atamer, CISG, s.441; Dayıoğlu, s.123; Ulusu, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011, s.134; BİNGÖL, İtir F.: Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011, s.126.

taraflar arasındaki bilgi akışının ve işbirliğinin gerçekleştirilmesi amacına da hizmet etmektedir⁷⁴⁶. İşte götürü tazminat, tam da bu noktada işlevseldir. Sözleşmenin kurulduğu anda, sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından öngörülebilir olmayan bir zarar, tarafların yapacağı bir götürü tazminat anlaşması ile öngörülebilir bir zarar haline gelebilir.

2.2 Diğer Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi

2.2.1 Cayma Parasından ve Dönme Cezasından

TBK md.178 uyarınca, cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiğini bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir. Buna göre, sözleşme kurulurken taraflardan biri, diğer tarafa bir miktar para verir ve bu paranın kendisinde kalması şartıyla dilediği zaman sözleşmeden dönme hususunda onunla anlaşır, cayma parası söz konusu olur⁷⁴⁷. Cayma parası, tarafların her ikisine de sözleşmeden dönme hakkı verir. Bu nedenle doktrinde cayma parasına, pişmanlık akçesi, dönme parası veya dönme tazminatı da denmektedir⁷⁴⁸. Böylelikle karşı tarafın başka bir tazminat talep etme hakkı ortadan kalkar. Yani cayma parası, sözleşme ile taraflara tanınmış bulunan sözleşmeden dönme hakkının, tazminat olarak karşılığıdır⁷⁴⁹. Cayma parasında bunu veren ile alanın feda edecekleri miktar birbirinden farklıdır. Gerçekten cayma parasını veren sözleşmeden dönmesi halinde feda edeceği miktar sözleşme kurulurken ödediği para ile sınırlı iken; alan tarafın sözleşmeden dönmesi halinde ödeyeceği miktar, aldığı iki katıdır⁷⁵⁰.

Sözleşme kurulurken verilen bir miktar paranın bağlanma parası olarak mı, yoksa cayma parası olarak mı verildiği taraflar arasında uyuşmazlık konusu olursa, TBK md.177 f.1 uyarınca, verilen para, cayma parası olarak değil; sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilen bağlanma parası olarak kabul edilir.

Borçlunun sözleşmeden dönmemesi halinde, cayma parası olarak alacaklıya verdiği paranın asıl borca mahsup edilip edilmeyeceği hususunda kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bağlanma parası hakkındaki hüküm, istisnai nitelikte olduğundan ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, kıyas yoluyla da olsa cayma parasına

⁷⁴⁶ Atamer, CISG, s.442, dn.864; Dayıoğlu, s.123.

⁷⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1192 ; Hatemi/Gökyayla, s.355; Kılıçoğlu, Ahmet, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.540; Tunçomağ, s.31; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.57; Erdem, Mehmet: “Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.671.

⁷⁴⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, s.774; Oğuzman/Öz, C.II, s.540; Eren, Genel Hükümler, s.1192; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.57.

⁷⁴⁹ Oertli, N.96; Kılıçoğlu, Ahmet, s.775. Buna karşılık, borçlunun sözleşmeden dönmemesinin yaptırımının yalnızca cayma parası ile sınırlı tutulmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğu hallerde, alacaklının cayma parası dışında kalan zararının tazminini de talep edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.454.

⁷⁵⁰ Oğuzman/Öz, C.II, s.541; Kılıçoğlu, Ahmet, s.774-775; Eren, Genel Hükümler, s.1192; Hatemi/Gökyayla, s.355; Erdem, Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı, s.671-672.

uygulanamaz⁷⁵¹. Ancak, taraflar isterlerse bu yönde bir sözleşme yapabilirler. Cayma parası veren taraf sözleşmeden dönmezse, bunu alandan geri vermesini isteyebilir. Burada sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır⁷⁵².

TBK md.179 f.3'te, dönme cezası (ifayı engelleyen ceza koşulu) hükme bağlanmıştır. Buna göre, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya feshetme suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Yani borçlu, alacaklı ile yaptığı anlaşmada dilerse sözleşmeden dönmeyi ve alacaklıya yalnızca belirlenen cezayı ödemeyi kararlaştırabilir. Dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde, borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklı da yalnızca kararlaştırılan cezanın ödenmesini isteyebilir; alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını isteyemez⁷⁵³. Dönme cezası, gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Çünkü burada, asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi, teminat altına alınmak suretiyle ifasının sağlanması ve böylelikle alacaklının hukuki durumunun sağlamaştırılması söz konusu değildir. Aksine, dilerse kararlaştırılan cezayı ödemek ve sözleşmeden dönmek veya sözleşmeyi feshetmek imkanının tanınmasıyla borçlunun durumu kolaylaştırılmaktadır⁷⁵⁴. Bu işlevi nedeniyle dönme cezası, bir ceza koşulundan ziyade cayma parasına benzemektedir⁷⁵⁵.

Dönme cezası ile cayma parası, amaç itibariyle birbirine benzemekle birlikte aralarındaki fark, cayma parasında para daha sözleşme kurulurken ödendiği ve parayı verenin borcu ifa etmeyerek sözleşmeden dönmesi halinde bu para diğer tarafta kaldığı halde; dönme cezasında ceza koşulu ancak sözleşmeden dönüldüğü zaman ödenir. Diğer yandan, karşı tarafın cayma parası ödeyerek sözleşmeden dönmesi halinde onun ödeyeceği miktar normal cayma parasının iki katı iken; dönme cezasında böyle bir artış söz konusu olmaz. Ayrıca seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulunun aşırılığı nedeniyle indirilmesi hakimden istenebildiği halde; cayma parasının aşırı derecede yüksek olması nedeniyle indirilmesi istenemez⁷⁵⁶.

⁷⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s.1193. Oğuzman/Öz'e göre, cayma parası verildikten sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılmayacağı anlaşılması veya kullanılabilmesi makul süre dolmuşsa, verilen cayma parası alanın alacağına mahsup edilecektir. Bağlanma parasının kural olarak alacağına mahsup edileceği yönündeki TBK md.177 f.2 hükmü, burada da uygulanır. Bkz. C.II, s.541. Erdem'e göre de cayma parası asıl alacağına mahsup edilebilir. Bkz. Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı, s.674.

⁷⁵² Eren, Genel Hükümler, s.1193.

⁷⁵³ Tunçomağ, s.47; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.154; Kılıçoğlu, Ahmet, s.783; Eren, Genel Hükümler, s.1186; Oğuzman/Öz, C.II, s.531; Hatemi/Gökyayla, s.351.

⁷⁵⁴ Tunçomağ, s.47; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.154; Oğuzman/Öz, C.II, s.531; Eren, Genel Hükümler, s.1186; Kılıçoğlu, Ahmet, s.783; Erdem, Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı, s.679.

⁷⁵⁵ Tunçomağ, s.31; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.58; Eren, Genel Hükümler, s.1186; Kılıçoğlu, Ahmet, s.784; Hatemi/Gökyayla, s.351; Oğuzman/Öz, C.II, s.541; Erdem, Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı, s.679.

⁷⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1193; Kılıçoğlu, Ahmet, s.785; Kocaağa, Cezai Şart, s.58-59; Tunçomağ, s.31-32; Hatemi/Gökyayla, s.351; Oğuzman/Öz, C.II, s.531; Erdem, Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı, s.684.

Götürü tazminat ise, amaç itibariyle cayma parası ve dönme cezasından farklıdır. Cayma parasının veya dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde, taraflara sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanınmaktadır. Gerçekten cayma parası, tarafların her ikisine de sözleşmeden dönme hakkı verir (TBK md.178); dönme cezasının kararlaştırıldığı hallerde ise, borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Götürü tazminat anlaşması ise sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yöneliktir ve taraflara, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi vermez⁷⁵⁷. Çünkü götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği ilk yükümlülükler bakımından hiçbir etkiye sahip değildir⁷⁵⁸. Başka bir deyişle, götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, borçluyu, alacaklıya karşı borçlanmış olduğu edimin ifasından kurtarmayacağı gibi borçluyu, alacaklıya karşı olan yükümlülüklerinden de bağışık kılmaz⁷⁵⁹. Çünkü asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde gündeme gelen götürü tazminat alacağı, ikincil (tali) bir edim yükümlülüğü niteliğindedir⁷⁶⁰. Öte yandan götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde dahi, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi durumunda alacaklı, yalnızca kanunda öngörülen hallerde sözleşmeden dönme yetkisine sahiptir. Örneğin sözleşmenin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü halinde, TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı sözleşmeden dönebilir. Bu durumda kural olarak alacaklı, artık kararlaştırılmış olan götürü tazminat ediminin ifasını talep edemez⁷⁶¹. Çünkü genel olarak götürü tazminat edimleri, ifa menfaati esas alınarak kararlaştırılır⁷⁶². Öte yandan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar arasında, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapılması da mümkündür⁷⁶³. Götürü tazminat anlaşmasının menfi menfaate odaklanması halinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra da götürü tazminat alacağı talep edilebilir⁷⁶⁴. Bu durumda, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, götürü tazminat anlaşması hüküm ve sonuç doğurmaya başlar⁷⁶⁵. Hatta böyle bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması halinde, götürü tazminatın sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olduğu ifade edilmektedir⁷⁶⁶.

⁷⁵⁷ Oertli, N.100.

⁷⁵⁸ Oertli, N.213.

⁷⁵⁹ Oertli, N.214.

⁷⁶⁰ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

⁷⁶¹ Oertli, N.222.

⁷⁶² Oertli, N.217, 222, 225.

⁷⁶³ Oertli, N.222.

⁷⁶⁴ Oertli, N.222.

⁷⁶⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

⁷⁶⁶ Kapancı, s.663; Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

2.2.2 Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenmeden

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, TBK md.128’de düzenlenmiştir. TBK md.128 f.1 uyarınca, üçüncü kişinin edimini diğer tarafa karşı üstlenen kimse, bu edim yerine getirilmediği takdirde, edimi değil, ifa etmemeden doğan zararı tazmin borcu altına girer. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Bu sözleşmede üstlenen, üstlenilene (sözleşmenin diğer tarafına) üçüncü bir kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişi böyle bir edimi yerine getirmediği takdirde bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt eder⁷⁶⁷. Burada bir borcun yerine getirilmesi değil; yerine getirilmemesinin doğuracağı zararlar teminat altına alınmaktadır. Örneğin A, B’ye karşı, C’nin maliki olduğu taşınmazı B’ye satacağını, satmaması halinde B’nin uğrayacağı zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt edebilir. Bu durumda, üçüncü kişinin fiilini üstlenme söz konusu olur. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üç kişi bulunur. Bunlar; üstlenen, üstlenilen ve üçüncü kişidir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin tarafları, üstlenen ile üstlenilendir. Üstlenen üstlenme beyanını üçüncü kişinin temsilcisi sıfatıyla değil, kendi adına yapmaktadır. Üçüncü kişi burada sözleşmenin tarafı değildir. Bu nedenle, üstlenilen, kendisine taahhüt edilen edim yerine getirilmediği takdirde tazminat davasını doğrudan doğruya üstlenen aleyhine açar. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi dolayısıyla üçüncü kişi aleyhine hiçbir talep ve dava hakkı doğmaz⁷⁶⁸. TBK md.128 f.2 uyarınca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, belirli bir süre için yapılabilir ve sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.

Gerek üçüncü kişinin fiilini üstlenme gerekse hem de götürü tazminat, edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yöneliktir. Bu yönüyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile götürü tazminat arasında bir benzerlik bulunmaktadır.

Asıl borç ilişkisinin tarafları, kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarıdır.

⁷⁶⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1153; Kılıçoğlu, Ahmet, s.568-569; Hatemi/Gökyayla, s.288; Oğuzman/Öz, C.II, s.403. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin bir türü olan garanti sözleşmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.804 vd.; Tandoğan, Haluk: Garanti Mukavelesi, Ankara 1959; Gümüş, C.II, s.505 vd.; Yavuz, s.1437 vd.; Reisoğlu, Seza: Garanti Mukavelesi, Ankara 1963. Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenme konusu, en çok banka teminat mektupları ile ilgili çalışmalarda incelenmiştir. Bkz. Aral, Fahrettin: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.131-143; Arkan, Sabih: “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *BATİDER*, C.XVI, S.4, 1992, s.59-84; Barlas, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986; Reisoğlu, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003; Reisoğlu, Seza: “Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara 1989, s.67-79; Kocaman, Arif: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, *BATİDER*, C.XV, S.3, 1990, s.49-66.

⁷⁶⁸ Eren, Genel Hükümler, s.1153-1154; Kılıçoğlu, Ahmet, s.569; Hatemi/Gökyayla, s.289.

Yani asıl borcun alacaklısı ve borçlusu, kural olarak götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur⁷⁶⁹. Buna karşılık, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde üç kişi bulunur; bunlar, üstlenen, üstlenilen ve üçüncü kişidir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin tarafları ise üstlenen ile üstlenilendir. Üçüncü kişi burada sözleşmenin tarafı değildir. Bunun yanı sıra, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenen her zaman asıl borca yabancı bir kişidir. Bu yönüyle üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ile götürü tazminat anlaşması arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Öte yandan üçüncü kişinin fiilini üstlenme borcu, niteliği itibariyle asli ve bağımsız bir borçtur⁷⁷⁰. Ancak götürü tazminat, geçerliliği ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterir⁷⁷¹.

2.2.3 Kefaletten

TBK md.581 uyarınca kefalet sözleşmesi, kefilin, alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir⁷⁷². Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılır. Kefilin alacaklıya karşı borç altına girebilmesi için, asıl borçlunun rızasına gerek olmadığı gibi, asıl borçlunun bundan haberdar olmasına da gerek yoktur. Hatta kefalet, asıl borçlunun durumunu kötüleştirmeyip onun yararına olduğu için, asıl borçlu kefaleti açıkça istememiş olsa bile kefil yükümlülük altına girebilir⁷⁷³. Kefil, borçlunun borcu ifa etmemesi halinde bunun sonuçlarından alacaklıya karşı şahsen sorumlu olur⁷⁷⁴.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik olması bakımından kefalet ile götürü tazminat arasında bir benzerlik söz konusudur. TBK md.582 uyarınca, kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Benzer şekilde, bir götürü tazminat anlaşmasının var olabilmesi için de

⁷⁶⁹ Oertli, N.116.

⁷⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s.1158.

⁷⁷¹ Erdem, Götürü Tazminat, s.100; Kapancı, s.661.

⁷⁷² Tandoğan, C.II, s.693; Aral/Ayrancı, s.417; Zevkliler/Gökyayla, s.653; Yavuz, s.1361;Gümüş, C.I, s.320; Eren, Özel Hükümler, s.71. Ayrıca, kefalet sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz.Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013; Özen, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012; Ayan, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013; Ayrancı, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFĐ*, C.53, S.2, 2004, s.95-120; Grassinger, Gülçin Elçin: “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, *İÜHFĐ*, C.55, S.1-2, 1996, s.389-412; Grassinger, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Savunma İmkanları, İstanbul 1996; Şahan, Gökhan: Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009; Barlas, Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI (9-10 Aralık 2005)*, Ankara 2006, s.39-67; Barlas, Nami: “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)*, İstanbul 2012, s.349-361; Barlas, Nami: “Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK m.494/f.1 Hükümünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s.169-194; Berki, Şakir: “Türk Hukukunda Kefalet”, *Prof. Dr. Esat Arsebük'e Armağan*, Ankara 1958, s.15-36.

⁷⁷³ Zevkliler/Gökyayla, s.653; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.693-694; Yavuz, s.1362; Aral/Ayrancı, s.417.

⁷⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1155; Eren, Özel Hükümler, s.774; Zevkliler/Gökyayla, s.654; Gümüş, C.II, s.322; Yavuz, s.1362; Aral/Ayrancı, s.417-418.

öncelikle bir asıl sözleşmenin var olması gerekir. Öte yandan kefaletten doğan borç, fer'i bir borçtur⁷⁷⁵. TBK md.598 f.1 uyarınca, hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur. Götürü tazminat alacağı da geçerliliği ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlıdır⁷⁷⁶. Kefalet sözleşmesi, kural olarak ivazsız bir sözleşmedir ve tek tarafa borç yükler⁷⁷⁷. Götürü tazminat anlaşması da, taraflar arasında söz konusu olan asıl borç ilişkisi farklılık gösterse de, her zaman tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir⁷⁷⁸. Götürü tazminat anlaşması ile tazminat borçlusu, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi ve asıl borcun ihlali nedeniyle alacaklının zarara uğraması halinde, götürü tazminatı ödeme borcu altına girerken; götürü tazminat alacaklısının, götürü tazminat alacağı karşılığında yerine getirmesi gereken herhangi bir borç bulunmamaktadır. TBK md.583 f.1 uyarınca kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet sözleşmesinde belirtilir. Kefilin sorumluluğu, kefalet sözleşmesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır⁷⁷⁹. Bu yönüyle kefalet sözleşmesi, götürü tazminat anlaşması türlerinden azami götürü tazminat anlaşmasına benzemektedir. Çünkü azami götürü tazminat anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını yukarı doğru sınırlar⁷⁸⁰.

Kefalet sözleşmesi ile götürü tazminat anlaşması, tarafları bakımından farklılık gösterir. Asıl borç ilişkisinin tarafları, kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarıdır. Yani asıl borcun alacaklısı ve borçlusu, kural olarak götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur⁷⁸¹. Buna karşılık, kefilin asıl borç ilişkisine dahil olmayan üçüncü bir kişi olması gerekir. Çünkü kimse, kendi borcuna kefil olamaz⁷⁸². Sonuç olarak kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi durumundaki kefil ile alacaklı arasında yapıldığı halde; götürü tazminat anlaşması, asıl borcun borçlusu ile alacaklısı arasında söz konusu olur.

2.2.4 Şarta Bağlı Borçtan

Bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması veya hüküm ve sonuç doğuran bir hukuki işlemin ortadan kalkması, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir

⁷⁷⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.655; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.695; Gümüş, C.II, s.322; Yavuz, s.1366; Eren, Özel Hükümler, s.776; Aral/Ayrancı, s.418.

⁷⁷⁶ Erdem, Götürü Tazminat, s.100; Kapancı, s.661.

⁷⁷⁷ Zevkliler/Gökyayla, s.656; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.694; Gümüş, C.II, s.329; Yavuz, s.1368; Eren, Özel Hükümler, s.772-773; Aral/Ayrancı, s.421.

⁷⁷⁸ Kapancı, s.658.

⁷⁷⁹ Zevkliler/Gökyayla, s.666; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.754; Gümüş, C.II, s.354 vd.; Yavuz, s.1380; Eren, Özel Hükümler, s.785; Aral/Ayrancı, s.440.

⁷⁸⁰ Oertli, N.57.

⁷⁸¹ Oertli, N.116.

⁷⁸² Zevkliler/Gökyayla, s.654.

olguya bağlanmış olabilir. İşte bir hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasının veya hüküm ve sonuçlar doğurmaya devam eden bir hukuki işlemin ortadan kalkmasının bağlı olduğu gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bu olguya *şart* denir⁷⁸³. Şart; olumlu veya olumsuz olabileceği gibi, iradi veya teasüfi de olabilir⁷⁸⁴. Sonuçlarının doğması veya ortadan kalkması, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanan borca ise *şarta bağlı borç* denir⁷⁸⁵. Borç, geciktirici (taliki) şarta bağlanabileceği gibi, bozucu (infisahi) şarta da bağlanabilir⁷⁸⁶. Geciktirici şarta bağlı borçlarda, hukuki sonucun doğması, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmıştır (TBK md.170). Buna karşılık bozucu şarta bağlı borçlarda, devam etmekte olan hukuki sonucun ortadan kalkması, önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bağlanmıştır (TBK md.173).

Götürü tazminatta *asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde* ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlendiği dikkate alındığında götürü tazminatın, geciktirici şarta bağlı bir borç doğurduğu söylenebilir⁷⁸⁷. Çünkü götürü tazminat ödeme borcunun doğumu, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesine bağlıdır. Asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi (hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi), gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgudur. Hatta götürü tazminat borcunun doğumu, tarafların iradeleriyle asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesine (hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine) bağlanmıştır. O halde, götürü tazminat ediminin, geciktirici ve iradi şarta bağlı bir borç olduğu söylenebilir. Bu tespit, ilk bakışta oldukça mantıklı görünmektedir. Çünkü götürü tazminat anlaşması ile borçlu, bir şarta, yani borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şartına bağlı olarak, belirli bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir. Gerçekten borçlunun, asıl borcu ifa edip etmeyeceği başlangıçta belli değildir. Bundan dolayı, ilk bakışta götürü tazminat ediminin, iradi nitelikte geciktirici şarta bağlı bir borç olduğu düşünülmektedir⁷⁸⁸. Ancak bu tespit, hukuki bakımdan pek de isabetli değildir. İradi şartlar, borçlunun iradesine tabi olabileceği gibi alacaklının iradesine de tabi olabilir. Ancak götürü tazminat anlaşması bakımından şartın alacaklının iradesine tabi kılınması mümkün değildir; aksi takdirde bir götürü tazminat anlaşmasından söz edilemez. Öte yandan götürü tazminat ediminin

⁷⁸³ Günlük dilde ve hukuk dilinde şart kavramı hakkında bkz. Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.17-18; Eren, Genel Hükümler, s.1161; Oğuzman/Öz, C.II, s.491 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.328; Kılıçoğlu, Ahmet, s.758; Hatemi/Gökyayla, s.337.

⁷⁸⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1169 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.340 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.762 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.497 vd.

⁷⁸⁵ Sirmen, Şart, s.30; Eren, Genel Hükümler, s.1131; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.328; Oğuzman/Öz, C.II, s.492; Hatemi/Gökyayla, s.337; Kılıçoğlu, Ahmet, s.758.

⁷⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1171 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.341 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, s.761 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s.498 vd.

⁷⁸⁷ Erdem, Götürü Tazminat, s.101; Kapancı, s.666-665.

⁷⁸⁸ Kapancı, s.666-665; Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

doğumunun yalnızca borçlunun iradesine bırakılmış iradi şarta bağlı bir borç olduğu da söylenemez. Çünkü iradi şarta bağlı borçlarda borçlu, şartı yerine getirip getirmemekte tamamen serbest olup, bu konuda hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Oysa götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde, bir asıl borç söz konusudur ve borçlu, asıl borcu gereği gibi ifa etmekle, yani ihlal etmemekle yükümlüdür. Borçlunun asıl borcu gereği gibi ifa etmesi arzulanan bir durumdur ve asıl borcun borçlu tarafından gereği gibi ifa edilmesi, şartın gerçekleşmesine engel olur. *O halde, borçlunun yükümlülüğü, asıl borcu ihlal etmemek, başka bir deyişle şartın gerçekleşmesine engel olmaktır.* Öte yandan TBK md.175 uyarınca taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak şartın gerçekleşmesini engellemesi halinde, şart gerçekleşmiş sayılır. Bu çelişki dikkate alındığında borçlu bakımından böyle bir yükümlülüğün söz konusu olması durumunda, teknik ve hukuki anlamda bir şarttan bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁸⁹.

Ayrıca teknik anlamda bir şartın söz konusu olması halinde, kararlaştırılmış bulunan şartın gerçekleşmesiyle birlikte borç da kendiliğinden doğar. Aleyhine şart koşulmuş olan borçlu şartın tesadüfen gerçekleştiğini, yani bu gerçekleşmenin borçluya yüklenemeyeceğini ileri süremez⁷⁹⁰. Oysa götürü tazminat ediminin doğumu için asıl borcun, *borçlu tarafından ihlal edilmiş olması* gerekir.

Son olarak şarta bağlı borçlarda, şartın gerçekleşmesinden önce tek bir borç söz konusudur. Şartın gerçekleşmesinden sonra ise, bu borç şarta bağlı olmaktan kurtulur. Şarta bağlı borçlarda, şartın gerçekleşmesi üzerine alacaklı yalnızca borcun ifasını isteyebilir. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise, alacaklı asıl borcun imkansız hale gelmemiş olması şartıyla, asıl borcun aynen ifasını ve götürü tazminat edimini talep edebilir.

Sonuç olarak, ilk bakışta götürü tazminat edimi şarta bağlı bir borç olarak görünse de yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, götürü tazminat ediminin teknik anlamda şarta bağlı bir borç olduğu söylenemez. Bu durumda, asıl borcun ihlal edilmesini başka bir deyişle asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesini, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi şartlarından biri olarak kabul etmek daha yerinde olur⁷⁹¹.

2.2.5 Seçimlik Borçtan

Borcun konusunu birden çok edim oluşturmakla birlikte, borçlunun bunlar arasından

⁷⁸⁹ Hukuki işlemin kurucu unsurları ile şartın birbirinden ayırt edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, s.760 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1163 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.339.

⁷⁹⁰ Pulaşlı, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989, s.193-194.

⁷⁹¹ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Bilge, Necip: Cezai Şart, *Prof. Dr. Esat Arsebük'e Armağan*, Ankara 1958, s.58; Kocaağa, Cezai Şart, s.73.

sececeği bir tek edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu borca, seçimlik borç denir⁷⁹². TBK md.87 uyarınca hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, seçim hakkı kural olarak borçluya aittir. Ancak kanun veya sözleşme ya da işin niteliği gereği, bu hak alacaklıya veya üçüncü bir kişiye de tanınabilir. Seçim hakkı, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan ve değiştirici yenilik doğuran bir haktır. İrade beyanı, karşı tarafa varmakla kendiliğinden hüküm doğurur ve böylece borcun konusu tek bir edim halinde kesin olarak belli olur. Borçlu, bu edimi yerine getirirse, borç sona erer⁷⁹³.

Seçimlik borçta, tek bir borç vardır ve bu borcun konusu birden çok asli edimden biridir. Başka bir deyişle, seçimlik borçta yer alan birden çok edimden her biri asli borç niteliğinde olup, birbirinden bağımsızdır. Götürü tazminat ise, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesidir. Bu durumda, asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde gündeme gelen götürü tazminat alacağı, ikincil (tali) bir edim yükümlülüğü niteliğindedir⁷⁹⁴. Çünkü götürü tazminat alacağı, asıl sözleşmenin kurulmasıyla değil; asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkar. Borçlunun götürü tazminat ödeme yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü olmayıp, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesiyle asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin, götürü tazminat alacağına dönüşmesinden ibarettir⁷⁹⁵. Bu ayırımın pratik önemi kendisini şu noktada gösterir: Seçimlik borçlarda iki veya daha çok edimden birinin ifası borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı imkansız hale gelirse, ya borç seçimlik olmaktan çıkarak borcun konusunu diğer edim oluşturur ya da seçim konusu edimlerin sayısında bir azalma olur⁷⁹⁶. Ancak götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde, asıl borcun ifası, borçluya yüklenemeyen bir nedenden dolayı imkansız hale gelirse, asıl borçla birlikte götürü tazminat da sona erer.

Götürü tazminat ödeme borcunun, teknik ve hukuki anlamda şarta bağlı bir borç olmadığı yukarıda belirtilmişti. Götürü tazminat ödeme borcu gibi seçimlik borç da şarta bağlı bir borç değildir. Seçimlik borçta, borcun doğup doğmayacağına ilişkin bir belirsizlik söz konusu değildir. Seçimlik borçta belirsizlik, borçlanılmış birden çok edimden hangisinin yerine getirileceğine ilişkindir. Bu nedenle, seçimlik borçta esas itibarıyla borç ilişkisi kurulmuş ve borç doğmuş olup, bunun sadece konusu belirsizdir. Oysa şarta bağlı borçlarda,

⁷⁹² Eren, Genel Hükümler, s.962; Kılıçoğlu, Ahmet, s.593; Oğuzman/Öz, C.I, 287; Kocayusufpaşaoğlu, s.64; Hatemi/Gökyayla, s.209.

⁷⁹³ Eren, Genel Hükümler, s.962; Kocayusufpaşaoğlu, s.64; Oğuzman/Öz, C.I, 289; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594; Hatemi/Gökyayla, s.210.

⁷⁹⁴ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

⁷⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.31; Kapancı, s.662.

⁷⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s.969; Oğuzman/Öz, C.I, 288, 290.

örneğin geciktirici şartta, şartı oluşturan belirsiz olay gerçekleşmezse, borç doğmaz⁷⁹⁷.

Son olarak bir seçimlik borç ilişkisinin varlığının kabulü için, çeşitli edim konularından birinin seçiminin taraflardan birisine bırakılmış olması gerekir⁷⁹⁸. Oysa götürü tazminatın kararlaştırıldığı hallerde, bir asıl borç söz konusudur ve borçlu, asıl borcu gereği gibi ifa etmekle, yani asıl borcu ihlal etmemekle yükümlüdür. Burada borçluya tanınmış bir seçim hakkı söz konusu değildir. Alacaklının asıl edim yerine götürü tazminat alacağını talep etmesi, borç ilişkisine bir seçimlik borç niteliği vermez. Çünkü götürü tazminat ödeme borcunun doğması, tarafların iradelerinin bir ürünü olmayıp, borçlunun borcu ifa etmemesinin bir sonucudur. Borçlu borcunu yerine getirmiş olsaydı, götürü tazminat ödeme borcu söz konusu olmayacaktı. Burada asli edim yükümlülüğü, tali edim yükümlülüğüne dönüşmektedir⁷⁹⁹.

2.2.6 Seçimlik Yetkiden

Seçimlik yetkide, sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak belirlenmiş ve borçlanılmış bir tek aslî edim mevcuttur. Bununla birlikte borçlu, alacaklı ile aralarındaki anlaşma veya alacaklının sonradan kendisine tanıdığı yetki uyarınca, asıl edim yerine başka bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkanına sahiptir⁸⁰⁰. Örneğin, bir vekalet sözleşmesinde avukat, vekalet verene vekalet ücreti olan 1000 TL'yi evinde işçi olarak çalışmak veya belirli bir mal vermek suretiyle ödeme yetkisi verirse, seçimlik yetki söz konusu olur. Asıl edim yerine geçecek edime, *yedek edim* veya *ikame edim* adı verilir⁸⁰¹. Seçimlik yetki, iradî seçimlik yetki ve kanunî seçimlik yetki olmak üzere ikiye ayrılır. İradî seçimlik yetki ya taraflarca birlikte kararlaştırılır ya da sonradan tek taraflı bir irade beyanıyla alacaklı tarafından borçluya tanınır⁸⁰².

TBK md.99 f.2 hükmü, kanunî seçimlik yetkiye örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten TBK md.99 f.2 uyarınca, ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça, borçlu borcunu yabancı parayla ödeyecek yerde, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödeyebilir. İşte burada borçlu, esas itibarıyla asıl edim olarak yabancı ülke parası ile ödeme yapmayı borçlanmış iken, TBK md.99 f.2'de borçluya, bu borcunu Türk parasıyla ödeme yetkisi tanınmıştır.

Asıl edim ile ikame edim ayırımı, özellikle edimin imkansızlaşması bakımından

⁷⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.962.

⁷⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.64; Kılıçoğlu, Ahmet, s.593; Eren, Genel Hükümler, s.963; Oğuzman/Öz, C.I, s.289.

⁷⁹⁹ Eren, Genel Hükümler, s.963-964.

⁸⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s.969; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594; Kocayusufpaşaoğlu, s.67; Oğuzman/Öz, C.I, s.278.

⁸⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s.969; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594; Kocayusufpaşaoğlu, s.67.

⁸⁰² Eren, Genel Hükümler, s.969; Kocayusufpaşaoğlu, s.67; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594.

önemlidir. Asıl edimin ifası, borçlunun kusuru dışında imkansız hale gelirse, onun yerine yedek edim geçmez, aksine borç ilişkisi sona erer; alacaklı, boçludan yedek edimin ifasını isteyemez⁸⁰³. Götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde de asıl borcun ifası, borçluya yüklenemeyen bir nedenden dolayı imkansız hale gelirse, kural olarak asıl borçla birlikte götürü tazminat da sona erer. Bu yönüyle seçimlik yetki ile götürü tazminat anlaşması birbirine benzemektedir. Buna karşılık, seçimlik yetkiden bahsedebilmek için borçlunun, alacaklı ile aralarındaki anlaşma veya alacaklının sonradan kendisine tanıdığı yetki uyarınca, asıl edim yerine başka bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulma imkanına sahip olması gerekir⁸⁰⁴. Götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, asıl edimin yedeği niteliğinde olmayıp, borçlu asıl edim yerine kararlaştırılan götürü tazminat edimini ödeyerek borçtan kurtulma imkanına sahip değildir. Çünkü götürü tazminat anlaşması ilk yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi, özellikle kusurlu ifa imkansızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt hallerinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğünü ifade eden ikincil yükümlülüklerle ilişkindir⁸⁰⁵; sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat alacağı da ikincil (tali) bir edim yükümlülüğü niteliğindedir⁸⁰⁶. Oysa seçimlik yetki, alacaklı ile borçlu arasında söz konusu olan borç ilişkisinin içerdiği ilk yükümlülüklerden olan asli edim yükümlülüğüne ilişkindir.

2.2.7 Sorumsuzluk Anlaşmasından

Sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran anlaşmaya, sorumsuzluk anlaşması denir⁸⁰⁷. Taraflar asıl sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı koyabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Borçlar hukukunda, kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü de kapsar. Buradan hareketle taraflar, borçlunun borçlandığı edimi, tam ve gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan sorumluluğunun kapsamını, şartlarını, tabi olacağı şekli ve zarara kimin katlanacağını, zarar henüz meydana gelmeden önce

⁸⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s.67; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594; Eren, Genel Hükümler, s.969-970.

⁸⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.969; Kocayusufpaşaoğlu, s.67; Kılıçoğlu, Ahmet, s.594.

⁸⁰⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

⁸⁰⁶ Erdem, Götürü Tazminat, s.100.

⁸⁰⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1086; Oğuzman/Öz, C.I, s.453; Serozan, İfa, s.278-279; Başalp, s.6. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976; Erten, Ali: Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, İstanbul 1977; Karabağ Bulut, Nil: "Sorumsuzluk Anlaşması", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.825-883.

kararlaştırabilirler. Böylece, alacaklı ile borçlu kanun tarafından benimsenen sorumluluk rejiminden farklı bir sorumluluk rejimi öngörebilirler⁸⁰⁸.

Taraflar, sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracabilecekleri gibi, bunun yerine borçlunun sorumluluğunu hafifletebilirler⁸⁰⁹. Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun *kusurunun yoğunluğu* esas alınarak yapılabilir⁸¹⁰. Örneğin, borçlunun yalnızca ağır kusurdan sorumlu olacağına ilişkin bir sorumsuzluk kaydına yer verilebilir. Öte yandan, sorumsuzluk anlaşması, *ödenecek tazminat miktarı* esas alınarak da yapılabilir; sorumsuzluk anlaşmasında, borçlunun sorumlu olduğu azami miktar kararlařtırılabilir⁸¹¹.

Sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminat miktarının üst sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmaları - azami götürü tazminat anlaşması ve mutlak götürü tazminat anlaşması- aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşırlar⁸¹². Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları, tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını yukarı doğru sınırlar⁸¹³. Gerçek zarar götürü tazminattan daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı borçludan ancak götürü tazminatı ödemesini talep edebilir⁸¹⁴. Mutlak götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde de kararlaştırılan götürü tazminat, iki taraf için de sabit ve kesindir⁸¹⁵; taraflara götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır⁸¹⁶. Başka bir deyişle, kararlaştırılan götürü tazminat miktarı, ödenecek tazminatın hem en üst sınırını hem de en alt sınırını oluşturur⁸¹⁷. Buna göre, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen fiili zararın, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile kararlaştırılan götürü edimden daha fazla olması durumunda tazminat alacaklısı, götürü edimi aşan fiili zararını ispat ederek bunun ödenmesini talep edemez.

⁸⁰⁸ Başalp, s.6; Oğuzman/Öz, C.I, s.453-454; Serozan, İfa, s.279.

⁸⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1086; Başalp, s.6.

⁸¹⁰ Oğuzman/Öz; C.I, s.452; Eren, Genel Hükümler, s.1086; Kılıçoğlu, Ahmet, s.657; Başalp, s.6.

⁸¹¹ Eren, Genel Hükümler, s.1086. Geniş anlamada sorumsuzluk anlaşmaları hakkında bkz. Başalp, s.10.

⁸¹² Fritz, William F.: "Underliquidated Damages as Limitation of Liability", *Texas Law Review*, Vol.33, No.2, pp.196-222 (Rea, s.148, dn.2); Kapancı, s.667; Sarı, s.304; Yıldırım, s.38. Ayrıca bkz. Mitchel v. Reynolds, 1 P. Wms. 181, 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711); Rogers v. Parrey, 2 Bulst. 136, 81 Eng. Rep. 1012 (K.B. 1616) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Hedrick v. Perry, 102 F.2d 802 (10th Cir. 1939) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Wawak Co. V. Kaiser, 90 F.2d 694 (7th Cir. 1937) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mahoney v. Tingley, 85 Wash. 2d 95, 529 P.2d 1068 (1975), reversing 10 Wash. App. 814, 520 P.2d 268 (1974) (Rea, s.148, dn.2); Haris v. Dawson, 479 Pa. 463, 388 A.2d 748 (1978), reversing 239 Pa. super. 316, 360 A.2d 706 (1976) (Rea, s.148, dn.2); Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

⁸¹³ Oertli, N.57.

⁸¹⁴ Oertli, N.57.

⁸¹⁵ Oertli, N.61.

⁸¹⁶ Kapancı, s.667.

⁸¹⁷ Kapancı, s.667.

Nispi (aksi ispat edilebilir) götürü tazminat anlaşmaları ile asgari götürü tazminat anlaşmaları ise sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımaz. Bununla birlikte, götürü tazminat anlaşmaları, amaç itibariyle sorumsuzluk anlaşmalarından farklıdır. Borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması, götürü tazminat anlaşmaları ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardan biridir. Ancak sorumluluğun sınırlandırılması, götürü tazminat anlaşmalarının tek amacı değildir⁸¹⁸. Götürü tazminat anlaşmaları, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder⁸¹⁹. Buna karşılık, sorumsuzluk anlaşmaları, borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmak veya borçlunun sorumluluğunu hafifletmek amacıyla yapılır. Bu noktada, sorumsuzluk anlaşmaları, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet etmez⁸²⁰. Çünkü taraflar, sorumsuzluk anlaşmaları ile borçlunun sorumluluğunu tamamen de ortadan kaldırırlar⁸²¹.

2.2.8 Götürü Ücretten

Ücretin, önceden ve kesin olarak belirlenmesine götürü ücret denir⁸²². Miktarı kesin olarak belirlendiği için götürü ücret, aynı zamanda hem azami hem de asgari ücrettir⁸²³. Satış, kira ve bazen de eser sözleşmelerinde taraflar, sözleşme kurulurken götürü bir ücret üzerinde anlaşılırlar⁸²⁴. Götürü ücret, borçlunun, sözleşme dolayısıyla yerine getirmesi gereken ediminin karşılığıdır⁸²⁵. Götürü ücretin, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat ile bir ilgisi yoktur. Bu nedenle götürü ücret ile götürü tazminatı birbirinden ayırmak kolaydır⁸²⁶.

Ayrıca sözleşmenin tarafları, özel taleplere veya özel durumlara ilişkin söz konusu olabilecek masraflar bakımından da götürü meblağ kararlaştırabilirler. Çünkü bu özel talep veya özel durum, karşı tarafın birtakım masraflar yapmasına neden olur⁸²⁷. Örneğin kredi kartı hamilleri ile banka arasında yapılan sözleşmelerde, ek kart çıkarılmasının talep edilmesi

⁸¹⁸ Oertli, N.103.

⁸¹⁹ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

⁸²⁰ Oertli, N.103.

⁸²¹ Eren, Genel Hükümler, s.1086; Başalp, s.6.

⁸²² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.234; Gümüüş, C.II, s.79-80; Eren, Özel Hükümler, s.651; Aral/Ayrancı, s.368; Zevkliler/Gökyayla, s.527; Yavuz, s.1012; Gökyayla, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.217; BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 2009, s.30; Kocaağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s.174.

⁸²³ Zevkliler/Gökyayla, s.527; BAYGIN, s.30; Kocaağa, Köksal: İnşaat, s.174; Gökyayla, s.217.

⁸²⁴ Oertli, N.87. Ayrıca bkz. Kocaağa, İnşaat, s.174.

⁸²⁵ Oertli, N.87.

⁸²⁶ Oertli, N.87.

⁸²⁷ Oertli, N.88.

halinde, kredi kartı hamilinin ödeyeceği ücret, çoğu zaman baştan bellidir. Kaybolan kredi kartı yerine yeni kart oluşturulması halinde ödenecek ücret bakımından da aynı durum söz konusudur⁸²⁸. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, özel bir talepte bulunulması veya özel bir durumun gerçekleşmesi, taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin ihlali anlamına gelmez. Çünkü özel bir talepte bulunulması veya özel bir durumun gerçekleşmesi, sözleşme ilişkisi içerisinde izin verilen bir davranış biçimi veya karşı tarafça kabul edilen bir durum olarak karşımıza çıkar⁸²⁹. Buna karşılık, götürü tazminat ise sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak kararlaştırılır. Örneğin, taraflar arasında söz konusu olan bir paket tur sözleşmesinde, standart odada konaklamanın hizmet bedeline dahil olduğu; lüks odada konaklama için gecelik kişi başı 50 TL ek ücret ödenmesi gerektiği belirtilmiş olabilir. Bu durumda, müşterinin lüks odada konaklama talebinde bulunması sözleşme ilişkisi içerisinde izin verilen bir davranış biçimi olduğu için, bu talep, taraflar arasında söz konusu olan paket tur sözleşmesinin ihlali değildir. Ancak bu özel talebin karşılanmasının, tur şirketi bakımından birtakım ek masraflar meydana getireceği açıktır. Bu nedenle, ilgili paket tur sözleşmesinde, konaklama tipinin değiştirilmesinin meydana getireceği ek masrafların giderilmesine yönelik olarak götürü bir ücret (gecelik kişi başı 50TL) kararlaştırılmıştır. Kararlaştırılan bu götürü ücret, ek masrafları gidermeye yönelik iken; götürü tazminat, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi gidermeye, alacaklının malvarlığını iyileştirmeye yöneliktir⁸³⁰.

2.2.9 Sulh Sözleşmesinden, Davayı Kabulden, Davadan Feragatten ve Borç Tanımasından

Sulh sözleşmesi, tarafların bir hukuki ilişki hakkındaki uyuşmazlık veya şüpheyi karşılıklı fedakarlıkta bulunarak ortadan kaldırdıkları bir sözleşmedir⁸³¹. Bir sulh sözleşmesinden bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki bulunmalıdır; ayrıca bu hukuki ilişki hakkında bir uyuşmazlığın veya bir şüphenin söz konusu olması gerekir; son olarak, tarafların birtakım taleplerinden kısmen veya tamamen vazgeçmeleri gerekir⁸³². Taraflar, sulh sözleşmesini mahkeme huzurunda yapabilecekleri gibi, mahkeme dışında da yapabilirler.

⁸²⁸ Oertli, N.89.

⁸²⁹ Oertli, N.88.

⁸³⁰ Oertli, N.88.

⁸³¹ ULUSAN, İlhan: “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, *MHAD*, C.5, S.7, 1971, s.1; KARAUZ, Agah Kürşat: *Sulh Sözleşmesi*, Ankara 2014, s.7 vd.

⁸³² Sulh sözleşmesinin unsurları hakkında bkz. Uslan, s.150 vd.; Karauz, s.11 vd.

Davayı kabul, davalının, davacının talep sonucuna kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir (HMK md.308). Davadan feragat ise, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK md.309). Sulh sözleşmesinin aksine, davayı kabul ve davadan feragat, tek taraflı usul hukuku işlemleridir. Sulh sözleşmesinde taraflar, karşılıklı fedakarlıkta bulunarak uyuşmazlığı ortadan kaldırırlar. Karşılıklı fedakarlık ise sulh sözleşmesinin zorunlu unsurudur⁸³³. Sulh, genellikle davacının talep sonucunun bir kısmından feragat etmesi ve davalının davacının talep sonucunun kalan kısmını kabul etmesiyle gerçekleşir. Bu yönüyle sulh sözleşmesi, kısmi feragati ve kısmi kabulü içerir⁸³⁴.

Borçlu, sözleşmeyi ihlal ettikten sonra, fakat dava açılmadan önce de meydana gelen zarara ilişkin borcunu tanıyabilir⁸³⁵. Bu durumda, borç tanınması (ikrarı) söz konusu olur. TBK md.18 uyarınca, borç tanınması, borcun sebebi gösterilmese dahi geçerlidir. Borç tanınması da sulh sözleşmesinden farklı olarak tek taraflı bir işlemdir.

Götürü tazminat, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararı gidermeye yönelik olması bakımından sulh sözleşmesi, davayı kabul, davadan feragat ve borç tanınması ile benzerlik gösterir⁸³⁶. Ancak sulh sözleşmesi, davayı kabul, davadan feragat ve borç tanınması, sözleşmenin ihlal edilmesinden ve zararın ortaya çıkmasından sonra gündeme gelen hukuki işlemlerdir. Hatta sulh sözleşmesi, davayı kabul ve davadan feragat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının, malvarlığında meydana gelen eksilmeyi dava konusu yapması halinde söz konusu olur. Bu işlemler, zarar doğduktan sonra (*ex post*) somut olaya ilişkin özellikler dikkate alınarak yapılırlar⁸³⁷. Oysa taraflar götürü tazminat anlaşması yaparken, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar meydana gelmeden önce (*ex ante*) tahmini olarak belirlerler; taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler⁸³⁸ ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar⁸³⁹. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde, sözleşmenin ihlali sonucunda meydana gelen zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktar kadar olduğu varsayılır⁸⁴⁰.

⁸³³ Ulsan, s.153; Karauz, s.14.

⁸³⁴ Pekantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s.827; Karauz, s.15.

⁸³⁵ Oertli, N.92.

⁸³⁶ Oertli, N.93.

⁸³⁷ Oertli, N.93.

⁸³⁸ Kapancı, s.665; Tazminatın, zarar meydana gelmeden önce (*ex ante*) tahmini olarak belirlenmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578.

⁸³⁹ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

⁸⁴⁰ Benjamin, s.603; Oertli, N.51, 93; McCormick, s.117; Brightman, s.277. Ayrıca bkz. Posner v. Rosenberg, 149 App. Div. 272, 133 N. Y. Supp. 704 (2d Dept. 1912) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Stone Co. v. United States, 234 U. S. 270, 34 Sup. Ct. 865 (1914) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Byron Jackson Co. V. United States, 35 F. Supp. 665 (1940) (Stanford Law Review,

2.2.10 Kanundan Doğan Götürü Tazminatı

2.2.10.1 Genel Olarak

Götürü tazminatının hukuki dayanağı, kanuni bir düzenleme de olabilir. Gerçekten yürürlükte bulunan bazı kanunlarda, meydana gelmesi muhtemel zararlara ilişkin ödenmesi gereken tazminat miktarları hakkında birtakım hükümler söz konusudur. Temerrüt faizine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi, ihbar tazminatına ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 723. maddesinin 7. fıkrası ile icra inkar ve kötüniyet tazminatına ilişkin olarak İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi örnek gösterilebilir. Bu düzenlemelerin amacı, tazminat alacaklısını zararın kapsamını ispat yükünden kurtarmak ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin işlemleri kolaylaştırmaktır⁸⁴¹.

Hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan götürü tazminat, taraflar arasında ayrıca bir anlaşma olmaksızın geçerlidir. Bu tür götürü tazminat, ilgili kanuni düzenlemenin uygulama alanına giren bütün taraflar bakımından uygulanır. Götürü tazminatının hukuki dayanağını teşkil eden kanuni düzenleme, emredici nitelikte ise taraflarca aksi kararlaştırılamaz⁸⁴². Bu duruma örnek olarak ihbar tazminatına ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gösterilebilir. Bu hüküm uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Buna, bildirimli fesih denir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirimli feshinde, taraflar kanunda öngörülen bildirim sürelerine uymak zorundadırlar. Bu sürelere uyulmaması halinde, usulsüz fesih söz konusu olur. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca, bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. Buna da ihbar tazminatı denir. İhbar tazminatı, hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden aldığı için, iş sözleşmesinin tarafları arasında ayrıca bir anlaşma olmaksızın geçerlidir. Bunun yanı sıra, bütün belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur. Ayrıca bu maddenin nispi emredici niteliği nedeniyle, taraflar arasında söz konusu olan iş sözleşmesine, “*Bildirim şartına uymayan işveren tarafından işçiye, bildirim süresine ilişkin ücret tutarının yarısı ödenir*” şeklinde bir hüküm konamaz.

Acaba hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan götürü tazminata hakim müdahale edebilir mi? Başka bir deyişle, hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan götürü tazminat üzerinde de hakim takdir yetkisi söz konusu mudur? Çünkü zararın

Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Stephens v. Essex Country Park Comm., 143 Fed. 844 (3d Cir. 1906) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Hanlon Drydock Co. v. McNear, 70 Cal. App. 204, 232 Pac. 1002 (1st Dist. 1924) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Beiser v. Kerr, 107 Ind. App. 1, 20 N.E.2d 666 (1939) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Pacific Hardware & Steel Co. V. United States, 48 Ct. Cl. 399, 406 (1913) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

⁸⁴¹ Oertli, N.104.

⁸⁴² Oertli, N.105.

hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümlerinde belirtilen genel esaslar çerçevesinde, hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş bir takdir yetkisi söz konusudur. Hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden alan götürü tazminata hakimin müdahale edip etmeyeceği hususunda ilgili düzenlemenin yorumlanması gerekir⁸⁴³. Bazı özel düzenlemelerin, nitelikleri gereği tazminat hukuku bakımından geçerli olan zenginleşme yasağından önce geldiği; bu nedenle, tazminat hukukunun genel esaslarıyla uyumlu olmak zorunda olmadığı; kanun koyucunun bilerek tazminat hukukunun genel esaslarından ayrıldığı belirtilmektedir⁸⁴⁴. Örneğin, TBK md.120 ve 3095 sayılı kanun uyarınca, kanuni temerrüt faizi oranı (% 9) kesindir. Hakim, yeni bir temerrüt faizi oranı takdir edemez⁸⁴⁵. TBK md.213 f.3 hükmü de bu duruma örnek olarak gösterilebilir. TBK md.213 f.3 uyarınca, satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise alıcı, onun yerine bir başkasını satın almak zorunda olmaksızın, satış bedeli ile belirlenmiş ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Bu hüküm, taşınır satışlarında satıcının temerrüde düşmesi halinde, alıcının zararının soyut (objektif) metoda göre hesaplanmasını öngörmektedir. Soyut (objektif) hesaplama yönteminde, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının iradesi dışında malvarlığında meydana gelen somut eksilme dikkate alınmaz. Aksine bu hesaplama yönteminde, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının eksilen malvarlığı değerinin, serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır⁸⁴⁶. Ortalama değer ifadesi ile anlatılmak istenen, bir malvarlığı değerinin genel ticarî değeridir. Buna; *mübadele değeri*, *rayiç değeri* veya *piyasa değeri* denilmektedir. Soyut (objektif) hesaplama yönteminde, subjektif durum ve ilişkiler de dikkate alınmaz⁸⁴⁷. Soyut (objektif) hesaplama yönteminin benimsenmiş olduğu TBK md.213 f.3 hükmü uyarınca, satılan mal, borsaya kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise *ikame alım yapmasına gerek olmaksızın alıcı*, sözleşmedeki bedel ile ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farkın ödenmesini isteyebilir⁸⁴⁸. Soyut (objektif) hesaplama yönteminde, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının iradesi dışında malvarlığında meydana gelen somut eksilme dikkate alınmadığı için bu hüküm, somut zararın, soyut (objektif) yöntemle göre hesaplanan zarardan daha düşük olması halinde de uygulama alanı bulur. Yani alıcı aynı malı daha ucuza tedarik etse de, sözleşmedeki bedel ile ifa günündeki piyasa fiyatı arasındaki farkın ödenmesini isteyebilir. Buradan hareketle, TBK md.213 f.3 hükmünün, tazminat hukukunun genel

⁸⁴³ Oertli, N.106.

⁸⁴⁴ Oertli, N.106.

⁸⁴⁵ Oertli, N.374.

⁸⁴⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.273; Oğuzman/Öz, C.I, s.442; Eren, Genel Hükümler, s.739.

⁸⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.739; Tandoğan, Mesuliyet, s.273.

⁸⁴⁸ Zevkliler/Gökyayla, s.159; Gümüş, C.I, s.48-49; Yavuz, s.104; Eren, Özel Hükümler, s.105-106; Aral/Ayrancı, s.91.

esaslarından ayrıldığı ve tazminat hukuku bakımından geçerli olan zenginleşme yasağından önce geldiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁴⁹.

2.2.10.2 Temerrüt Faizinden

Faiz, alacaklının alacak olarak istemeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre mahrum kalması nedeniyle kendisine ödenen karşılık olarak tanımlanmaktadır⁸⁵⁰. Para borçlarında temerrüde düşen borçlu, TBK md.120 ve 3095 sayılı kanunun 2. maddesi uyarınca temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizinin hukuki dayanağı kanuni düzenlemeler olduğu için, temerrüt faizinin talep edilebilmesi bakımından taraflarca ayrıca temerrüt faizinin kararlaştırılması aranmaz⁸⁵¹. Kaynağı ister tek taraflı ister çok taraflı hukukî işlem, ister haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olsun, temerrüt faizi yalnızca para borçlarında uygulanır. Para borcu dışındaki borçlarda edimin ekonomik değeri para olarak ifade edilse bile, temerrüt faizi ödenmez⁸⁵². Para borcu dışındaki borçlarda, alacaklı, borcun geç ifası nedeniyle uğramış olduğu zararın giderilmesini talep edebilir (TBK md.118).

Temerrüt faizi, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, 3095 sayılı kanun uyarınca yıllık % 9'dur. TBK md.120 f.2 uyarınca sözleşme ile kararlaştırılacak temerrüt faizi oranı, TBK md.120 f.1 uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Yani bugün için kararlaştırılabilecek en yüksek temerrüt faizi oranı, % 18'dir. Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden itibaren, yani ihtara bağlı işlemlerde ihtarın borçluya vardığı; belirli vadeli işlemlerde ise, vadenin (ifa gününün) sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşılık, TBK md.121 uyarınca, faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, temerrüt tarihinden itibaren değil, bunlar için dava yoluyla mahkemeye veya icra takibine başvurulduğu tarihten itibaren temerrüt faizi ödemek zorundadır. Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, TBK md.121 f.2 uyarınca ceza koşulu hükümlerine tabidir. Bunun yanı sıra, temerrüt faizini ifada temerrüde düşen borçlu hakkında, TBK md.121 f.3 uyarınca temerrüt faizi işlemez. Başka bir deyişle, temerrüt faizine, temerrüt faizi yürütülemez.

Alacaklı, temerrüt faizini, asıl alacak ile birlikte talep edebileceği gibi, zamanaşımı

⁸⁴⁹ OR Art. 191 Abs.3 hakkındaki değerlendirme için bkz. Oertli, N.106.

⁸⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s.978. Faiz hakkında detaylı bilgi için bkz. HELVACI, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000; AYDOĞDU, Murat/AYAN, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara 2014; Birsal, Mahmut T./Sevi, Murat: 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı, DEÜHFD, C.11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, 2009, s. 1029-1070; BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.

⁸⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s.1099; Kılıçoğlu, Ahmet, s.701; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224.

⁸⁵² Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Eren, Genel Hükümler, s.1099.

süresi içinde ve asıl alacağın sona ermemiş olması şartıyla asıl alacaktan bağımsız olarak da talep edebilir. Alacaklı dava dilekçesinde temerrüt faizini ayrıca talep etmemişse, hakim re'sen temerrüt faizinin ödenmesine karar veremez⁸⁵³.

Temerrüt faizi, bir yandan alacaklının parasını borçlunun elinde bulundurması nedeniyle kullanıp değerlendirme imkanından yoksun kalmasından doğan zararın giderilmesi, diğer yandan da karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iade etmesi fikrine dayanır⁸⁵⁴. Gerçekten, borçlu parayı mütemerrit olmayıp vaktinde ödemiş olsaydı, alacaklı bunu kullanır ve bu suretle ya faiz gibi bir ekonomik menfaat elde eder ya da ihtiyaç duyduğu parayı sağlamak için ödemek zorunda kaldığı faizi ödemez, bundan tasarruf ederdi. İşte borçlunun temerrüdü, alacaklıyı bu gibi menfaatlerden yoksun bırakmak suretiyle onun zarara uğramasına sebep olur. Öte yandan, borçlu da borçlanılan parayı vaktinde ödemeyerek, faiz ödeyerek sağlayacağı krediyi karşılıksız temin etmiş olur. Bu noktada kanun koyucu, temerrüt faizini kabul etmek suretiyle bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak, alacaklının bir miktar parayı kullanamamaktan doğan zararını karşılamak, borçlunun da borca aykırı gecikmeye dayalı olarak elde ettiği menfaati alacaklıya iade etmek istemiştir⁸⁵⁵.

Kanun koyucu para borçlarında temerrüt faizi yönünden aksi ispat edilemez (çürütülemez) bir karineden hareket etmektedir. Buna göre, borçlunun temerrüdü, alacaklıya zarar vermiştir ve bunun ispatına gerek yoktur. Böylece temerrüt faizi, aksinin ispatına izin verilmeyen zarar karinesine dayalı, alacaklı lehine konulmuş bir tazminattır⁸⁵⁶. Temerrüt faizi, temerrüdün doğrudan doğruya sonucu olup, bunun ödenmesi için borçlunun kusurlu olması şart değildir. Para borçlarında temerrüt faizinin borçlunun kusuruna bağlı olmaması, bir kusursuz sorumluluk hali teşkil eder⁸⁵⁷. Kanun koyucu tarafından burada tazminat, götürü bir miktar, bir oran olarak belirlenmiştir⁸⁵⁸. Hakim görüş uyarınca, temerrüt faizi, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir götürü tazminattır⁸⁵⁹. Temerrüt faizi bakımından kanun

⁸⁵³ Eren, Genel Hükümler, s.1102.

⁸⁵⁴ Birsal/Sevi, s.1033; Eren, Genel Hükümler, s.1100; Kılıçoğlu, Ahmet, s.701.

⁸⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1100.

⁸⁵⁶ Birsal/Sevi, s.1034; Eren, Genel Hükümler, s.1100; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224.

⁸⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1100; Birsal/Sevi, s.1033; Serozan, İfa, s.224; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Kılıçoğlu, Ahmet, s.701.

⁸⁵⁸ Erdem, Götürü Tazminat, s.99.

⁸⁵⁹ Oertli, N.366; Birsal/Sevi, s.1033, 1034; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T.19.6.1996, E.1996/5-144 K.1996/503: “Bilindiği üzere Borçlar Kanunu'nun 103 ve 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemededen dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemededen kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir.” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Anglo Amerikan hukuk sistemi bakımından da temerrüt faizi, götürü tazminat olarak kabul edilmektedir. Bkz. Garret v. Coast & Southern Fed. Sav. & Loan, 9 Cal. 3d 731, 511 P.2d 1197, 1202, 108 Cal. Rptr. 845, (1973) (O'Malley, s.1133, dn.3).

koyucu, tazminat hukukunun genel esaslarından ayrılmaktadır. Şöyle ki tazminattan indirim sebepleri, temerrüt faizi bakımından dikkate alınmaz. Hatta borçlunun temerrüdünde, alacaklının birlikte kusurunun bulunması halinde dahi temerrüt faizi söz konusu olur⁸⁶⁰.

Temerrüt faizi, hukuki dayanağını kanuni düzenlemeden alan bir götürü tazminat olduğundan, temerrüt faizinin talep edilebilmesi için tarafların ayrıca borçlunun temerrüde düşmesi halinde borçlu tarafından temerrüt faizinin ödeneceğinin kararlaştırılmasına gerek yoktur⁸⁶¹. Bu yönüyle hukuki dayanağını sözleşmeden alan sözleşmesel götürü tazminattan ayrılır. Bunun yanı sıra, temerrüt faizi yalnızca sözleşmenin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü bakımından söz konusu olur. Hatta temerrüt faizi, yalnızca para borçlarının ifasının temerrüdü bakımından gündeme gelir. Oysa götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, her bir ihlal türü için ayrı bir götürü tazminat edimi kararlaştırabilirler⁸⁶². Bu yönüyle de götürü tazminat, temerrüt faizinden farklıdır.

Kanuni temerrüt faizi uygulanarak hesaplanacak olan tazminat miktarı, mutlak bir kesinlik ifade etmez. TBK md.122 f.1 uyarınca, alacaklının zararı, temerrüt faizini aşıyorsa alacaklı bu zararın da giderilmesini isteyebilir. Borçlu, kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat ederek, alacaklının temerrüt faizini aşan zararını ödemekten kurtulabilir. Bu yönüyle temerrüt faizi, asgari götürü tazminat anlaşmaları ile benzerlik gösterir. Çünkü asgari götürü tazminat anlaşmaları da tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını aşağı doğru sınırlar⁸⁶³. Gerçek zarar, götürü tazminattan daha az olsa bile, tazminat borçlusu alacaklıya bu götürü tazminatı ödemek zorundadır. Tazminat alacaklısı ise, gerçek zararın götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek aşkın zararının giderilmesini talep edebilir⁸⁶⁴.

Temerrüt faizi oranının, sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, 3095 sayılı kanun uyarınca yıllık % 9 olduğu yukarıda ifade edilmişti. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar, daha yüksek bir oran kararlaştırabilirler. Acaba taraflarca daha yüksek bir temerrüt faiz oranının kararlaştırıldığı hallerde, bir götürü tazminat anlaşmasının varlığından bahsedilebilir mi? Öncelikle taraflarca daha yüksek bir temerrüt faizi oranının kararlaştırıldığı hallerde, *per se* (kendiliğinden) bir götürü tazminat anlaşmasının varlığından bahsedilemez. Bu durumda, taraflar arasındaki somut ilişkinin ve anlaşmanın yorumlanması gerekir⁸⁶⁵. Çünkü taraflar götürü tazminat anlaşması yaparken, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar

⁸⁶⁰ Oertli, N.366.

⁸⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s.1099; Kılıçoğlu, Ahmet, s.701; Oğuzman/Öz, C.I, s.494; Serozan, İfa, s.224.

⁸⁶² Oertli, N.36.

⁸⁶³ Oertli, N.65.

⁸⁶⁴ Oertli, N.65; Kapancı, s.670-671.

⁸⁶⁵ Oertli, N.366.

meydana gelmeden önce (ex ante) tahmini olarak belirlerler; taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler⁸⁶⁶. O halde, taraflarca daha yüksek bir temerrüt faizi oranının kararlaştırıldığı hallerde, bir götürü tazminat anlaşmasının varlığından bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasındaki somut ilişki, kanun koyucu tarafından belirlenen temerrüt faizi oranından daha yüksek bir oranın kararlaştırılmasını haklı kılmalıdır. Başka bir deyişle, borçlunun temerrüde düşmesi halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zarar, kanun koyucu tarafından belirlenen faiz oranı ile hesaplanacak tazminat miktarından daha fazla olmalıdır⁸⁶⁷. Ayrıca taraflarca kararlaştırılan bu oran, zararın giderilmesine yönelik olmalıdır. Bu noktada, taraf iradeleri dikkate alınır⁸⁶⁸. Çünkü götürü tazminat anlaşmaları, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, zararın telafi edilmesi, yani alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder⁸⁶⁹. Ancak taraflar, borçlu üzerinde bir baskı meydana getirerek borçluyu ifaya zorlamak amacıyla, kanun koyucu tarafından belirlenen faiz oranından çok daha yüksek bir faiz oranı da belirleyebilirler. Bu durumda tarafların bir ceza koşulu kararlaştırdıkları düşünülebilir⁸⁷⁰.

Taraflarca daha yüksek bir temerrüt faizi oranının kararlaştırıldığı hallerde, bir götürü tazminat anlaşmasının veya bir ceza koşulunun varlığından bahsetmek yanıltıcı olabilir. Çünkü hukuki niteliğe ilişkin yapılacak böyle bir tespit, uygulanacak hükümleri değiştirir⁸⁷¹. Örneğin taraflarca, temerrüt faizinin %10 olarak kararlaştırıldığını ve taraflar arasında yapılan bu anlaşmanın götürü tazminat anlaşması niteliğinde olduğunu varsayalım. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır⁸⁷². Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir⁸⁷³. O halde götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, sözleşmenin ihlaliyle, yani borçlunun temerrüde düşmesiyle, alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁸⁷⁴. Sözleşmenin ihlal edilmesi, yani borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının

⁸⁶⁶ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

⁸⁶⁷ Oertli, N.369.

⁸⁶⁸ Oertli, N.368.

⁸⁶⁹ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

⁸⁷⁰ Oertli, N.370.

⁸⁷¹ Oertli, N.371.

⁸⁷² Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

⁸⁷³ Oertli, N.184.

⁸⁷⁴ Oertli, N.188; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36. Akdi sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Uygur, C.III, s.3136 vd.

talep edilebilmesi için yeterli değildir⁸⁷⁵. Çünkü götürü tazminat alacağı, zarardan bağımsız değildir⁸⁷⁶. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, zararın varlığını ispat yükü alacaklıda olmayıp⁸⁷⁷; zararın meydana gelmediğini borçlunun ispat etmesi gerekir⁸⁷⁸. Borçlu, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının herhangi bir zarara uğramadığını ispat ederse, tazminat ödeme yükümlülüğünün koşullarından biri gerçekleşmediği için karşılaştırılan götürü tazminat edimini ödemekten kurtulur⁸⁷⁹. Bu durumda, borçlu, alacaklının herhangi bir zarara uğramadığını ispat ederek karşılaştırılan % 10 oranındaki temerrüt faizini ödemekten kurtulabilir mi? Oysa taraflar arasında temerrüt faizi ödeneceği açıkça karşılaştırılmasaydı dahi, kanun gereğince borçlu, % 9 oranında temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktı ve alacaklının zarara uğramadığını ispat ederek bu oranı ödemekten kurtulamayacaktı. İşte bu nedenle, taraflarca daha yüksek bir temerrüt faizi oranının karşılaştırıldığı hallerde, bir götürü tazminat anlaşmasının veya bir ceza koşulunun varlığından bahsetmek yanıltıcı olabilir. Bu durumda, yalnızca tarafların kanun koyucu tarafından belirlenen temerrüt faizi miktarını değiştirdikleri kabul edilmelidir. Yani akdi temerrüt faizinin, bir götürü tazminat anlaşması veya bir ceza koşulu olarak nitelendirilmesinden kaçınılmalıdır⁸⁸⁰. O halde, akdi temerrüt faizi bakımından da, *kural olarak* kanuni temerrüt faizi bakımından uygulanan hükümler geçerli olur⁸⁸¹. Akdi temerrüt faizinin söz konusu olduğu hallerde, alacaklının temerrüt faizini aşan zararının ödenmesini borçludan talep edemeyeceği tartışmalıdır. Bu noktada, taraf iradelerinin yorumlanması ve borçlunun temerrüdünden doğan tazminat taleplerinin, karşılaştırılan temerrüt faizi oranıyla sınırlı tutulup tutulmadığının belirlenmesi gerekir⁸⁸². Tereddüt halinde, kanuni temerrüt faizinde olduğu gibi, akdi temerrüt faizinin söz konusu olduğu hallerde de alacaklının aşkın zararını talep edebileceği kabul edilmektedir⁸⁸³.

2.2.10.3 İhbar Tazminatından

Belirsiz süreli bir iş sözleşmesi, taraflarca bildirim süresi verilmeksizin veya eksik

⁸⁷⁵ Oertli, N.188.

⁸⁷⁶ Oertli, N.188; Sweet, s.139; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36; Kılıçoğlu, Ahmet, s.781.

⁸⁷⁷ Rea, s.159; Benjamin, s.600, 604; Oertli, N.70, 197; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24, 29. Ayrıca bkz. McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382; O'Malley, s.1137, dn.27).

⁸⁷⁸ Oertli, N.188, 197, 200; Kocaağa, Cezai Şart, s.50.

⁸⁷⁹ Oertli, N.197, 202.

⁸⁸⁰ Oertli, N.371.

⁸⁸¹ Ancak tarafların iradelerinden açıkça bir götürü tazminat anlaşması yaptıkları veya bir ceza koşulu karşılaştırdıkları anlaşılıyorsa, bu durumda götürü tazminat anlaşmalarına veya ceza koşullarına ilişkin esaslara uygun hareket edilmelidir. Bkz. Oertli, N.372.

⁸⁸² Oertli, N.379.

⁸⁸³ Oertli, N.380.

verilerek feshedilmiş ya da peşin ödemeye fesih bildirim sürelerine ilişkin ücret ödenmemiş veya eksik ödenmişse, usulsüz fesih söz konusu olur⁸⁸⁴. Usulsüz fesih de aynen usulüne uygun bir fesih bildirim gibi iş sözleşmesini sona erdirir. Ancak bu durumda, *işçi* veya *işveren* 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, karşı taraftan ihbar tazminatı talep edebilir. Başka bir deyişle, belirsiz süreli iş sözleşmesini usulsüz fesheden taraf, karşı tarafa uygulamada ihbar tazminatı olarak adlandırılan bir tazminatı ödemek zorunda kalır.

İhbar tazminatı *sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin* usulsüz feshinde söz konusu olur⁸⁸⁵. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu hem işçi hem işveren için öngörüldüğünden, usulsüz fesih, bu zorunluluğu yerine getirmeyen işveren gibi işçi için de söz konusu olabilir. Bu nedenle, usulsüz fesih bulunan işçi de bu tazminatı ödemekle yükümlüdür⁸⁸⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasında, usulsüz fesih halinde ödenecek ihbar tazminatının miktarı, *bildirim süresine ilişkin ücret tutarında* olmak üzere *götürü* olarak belirlenmiştir⁸⁸⁷. Bu durumda, iş sözleşmesi kendisine karşı usulsüz olarak feshedilen taraf, usulsüz fesih nedeniyle uğramış olduğu zarar bildirim sürelerine ilişkin tutarın altında da olsa, tazminat hukukunun genel esaslarından farklı olarak, kanun koyucu tarafından miktarı götürü olarak belirlenmiş bu tazminatın ödenmesini talep edebilir⁸⁸⁸. Örneğin, iş sözleşmesi usulsüz feshedilen işçi, kısa sürede daha yüksek ücretle bir iş bulsa dahi, işverenden ihbar tazminatının ödenmesini isteyebilir⁸⁸⁹. İhbar tazminatının talep edilebilmesi bakımından, iş sözleşmesi kendisine karşı usulsüz olarak feshedilen taraf, zararın varlığını ispat yükü altında değildir; belirsiz süreli iş sözleşmesinin, bildirim koşuluna uyulmadan feshedildiğinin ispatı yeterlidir⁸⁹⁰. Bu özellikleri dikkate alınarak ihbar tazminatı, *kanundan doğan bir götürü tazminat* olarak nitelendirilmektedir⁸⁹¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde, işçilerin hizmet süresine göre iki, dört, altı, sekiz haftalık bildirim süreleri öngörülmüştür. Bu maddenin 3. fıkrası uyarınca bu süreler, asgari olup sözleşmelerle artırılabilir. Kanunun bu hükmü, nispi emredici

⁸⁸⁴ Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2014, s.528.

⁸⁸⁵ Süzek, s.528.

⁸⁸⁶ Süzek, s.529.

⁸⁸⁷ Süzek, s.529.

⁸⁸⁸ Süzek, s.529.

⁸⁸⁹ Süzek, s.529.

⁸⁹⁰ Süzek, s.529.

⁸⁹¹ Yargıtay 9. HD., T.22.2.2010, E.2008/17682 K.2010/4016: "Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. İhbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir." (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.); Süzek, s.529.

niteliktedir. Bildirim süreleri, işçi lehine artırılabilirken, yalnızca işveren lehine artırılamaz. Yargıtay içtihatlarında da işveren lehine yapılan artırımlarda, kanundaki asgari sürelerin esas alınacağı belirtilmektedir. İhbar tazminatı, işçinin işyerindeki hizmet süresine göre uyulması gereken bildirim süreleri göz önünde tutularak hesaplanır. Bu hüküm uyarınca, sözleşme ile bildirim süreleri artırılmışsa, bu takdirde ihbar tazminatının bu artırılmış sürelerle göre hesaplanması gerekir⁸⁹². İhbar tazminatı, TBK md.146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁸⁹³.

Usulsüz fesih nedeniyle taraflar lehine ihbar tazminatından başka maddi ve/veya manevi tazminat hakkı da doğabilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasında, "*Tarafların ayrıca tazminat isteme hakkı saklıdır*" hükmü yer almaktaydı. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde bu hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir hükmün yer almamasının, tarafların usulsüz fesih nedeniyle uğramış oldukları zararı genel hükümlere göre talep etmesine engel olmadığı ifade edilmektedir⁸⁹⁴.

Usulsüz fesih nedeniyle tarafların maddi tazminat talep edebilmeleri için, uğradıkları zararın ihbar tazminatı tutarını aşması gerekir. Bu yönüyle temerrüt faizi gibi ihbar tazminatı da asgari götürü tazminat anlaşmaları ile benzerlik gösterir. Çünkü asgari götürü tazminat anlaşmaları da tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını aşağı doğru sınırlar⁸⁹⁵. Gerçek zarar, götürü tazminattan daha az olsa bile, tazminat borçlusu alacaklıya götürü tazminatı ödemek zorundadır. Tazminat alacaklısı ise, gerçek zararın götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir⁸⁹⁶.

Usulsüz fesih, karşı tarafın kişilik haklarını da ihlal etmiş olabilir. Örneğin usulsüz fesih, karşı tarafın onurunu veya mesleki itibarını zedelemiş olabilir. Bu durumda ihbar tazminatının yanında manevi tazminat da talep edilebilir⁸⁹⁷.

Götürü tazminat anlaşmasından farklı olarak, ihbar tazminatı, hukuki dayanağını kanuni bir düzenlemeden aldığı için, iş sözleşmesinin tarafları arasında ayrıca bir anlaşma olmaksızın geçerlidir. Bunun yanı sıra, götürü tazminat anlaşması, yalnızca tarafları bakımından uygulama alanı bulurken, ihbar tazminatı bütün belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin nispi emredici niteliği nedeniyle, taraflar arasında söz konusu olan iş sözleşmesine, "*Bildirim*

⁸⁹² Süzek, s.530-531.

⁸⁹³ Süzek, s.529.

⁸⁹⁴ Süzek, s.531.

⁸⁹⁵ Oertli, N.65.

⁸⁹⁶ Oertli, N.65; Kapancı, s.670-671.

⁸⁹⁷ Süzek, s.532.

şartına uymayan işveren tarafından işçiye, bildirim süresine ilişkin ücret tutarının yarısı ödenir” şeklinde bir hüküm konamaz. Çünkü götürü tazminat anlaşmalarından farklı olarak, kanundan doğan bir götürü tazminatın hukuki dayanağını teşkil eden kanuni düzenleme, emredici nitelikte ise taraflarca aksi kararlaştırılmaz⁸⁹⁸.

2.2.10.4 İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatından

İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, itirazın iptali davasında borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse, borçlu takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine, iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, ret veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatı ödemeye mahkum edilir⁸⁹⁹. Doktrinde ve uygulamada, alacaklı lehine hükmedilen tazminata, icra inkar tazminatı; borçlu lehine hükmedilen tazminata ise kötü niyet tazminatı denilmektedir⁹⁰⁰.

İtirazın iptali davası kabul edilirse, alacaklının dava dilekçesinde talep etmesi şartıyla, hükmolunan alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, borçlu, icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilir. İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için, öncelikle borçlu aleyhinde başlatılmış geçerli bir icra takibinin bulunması, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi, itiraz üzerine takibin durması, usulüne uygun olarak bir itirazın iptali davasının açılmış olması ve borçlunun itirazında haksız olması gerekir⁹⁰¹. İcra inkar tazminatı ancak itirazın iptali davası ile talep edilebilir. Çünkü borçlu aleyhine alacaklı tarafından bir takip başlatılmamış ve borçlunun ödeme emrine itirazı ile takip durmamış ise alacaklının, itiraz nedeniyle herhangi bir zarara uğraması da söz konusu olmaz. İcra inkar tazminatının amacı, alacağın tahsilini geciktiren haksız itirazları önlemektir⁹⁰². Bir icra takibi yapılmaksızın açılan dava ancak genel hükümlere göre açılan bir alacak davası olabilir. Alacak davasının kabul edilmesi halinde, borçlu icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilemez⁹⁰³.

İtirazın iptali davası reddedilirse ve alacaklı takibinde haksız ve kötü niyetli ise, borçlunun cevap dilekçesinde talep etmesi şartıyla, reddedilen alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, alacaklı, kötü niyet tazminatı ödemeye mahkum edilir. Borçludan

⁸⁹⁸ Oertli, N.105.

⁸⁹⁹ Arslan'a göre, bu hüküm, icra ve iflas hukuku bakımından dürüstlük kuralının uygulanmasının bir örneğidir. İcra ve İflas Kanunu'nda, bu kanunla alacaklıya ve borçluya tanınan yetkilerin dürüstlük kurallarına uygun kullanılmaması halinde gündeme gelen birtakım yaptırımlara yer verilmiştir. İşte bu hüküm de onlardan biridir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.135 vd.

⁹⁰⁰ Karşlı, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010, s.422, dn.337.

⁹⁰¹ Karşlı, s.423-424.

⁹⁰² Karşlı, s.424.

⁹⁰³ Yargıtay 4. HD., T.2.11.1961, E.1961/2286 K.1961/9625: “...anılan tazminat, takip hukuku prosedürü içinde yer alan, kendine özgü nitelik ve koşulları bulunan özel bir düzenleme niteliğindedir.” (KARSLI, s.425).

farklı olarak alacaklının tazminat ödemeye mahkum edilebilmesi için, alacaklının icra takibinde hem haksız hem de kötü niyetli olması gerekir.

İtirazın iptali davası kabul edilirse, alacaklının dava dilekçesinde talep etmesi şartıyla, hükmolunan alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, borçlu, icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilir; itirazın iptali davası reddedilirse ve alacaklı takibinde haksız ve kötü niyetli ise borçlunun cevap dilekçesinde talep etmesi şartıyla, reddedilen alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, alacaklı, kötü niyet tazminatı ödemeye mahkum edilir. Hükmolunan alacağın yüzde yirmisi oranında icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun itirazında haksız olması yeterlidir; alacaklının ayrıca hükmolunan alacağın yüzde yirmisi oranında zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Aynı şekilde, reddedilen alacağın yüzde yirmisi oranında kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması yeterlidir; borçlunun ayrıca reddedilen alacağın yüzde yirmisi oranında zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Ancak alacaklı, borçlunun itirazı üzerine icra takibinin durması nedeniyle uğramış olduğu zararının, hükmolunan alacağın yüzde yirmisinden daha fazla olduğunu ispat ederek, zararının giderilmesini talep edebilir. Borçlu da alacaklının haksız ve kötü niyetli icra takibi nedeniyle uğramış olduğu zararının, reddedilen alacağın yüzde yirmisinden daha fazla olduğunu ispat ederek zararının giderilmesini talep edebilir. Bu yönüyle icra inkar ve kötü niyet tazminatı, temerrüt faizi ve ihbar tazminatı gibi asgari götürü tazminat anlaşmaları ile benzerlik gösterir. Çünkü asgari götürü tazminat anlaşmaları da tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını aşağı doğru sınırlar⁹⁰⁴. Gerçek zarar, götürü tazminattan daha az olsa bile, tazminat borçlusu, alacaklıya götürü tazminatı ödemek zorundadır. Tazminat alacaklısı ise, gerçek götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir⁹⁰⁵.

İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen icra inkar tazminatı, bizim hukukumuzda özgüdür. Enflasyon sıkıntısının yaşanmadığı ülkelerde paranın değer kaybetmesi söz konusu olmadığından, icra takibinin uzamasıyla alacaklı bir zarara uğramaz. Çünkü enflasyon sıkıntısının yaşanmadığı ülkelerde, alacaklının alım gücü bir anda düşmez. Dolayısıyla enflasyon sıkıntısının yaşanmadığı ülkelerde, böyle bir kuruma ihtiyaç duyulmamıştır⁹⁰⁶. Öte yandan 1965 yılına kadar İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesi, yalnızca alacaklının davayı kazanması halinde, davalı borçlunun tazminat ödemeye mahkum edilmesine ilişkindi. Ancak 1965 yılında, 538 sayılı kanunun 37. maddesi ile yapılan

⁹⁰⁴ Oertli, N.65.

⁹⁰⁵ Oertli, N.65; Kapancı, s.670-671.

⁹⁰⁶ Karşlı, s.424.

değişiklik sonucunda, alacaklının davayı kaybetmesi halinde alacaklı aleyhine de bazı şartlarla tazminata hükmedileceği kabul edilmiştir.

İtirazın iptali davasının kabul edilmesi halinde alacaklı lehine hükmedilen icra inkar tazminatının amacı, borçlu olduğunu ve borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya hesap edebilecek durumda olan borçlunun, ödeme emri üzerine borcunu inkar etmesini ve icra takibini uzatmasını önlemek, alacaklının haklarına daha çabuk kavuşmasını sağlamaktır⁹⁰⁷. İtirazın iptali davasının reddedilmesi halinde borçlu lehine hükmedilen kötü niyet tazminatının amacı ise, gerçekte alacaklı olmayan alacaklının, borçluya zarar vermesini engellemek, haksız ve kötü niyetli icra takiplerinin önüne geçmektir⁹⁰⁸. Yargıtay içtihatlarında da icra inkar ve kötü niyet tazminatının, icra hukukuna özgü bir götürü tazminat olduğu; gerçek zararı karşılamak gibi bir amacı olmadığı; dolayısıyla gerçek zararın istenmesine engel olmayacağı ifade edilmektedir⁹⁰⁹. Ayrıca icra inkar ve kötü niyet tazminatının, icra daireleri ile mahkemelerin mesnetsiz itiraz ve iddialarla meşgul edilmelerini önlemeye yönelik bir yaptırım olduğu da belirtilmektedir⁹¹⁰. Bu yönüyle icra inkar ve kötü niyet tazminatı, götürü tazminat anlaşmalarından ayrılır. Çünkü götürü tazminat anlaşmaları, her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder⁹¹¹.

Bazı özel düzenlemelerin, nitelikleri gereği tazminat hukuku bakımından geçerli olan zenginleşme yasağından önce geldiği; bu nedenle, tazminat hukukunun genel esaslarıyla uyumlu olmak zorunda olmadığı; kanun koyucunun bilerek tazminat hukukunun genel esaslarından ayrıldığı yukarıda belirtilmişti. Hukuki dayanağını kanundan alan birçok götürü tazminatta olduğu gibi, icra inkar ve kötü niyet tazminatı da tazminat hukukunun genel esaslarından ayrılmaktadır. Çünkü itirazın iptalinin kabul edilmesi halinde, borçlunun

⁹⁰⁷ Yargıtay HGK, T.13.12.1967, E.1967/4-1344 K.1967/615 (Karşı, s.425); Yargıtay 19. HD., T. 26.02.1996, E.1996/340 K.1996/1522; Yargıtay 4. HD., T.2.11.1961, E.1961/2286 K.1961/9625 (Karşı, s.425).

⁹⁰⁸ Karşı, s.425.

⁹⁰⁹ Yargıtay HGK, T.1.12.2004, E.2004/4-600 K.2004/625: “İcra ve İflas Kanunu'nun 97. maddesinin 13. fıkrasında istihkak davalıları lehine, 15. fıkrasında da istihkak davacıları lehine getirilen tazminat hükümlerinin getiriliş nedeni de yasa koyucu tarafından, alacaklı veya borçlunun üçüncü kişinin istihkak iddiasına itiraz ederek onu kötü niyetle ve haksız yere maddi ve manevi masrafa, külfete ve zarara sokmasını, üçüncü kişinin de haksız yere istihkak iddia ve davasında bulunarak, alacaklının alacağına tahsilini geciktirmesini, muvazaa teşebbüslerini önlemek ve icra işlemlerinin Devletin de ilgili olduğu iktisadi düzen bakımından haklı bir nizam, çabukluk ve emniyet içinde cereyan etmesini temin etmek şeklinde açıklanmış ve ortaya konulmuştur. Ortaya konulan bu amaçlar tıpkı İcra ve İflas Kanunu'nun 67, 69, 72 vs. bazı diğer maddelerinde de yer verilen tazminatların konuluş amaçları gibi tümüyle kanunun kendine özgü nitelik ve düzeni, kısacası sadece icra prosedürü içinde değerlendirme yapılması gereğini ortaya koymaktadır.” (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

⁹¹⁰ Yargıtay 4. HD., T.2.11.1961, E.1961/2286 K.1961/9625: “İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesiyle konulmuş olan itiraz tazminatı; aleyhinde yapılan icra takibine itiraz edip takibi durduran ve işin itirazla çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir müeyyidedir”. (Karşı, s.425).

⁹¹¹ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

hükmolunan alacağın yüzde yirmisi oranında icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilebilmesi için, itirazında haksız olması yeterlidir; alacaklının mutlaka bir zarara uğramış olması gerekmez. Aynı şekilde, itirazın iptalinin reddedilmesi halinde, reddedilen alacağın yüzde yirmisi oranında kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için, alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması yeterlidir; borçlunun da mutlaka bir zarara uğramış olması gerekmez. Buradan hareketle İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrasının, tazminat hukukunun genel esaslarından ayrıldığı ve tazminat hukuku bakımından geçerli olan zenginleşme yasağından önce geldiği sonucuna ulaşılmaktadır⁹¹².

2.2.10.5 Hamil veya Kendisine İhbarda Bulunan Cirantanın İhbar Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Halinde Ödemek Zorunda Kaldığı Tazminattan

Bono veya poliçe üzerinde imzası bulunanlar (keşideci, cirantalar, aval veren), o poliçenin yapılan havaleye uygun olarak kabul edileceğini, ödeme yerinde ve zamanında ödeneceğini garanti ederler. Bononun veya poliçenin ödeme için usulüne uygun ibrazı üzerine, bonoda veya poliçede yazılı bedelin asıl borçlu tarafından kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, hamil, gerekli maddi ve şekli koşulları yerine getirmek koşuluyla, bonoda veya poliçede imzası bulunan ve kendisinden önce gelen kişilere başvurabilir. Buna hamilin başvurma hakkı veya müracaat hakkı⁹¹³ denir. Başvurma hakkı, hamilin, bonoya veya poliçeye imza koymak suretiyle sorumluluk zincirine dahil olan ve kendisinden önce gelen asıl borçlu veya borçlular dışındaki kişilere karşı sahip olduğu ve ancak kanunda öngörülen şartlara uygun olarak kullanılacak, bonoya veya poliçeye bağlı ve ona özgü bir talep hakkı olarak tanımlanmaktadır⁹¹⁴.

Hamilin başvurma hakkını kullanması, maddi şart olarak senet bedelinin asıl borçlu tarafından tamamen veya kısmen ödenmemesine; şekli şart olarak bu olgunun protesto çekilmek suretiyle saptanmasına ve düzen şartı olarak, yerine getirilmemesi hak yoksunluğu yaratmamakla birlikte, ödememe durumunun başvuru (müracaat) borçlularına ihbar edilmesine bağlıdır⁹¹⁵. Hamil, bonoda ödememe; poliçede ise kabul etmeme veya ödememe durumunu, protesto çekilmiş ise protesto gününü, eğer protestodan muafiyet söz konusu ise ibraz gününü takip eden dört iş günü içinde kendi cirantasına, poliçede ayrıca düzenleyene ihbar etmek zorundadır (TTK md.723, md.778/f.1-d). Her ciranta aldığı ihbarı, bunları aldığı

⁹¹² Yargıtay HGK, T.1.12.2004, E.2004/4-600 K.2004/625: "...İcra ve İflas Kanunu'nun 67, 69, 72 vs. bazı diğer maddelerinde de yer verilen tazminatların konuluş amaçları gibi tümüyle kanunun kendine özgü nitelik ve düzeni, kısacası sadece icra prosedürü içinde değerlendirme yapılması gereğini ortaya koymaktadır." (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

⁹¹³ Detaylı bilgi için bkz. Bozgeyik, Hayri: Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003.

⁹¹⁴ Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013, s.196-197.

⁹¹⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s.202; Bozgeyik, s.153 vd.

günü izleyen iki iş günü içinde önceki ihbarları yapan kişilerin adlarını ve adreslerini de göstermek suretiyle kendi cirantasına ihbar eder. Düzenleyene varıncaya kadar bu sıra dahilinde hareket edilir. Süreler, önceki ihbarın alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar (TTK md.723 f.2, md.778/f.1-d).

İhbar, bonoda ödememe; poliçede ise kabul etmeme veya ödememe hali ile bu hususu tespit eden protestonun, başvuru (müracaat) borçlularına, gerekli önlemleri almaları ve hazırlık yapmaları için bildirilmesidir (TTK md.723, md.778 f.1-d). İhbarın amacı ve işlevi, başvuru borçlularını meydana gelmesi muhtemel zararlardan korumaktır. Örneğin bir başvuru borçlusunu, ödemek zorunda kalacağı bono veya poliçe bedeline eklenecek temerrüt faizi ve komisyon ücretinin artmasına engel olmak amacıyla bono veya poliçe bedelini, ihbar üzerine sıra kendisine gelmeden ödeyebilir⁹¹⁶.

İhbar, kanunda hamile ve başvuru borçlularına yönelik bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir (TTM md.723 f.1, md.778 f.1-d). Bunun yanı sıra, ihbar yükümlülüğü emredici niteliktedir; aksi kararlaştırılmaz⁹¹⁷. Belirtilen süreler içinde ihbarname göndermeyen kişi (hamil veya kendisine ihbarda bulunan ciranta), başvurma hakkını kaybetmez; ancak ihmalden doğan zarardan sorumlu olur. Bu zarara ilişkin tazminat borcu ise bono veya poliçe bedeliyle sınırlıdır (TTK md.723 f.7, md.778 f.1-d). İhbarın süresi içinde yapıldığını ispat yükü, ihbarı yapmakla yükümlü olan kişi üzerindedir (TTK md.723 f.6, md.778/1-f). İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle bir zarar meydana geldiğini ispat yükü ise, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kişi üzerindedir⁹¹⁸.

İhbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen hamil veya kendisine ihbarda bulunan cirantanın ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarının üst sınırı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu noktada TTK md.723 f.7 düzenlemesi ile azami götürü tazminat anlaşmaları arasında bir benzerlik söz konusudur. Şöyle ki azami götürü tazminat anlaşmaları, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü tazminatı yukarı doğru sınırlar⁹¹⁹. Gerçek zarar, götürü tazminattan daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan ancak götürü tazminatın ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusunu ise, gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispat edebilir ve götürü tazminat miktarının üst sınırının altında kalan bu miktarı ödeyerek, tazminat borcunu ifa edebilir⁹²⁰. Buna karşılık, TTK md.723 f.7

⁹¹⁶ Bozgeyik, s.153-154; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s.213.

⁹¹⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s.213-214. Ancak doktrinde, müracaat borçlularının altını imzalamak suretiyle senet üzerine yazacakları ve sadece kendilerine karşı hüküm ifade edecek olan kayıtlarla, kendilerine yapılacak olan ihbardan vazgeçebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. BOZGEYİK, s.154.

⁹¹⁸ Bozgeyik, s.160-161; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s.215.

⁹¹⁹ Oertli, N.57.

⁹²⁰ Oertli, N.57.

uyarınca, hamilden veya kendisine ihbarda bulunulan cirantandan, ihbar yükümlülüğünün ihlali nedeniyle tazminat talep edilebilmesi için, ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kişi, yani tazminat alacaklısı tarafından, hamilin veya kendisine ihbarda bulunulan cirantanın ihbar yükümlülüğünün varlığı, bu yükümlülüğün ihlal edildiği ve bu ihlal nedeniyle bir zarar meydana geldiği ispat edilmelidir⁹²¹. İhbarın süresi içinde yapıldığını ispat yükü ihbarı yapmakla yükümlü olan kişi üzerindedir (TTK md.723 f.6, md.778/1-f).

Kural olarak, TBK md.50 uyarınca, zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar görenin *hem zararın varlığını hem de miktarını* ispat etmesi gerekir. Bu kural, TMK md.6'nın özel bir görüntüsüdür⁹²². TTK md.723 f.6 hükmü de genel ve soyut ispat yükü kuralının, hamil veya kendisine ihbarda bulunulan cirantanın ihbar yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde söz konusu olan tazminat sorumluluğu bakımından somut bir pratiğidir. Buna göre, zarar gören hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispat yükü altındadır. Başka bir deyişle, zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, zarar gören taşır. Ancak azami götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar tazminat borçlusu taşır. Çünkü tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zarar miktarının götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edemez ise, götürü tazminatı ödemek zorunda kalır⁹²³. Bu noktada, ispat yükü dağılımı bakımından TMK md.6 ve TBK md.50 ile aynı doğrultuda olan TTK md.723 f.6 düzenlemesi ile azami götürü tazminat anlaşmaları birbirinden farklıdır.

⁹²¹ Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya, s.215; Bozgeyik, s.161.

⁹²² Eren, Genel Hükümler, s.724.

⁹²³ Oertli, N.57.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT ALACAĞININ MUACCEL OLMASI

3.1 Koşulları

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır⁹²⁴. Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir⁹²⁵. Sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için ise sözleşmenin ihlal edilmiş olması, sözleşmenin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kural olarak, borçlunun sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. Aşağıda sırasıyla bu koşullar incelenmiştir.

3.1.1 Asıl Borcun İhlal Edilmiş Olması

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, öncelikle asıl borcun ihlal edilmiş olması gerekir⁹²⁶. Şöyle ki, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, birtakım yükümlülükler içerir. Bu yükümlülüklerden bazıları *ilk yükümlülükler* iken bazıları ise, *ikincil (tali) yükümlülüklerdir*. İlk yükümlülükler, sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüklerdir⁹²⁷. Bunlar, asli yükümlülükler olabileceği gibi yan yükümlülükler de olabilir⁹²⁸. İkincil (tali) yükümlülükler ise ilk yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde ödenmesi gereken tazminat yükümlülüğünü ifade eder⁹²⁹. Böylelikle borç ilişkisinden doğan ilk yükümlülük, ikincil (tali) nitelikteki tazmin yükümlülüğüne dönüşür⁹³⁰. Örneğin, TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep edebilir. Bu tazminat talebi, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin taraflar arasında sona erdiğini değil; aksine bu ilişkinin devam ettiğini, fakat içeriğinin değiştiğini; sözleşmenin içerdiği asli edim yükümlülüğünün yerine tazminat ödeme yükümlülüğünün geçtiğini

⁹²⁴ Oertli, N.187; Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

⁹²⁵ Oertli, N.184; Ozanoğlu, s.29.

⁹²⁶ Oertli, N.189.

⁹²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s.7-8; Eren, Genel Hükümler, s.30; Aral, Kötü İfa, s.37.

⁹²⁸ Eren, Genel Hükümler, s.30-31.

⁹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s.8; Eren, Genel Hükümler, s.31; Aral, Kötü İfa, s.38.

⁹³⁰ Eren, Genel Hükümler, s.1054. Tazminat sorumluluğu, bazen aynen ifanın yerini tamamen alır. Örneğin Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden biri olan borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi durumunda, alacaklının edimin aynen ifasını talep etmesi veya bu amaçla icra takibine başvurması mümkün değildir. Bu durumda alacaklı, borçludan ifa edilmeyen edimin değerini, nakdî tazminat olarak istemek zorundadır. Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s.414-415.

gösterir⁹³¹. Götürü tazminat anlaşması ise, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesidir. Başka bir deyişle, sözleşmesel götürü tazminat alacağı, asıl sözleşmenin kurulmasıyla değil; asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesiyle ortaya çıkar. Asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan borçlunun götürü tazminat ödeme yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü değil; sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesiyle asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin, sözleşmesel götürü tazminat alacağına dönüşmesinden ibarettir⁹³².

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlali farklı şekillerde söz konusu olabilir. Bunlar; borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi, borçlunun temerrüdü, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve bağımsız yapmama borçlarının ihlalidir. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için de münhasıran götürü tazminat anlaşmasında belirtilen ihlal türünün gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin, taraflar arasında borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklıya ödenecek gecikme tazminatına ilişkin bir götürü tazminat anlaşması yapılmışsa, edimin borçlunun kusuru ile imkansızlaşması durumunda, alacaklı götürü tazminat anlaşması ile belirlenen tazminat alacağını borçludan talep edemez. Kural olarak, her bir ihlal türü için ayrı bir götürü tazminat edimi kararlaştırılabilir⁹³³. Ancak bazı hallerde, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasında, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için gerçekleşmesi gerekli olan ihlal türü belirgin değildir. Bu durumda ilgili ihlal türü, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ile açıklığa kavuşturulmalıdır⁹³⁴. Götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla, farklı türlerde sözleşme ihlali için aynı götürü tazminat ediminin ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir⁹³⁵. Örneğin, bir makinenin tesliminin temerrüdü halinde ödenmesi kararlaştırılan bir götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin ayıplı olması durumunda da ödenebilir. Şöyle ki makinenin zamanında teslim edilmemesi halinde meydana gelen zarar ile makinenin ayıplı olması nedeniyle işlevini yerine getirememesi, yani kullanılmaması,

⁹³¹ Eren, Genel Hükümler, s.1035, 1054, 1117.

⁹³² Eren, Genel Hükümler, s.31; Kapanıcı, s.662.

⁹³³ Oertli, N.36.

⁹³⁴ Oertli, N.184, 189.

⁹³⁵ Oertli, N.127. Ayrıca bkz. *Six Companies of Cal. v. Joint Highway District No. 13 of the State of Cal.*, 24 F. Supp. 346 (N. D. Cal. 1938) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *Rainier v. Masters*, 79 Ore. 534, 154 Pac. 426 (1916) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *Moses v. Autuono*, 56 Fla. 499, 47 So. 925 (1908) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *Southern Pacific Co. v. Globe Indemnity Co.*, 21 F.(2d) 288 (C. C. A. 2d, 1927) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *National Loan & Exchange Bank v. Gustafson*, 157 S. C. 221, 154 S. E. 167 (1930) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *City of Reading v. U. S. Fidelity & Guaranty Co.*, 19 F. Supp. 350 (E. D. Pa. 1937) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *Cf. Board of Education v. Sandman*, 134 Misc. 456, 458, 234 N. Y. Supp. 665, 667 (Sup. Ct. 1929) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161); *Cf. School District No. 3 v. DeLano*, 96 Kan. 499, 152 Pac. 668 (1915) (Harvard Law Review, Vol.52, No.1, 1938, pp.160-161).

makineden yararlanılamaması halinde meydana gelen zarar aynıdır; her ikisinde de makinenin kullanımından mahrumiyet söz konusudur⁹³⁶. Bunun tam tersi de düşünülebilir; yani makinenin ayıplı olması halinde ödenmesi kararlaştırılan bir götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin tesliminin temerrüdü bakımından da geçerli olabilir⁹³⁷.

Kural olarak, sözleşmenin ihlalinin ispatı bakımından götürü tazminat anlaşması, ispat yükünün dağılımı üzerinde etkili değildir⁹³⁸. Sözleşmenin ihlalinin ispatı bakımından, ispat yüküne ilişkin genel kural geçerlidir⁹³⁹. TMK md.6 uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat yükü altındadır. O halde sözleşmenin ihlalinin ispatı bakımından götürü tazminat ediminin alacaklısı, ispat yükü altındadır⁹⁴⁰.

3.1.2 Asıl Borcun İhlali Nedeniyle Bir Zarar Meydana Gelmiş Olması

3.1.2.1 Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, alacaklının kararlaştırılan götürü tazminat alacağını talep edebilmesi için, sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklı aleyhine bir zarar meydana gelmiş olması gerekir⁹⁴¹. Zarar, bir kimsenin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir⁹⁴². Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir⁹⁴³. Bir başka deyişle, götürü tazminat, ceza koşulu gibi zarardan bağımsız

⁹³⁶ Oertli, N.127.

⁹³⁷ Oertli, N.127.

⁹³⁸ Oertli, N.199.

⁹³⁹ Oertli, N.199.

⁹⁴⁰ Oertli, N.199.

⁹⁴¹ Oertli, N.188; Fischer, Thomas, s.171; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24; Yıldırım, s.36. Akdi sorumluluğun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1051 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.425 vd.;Tandoğan, Mesuliyet, s.414 vd.; Uygur, C.III, s.3136 vd.

⁹⁴² Eren, Genel Hükümler, s.521; Tandoğan, Mesuliyet, s.252-253; Oğuzman/Öz, C.I, s.428.

⁹⁴³ Oertli, N.188. Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından da asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı, herhangi bir zarara uğramamış ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, bir ceza koşulu olarak değerlendirilmekte ve geçersiz kabul edilmektedir. Böylelikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklı, herhangi bir zarara uğramamış ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi alacaklıya ödenmemektedir. Bkz. Dunn v. Morgenthau, 73 App. Div. 147, 76 N. Y. Supp. 827, affirmed in 175 N. Y. 518, 67 N. E. 1081 (1903) (The Yale Law Journal, Vol.30, No.3, p.299); Disosway v. Edwards, 134 N. C. 254, 46 S. E. 501 (1904) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Caplan v. Schroeder, 56 Cal. 2d 515, 364 P.2d 321, 15 Cal. Rptr. 145 (1961) (Sweet, s.139, dn.272); Freedman v. Rector, 37 Cal. 2d 16, 230 P.2d 629 (1951) (Sweet, s.139, dn.272); Petrovich v. City of Arcadia, 36 Cal. 2d 78, 222 P.2d 231 (1950) (Sweet, s.139, dn.272); Olson v. Biola Cooperative Raisin Growers Ass'n, 33 Cal. 2d 664, 204 P.2d 10 (1949) (Sweet, s.139, dn.272); Webster v. Garette, 10 Cal. App. 2d 610, 52 P.2d 550 (3d Dist. 1935) (Sweet, s.139, dn.272); White v. City of San Diego, 126 Cal. App. 501, 14 p.2d 1062 (4th Dist. 1932) (Sweet, s.139, dn.272); Mente & Co. v. Fresno Compress & Whse. Co., 113 Cal. App. 325, 298 P. 126 (4th Dist. 1931) (Sweet, s.139, dn.272); Jakovich v. Romer, 74 Cal. App. 333, 240 P.39 (1st Dist. 1925) (Sweet, s.139, dn.272).

değildir⁹⁴⁴. TBK md.180 f.1 uyarınca alacaklı, hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Bununla birlikte, bazı yazarlar tarafından götürü tazminatın zarardan bağımsız olduğu iddia edilmiştir⁹⁴⁵. Ancak bu görüşün reddedilmesi gerekir. Çünkü götürü tazminatın zarardan bağımsızlığı, sorumluluk hukuku ve tazminat ödeme yükümlülüğü anlayışı ile bağdaşmaz⁹⁴⁶.

Kural olarak, TBK md.50 uyarınca zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar görenin *hem zararın varlığını hem de miktarını* ispat etmesi gerekir. Bu kural, TMK md.6'nın özel bir görüntüsüdür⁹⁴⁷. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, zararın varlığını ispat yükü alacaklıda olmayıp⁹⁴⁸; zararın meydana gelmediğini borçlunun ispat etmesi gerekir⁹⁴⁹. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, zararın varlığına ilişkin ispat yükünün tersine çevrilmiş olması, götürü tazminatın zarardan bağımsız olduğu anlamına gelmez. Çünkü borçlu, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının herhangi bir zarara uğramadığını ispat ederse, tazminat ödeme yükümlülüğünün koşullarından biri gerçekleşmediği için, kararlaştırılan götürü tazminat edimini ödemekten kurtulur⁹⁵⁰. Zararı ispat yükünün ortadan kaldırılması, çoğu zaman götürü tazminat anlaşması ile gerçekleştirilmek istenen en önemli amaçtır. Zararı ispat yükünden kurtulma, tazminat alacaklısı bakımından son derece avantajlı bir durumdur⁹⁵¹. Götürü tazminatın kararlaştırılmış olması, tazminat borçlusu bakımından da avantajlı bir durumdur. Şöyle ki sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın varlığının ve kapsamının ispatı, çoğu zaman karmaşıktır ve tazminat alacaklısı ile borçlusu arasında bir uyumsuzluk nedenidir. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, borçlu da kendisini neyin beklediğini bilir ve sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, kararlaştırılan götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat ödeme borcundan kurtulabilir⁹⁵².

Acaba, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, zararın miktarı bakımından ispat yükü dağılımı nasıl olur? Bu sorunun cevabı, götürü tazminat anlaşmasının türüne göre değişir⁹⁵³. Çünkü götürü tazminat anlaşmasının türünün

⁹⁴⁴ Oertli, N.188; Kocaağa, Cezai Şart, s.50; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.153; Ozanoğlu, s.24, 29.

⁹⁴⁵ Bkz. Hess, s.160; Lindacher, s.158 vd. (Oertli, N.188, dn.267); Fischer, Detlev, s.173 vd. Ayrıca bkz. United States v. Bethlehem Steel Co., 205 U. S. 105 (1906) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.383); Kelso v. Reid, 145 Pa. 606, 23 Atl. 323 (1892) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.383).

⁹⁴⁶ Oertli, N.188; Sweet, s.139.

⁹⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s.724; Tandoğan, Mesuliyet, s.262.

⁹⁴⁸ Oertli, N.197.

⁹⁴⁹ Oertli, N.188, 197, 200; Kocaağa, Cezai Şart, s.50.

⁹⁵⁰ Oertli, N.197, 202.

⁹⁵¹ Oertli, N.71.

⁹⁵² Oertli, N.75.

⁹⁵³ Oertli, N.205. Detaylı bilgi için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §5. Götürü Tazminatın Türleri.

belirlenmesinde dikkate alınan husus, taraflardan birinin gerçek zararı ispat etmesi halinde, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir miktarı ödemesinin mümkün olup olmadığıdır⁹⁵⁴. Öncelikle, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması durumunda, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktar kadar olduğunun, bir karine olarak kabul edildiği belirtilmelidir⁹⁵⁵. Nispi (aksi ispat edilebilir) götürü tazminat anlaşmaları bakımından, her iki taraf da götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahiptir⁹⁵⁶. Tazminat borçlusunu, gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu iddia ediyor ise, zarar miktarının götürü tazminattan daha az olduğunu ispat yükü altındadır. Tazminat alacaklısı, gerçek zararın götürü tazminattan daha fazla olduğunu iddia ediyor ise, zarar miktarının götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat yükü altındadır.

Asgari götürü tazminat anlaşmaları, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü tazminat miktarını aşağı doğru sınırlar⁹⁵⁷. Gerçek zarar götürü tazminattan daha az olsa bile, tazminat borçlusunu, götürü tazminatı ödemek zorundadır. Tazminat alacaklısı ise, gerçek zararın götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir⁹⁵⁸. O halde, taraflar arasında asgari götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, tazminat alacaklısı, gerçek zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu iddia ediyor ise, zararın götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu ispat yükü altındadır.

Azami götürü tazminat anlaşmaları ise, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu götürü tazminatı yukarı doğru sınırlar⁹⁵⁹. Gerçek zarar götürü tazminattan daha fazla olsa bile, tazminat alacaklısı, borçludan ancak götürü tazminatın ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusunu ise, gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminatın üst sınırının altında kalan bu miktarı ödeyerek, tazminat borcunu ifa edebilir⁹⁶⁰. O halde taraflar arasında azami götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, tazminat borçlusunu, gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu iddia ediyor ise, zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat yükü altındadır.

Mutlak götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olması halinde ise, taraflara götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır⁹⁶¹. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde istenebilecek tek bir değer

⁹⁵⁴ Oertli, N.45.

⁹⁵⁵ Oertli, N.51.

⁹⁵⁶ Oertli, N.205.

⁹⁵⁷ Oertli, N.65.

⁹⁵⁸ Oertli, N.65, 205; Kapancı, s.670-671.

⁹⁵⁹ Oertli, N.57.

⁹⁶⁰ Oertli, N.57, 205.

⁹⁶¹ Oertli, N.205.

üzerinden kararlaştırdıkları anlaşmadır⁹⁶². Gerçek zararın götürü tazminattan daha fazla olması durumunda, tazminat alacaklısı, götürü tazminat miktarını aşan zararını ispat ederek, bunun ödenmesini talep edemeyeceği gibi; tazminat borçlusu da gerçek zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarının altında kalan bir meblağı ödeyip tazminat borcundan kurulamaz⁹⁶³. Belirlenen götürü tazminat miktarı, iki taraf için de sabit ve kesindir⁹⁶⁴.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Aşağıda sırasıyla bunlara değinilmiştir.

3.1.2.2 Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye, maddi zarar denir⁹⁶⁵. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde meydana gelen zarar, önemli bir ayırıma tabi tutulmaktadır. Bu ayırım, *müspet zarar-menfi zarar* ayırımıdır⁹⁶⁶.

3.1.2.2.1 Müspet Zarar

Müspet zarar; borçlunun, sözleşmeden doğan borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı ifade eder. Müspet zarar; alacaklının malvarlığının, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla içinde bulunduğu fiilî durum ile borcun gereği gibi ifası halinde alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır⁹⁶⁷. Müspet zararın hesaplanmasında, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaati dikkate alınır⁹⁶⁸.

Müspet zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere iki unsurdan oluşur. Fiili zarar, malvarlığının mevcut net durumunda meydana gelen azalmadır⁹⁶⁹. Fiili zarar, malvarlığının aktif kısmının azalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de ortaya çıkabilir⁹⁷⁰. Fiili zarar; ifa edilmeyen edimin değeri, alacaklı tarafından yapılan harcamalar ve diğer kalemlerden oluşur. Sözleşmenin ihlali dolayısıyla alacaklının yapmış olduğu bazı harcamalar fiili zarar kapsamındadır. Borçlunun ihtarı için yapılan masraflar bu tür harcamalara örnek olarak gösterilebilir⁹⁷¹. Borçlu tarafından

⁹⁶² Kapancı, s.667.

⁹⁶³ Oertli, N.205.

⁹⁶⁴ Oertli, N.61.

⁹⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s.521; Uygur, C.I, s.83, C.II, s.2017.

⁹⁶⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.429 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.426 vd. Eren, Genel Hükümler, s.1055; Topuz, Murat, s.89 vd. Detaylı bilgi için bkz. Ergüne, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.36 vd.

⁹⁶⁷ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 632-633; Tandoğan, Mesuliyet, s.426; Uygur, C.I, s.83.

⁹⁶⁸ Tandoğan, s.426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.855; Tunçomağ, s.806; Aral, Kötü ifa, s.164.

⁹⁶⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.429; Eren, Genel Hükümler, s.526; Tandoğan, Mesuliyet, s.426; Topuz, Murat, s.41.

⁹⁷⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.427; Eren, Genel Hükümler, s.526; Oğuzman/Öz, C.I, s.434.

⁹⁷¹ Oğuzman/Öz, C.I, s.434; Eren, Genel Hükümler, s.1055.

sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklı aleyhine başkaca zararlar da doğabilir. Bir hastanın yanlış ameliyat edilmesi nedeniyle yeni bir ameliyata gerek duyulması halinde durum böyledir. İkinci ameliyat için yapılan masraflar da fiili zararı oluşturur⁹⁷². Öte yandan fiilî zarar kapsamına alacaklının, borçlunun edimi ifa edeceğine güvenerek üçüncü kişilerle yaptığı sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirememekten dolayı ödeyeceği tazminat ve ceza koşulu da girer⁹⁷³.

Yoksun kalman kar, müspet zararın bir diğer kısmını oluşturur. Yoksun kalınan kar, sözleşme ihlal edilmeseydi hayatın normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder⁹⁷⁴. Bu zarar, malvarlığında kesin olarak ya da büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek bir artışın, kısmen veya tamamen engellenmesi yoluyla ortaya çıkmaktadır⁹⁷⁵. Örneğin bir işletmede kullanılan bir makine veya aracı tamir eden ustanın, bunu tahrip etmesi veya hasara uğratması halinde, bunların yerine yenileri konuluncaya kadar işletme sahibinin elde edemediği kazanç, yoksun kalınan karadır. Aynı şekilde, tekrar satılmak üzere ticari bir amaçla satın alınan bir malın borçlu tarafından alacaklıya teslim edilmemesi halinde, alacaklının bu malı üçüncü bir kişiye tekrar satarak gelir elde etme imkanı engellenmiş olur. Bu durumda da yoksun kalınan kar söz konusudur. Yoksun kalınan kar, farazî bir zarar olduğu için bunun miktarını belirlemek her zaman kolay değildir⁹⁷⁶.

3.1.2.2.2 Menfi Zarar

Menfi zarar, hüküm ifade etmeyen borç ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulduğu veya kurulacağı ya da kurulan sözleşmenin ifa edileceği yönünde oluşturulan güvenin boşa çıkarılması neticesinde meydana gelmektedir⁹⁷⁷. Buradan hareketle menfi zarar, bir sözleşmenin kurulacağına veya kurulan sözleşmenin geçerli olduğuna ya da kurulan sözleşmenin ifa edileceğine dair kendisinde güven uyandırılan tarafın malvarlığında, bu sözleşmenin kurulamaması veya geçerli olmaması nedeniyle meydana gelen rıza dışı azalma olarak tanımlanabilir. Başka bir ifadeyle menfi zarar, hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin

⁹⁷² Eren, Genel Hükümler, s.1055.

⁹⁷³ Aral, Kötü ifa, s.165 vd. ; Oğuzman/Öz, C.I, s.434.

⁹⁷⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.426-427; Eren, Genel Hükümler, s.1056; Oğuzman/Öz, C.I, s.434; Topuz, Murat, s.47.

⁹⁷⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s.434; Eren, Genel Hükümler, s.526; Topuz, Murat, s.47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.856; Aral Kötü İfa, s.166.

⁹⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1056.

⁹⁷⁷ Ergüne, Olumsuz Zarar, s.39; Tandoğan, Mesuliyet, s.427; Oğuzman/Öz, C.I, s.430; Topuz, Murat, s.95; Uygur, C.I, s.84.

hüküm ifade ettiğine veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına duyulan güvenden doğan zarardır⁹⁷⁸.

Menfi zarar, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulacağına veya kurulan sözleşmenin geçerli olduğuna dair kendisinde güven uyandırılan kimsenin malvarlığının, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü (sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması) nedeniyle aldığı fiilî durum ile zarara neden olan olay hiç gerçekleşmeseydi, yani borç ilişkisinin hüküm ifade edeceğine dair uyandırılan güven boşa çıkarılmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum arasındaki farka tekabül eder⁹⁷⁹.

Menfi zararı oluşturan unsurların başında, sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan masraflar gelir. Sözleşme kurma masraflarına örnek olarak iletişim, seyahat ve noter masrafları, ödenen vergiler, danışmanlık ve komisyon ücretleri gösterilebilir.

Sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenen ve ifa beklentisi içinde olan taraf, sözleşme ile belirlenen ifa zamanını ve yerini dikkate alarak, birtakım harcamalar yapmış olabilir. Sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle, başka bir deyişle beklentinin boşa çıkması nedeniyle amacına ulaşamayan bu harcamalar da menfi zarar kalemleri arasında yer alır. Nakliye masrafları, tapu giderleri, ödenen sigorta primleri, gümrük masrafları veya sözleşmenin ifasına yönelik olarak banka kredisi kullanılması nedeniyle yapılan masraflar ve alınan kredinin faizleri de sözleşmenin hüküm ifade ettiğine güvenen ve ifa beklentisi içinde olan tarafın menfi zararına örnek olarak gösterilebilir. Alacaklının borçluyu ihtar etmek, borçluya süre vermek, sözleşmeden dönmek, dava açmak için yapmak zorunda olduğu masraflar da menfi zarar kalemleri arasındadır⁹⁸⁰. Öte yandan hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi için yapılan masraflar da menfi zarar kalemleri arasında yer alır. Hükümsüz sözleşmenin tasfiyesi için yapılan masraflara örnek olarak, yerine getirilmiş olan edimin geri alınması veya diğer tarafa ediminin iade edilmesi için yapılan masraflar gösterilebilir⁹⁸¹.

Sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenen taraf, bu sözleşmeden doğan ifa menfaatini esas alarak üçüncü kişiler ile başka sözleşmeler kurmuş ve birtakım yükümlülükler üstlenmiş olabilir. Hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenilen sözleşmenin hükümsüz olması halinde, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenen taraf, bu sözleşmeden doğan ifa menfaatine kavuşamayacağı için, üçüncü kişilere karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri yerine getiremeyecek ve üçüncü kişilere tazminat veya ceza ödemek zorunda kalacaktır. İşte,

⁹⁷⁸ Tandoğan, Mesuliyet, s.427; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.633; Eren, Genel Hükümler, s.1057; Ergüne, Olumsuz Zarar, s.50 vd.; Topuz, Murat, s.91; Uygur, C.I, s.84.

⁹⁷⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s.427; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.633; Eren, Genel Hükümler, s.1079; Ergüne, s.41.

⁹⁸⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.428; Eren, Genel Hükümler, s. 1057.

⁹⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s.1125. Menfi zarar kalemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Ergüne, Olumsuz Zarar, s.288 vd.

sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenen tarafın, üçüncü kişilere ödediği bu tazminat ve ceza da menfi zarar kalemleri arasında yer alır⁹⁸².

Son olarak, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenen taraf, hükümsüz kalan sözleşmeyle bağlı olduğu düşüncesiyle diğer sözleşme tekliflerini kaçırmış; daha kötü şartlara sahip (örneğin aynı malı daha yüksek bedelle satın alma gibi) yeni bir sözleşme yapma zorunluluğu ile karşı karşıya kalmış olabilir. Oysa hüküm ve sonuç doğurduğuna güvenilen sözleşme hiç kurulmasaydı, alacaklı bu teklifleri kaçırmayacaktı. İşte, alacaklının üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşme ile alacaklının borçlu ile yaptığı sözleşme arasındaki fark da alacaklının talep edebileceği menfi zarar kalemleri arasında yer alır. Bu farka, kaçırılan fırsat da denmektedir. Kaçırılan fırsat, menfi zarara özgü kar mahrumiyetinden başka bir şey değildir⁹⁸³. Çünkü menfi zarar bakımından ifa menfaati değil; bir sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu veya kurulacağı ya da kurulan sözleşmenin ifa edileceği yönünde uyandırılan güven korunduğundan, eşyanın doğası gereği ancak hükümsüz kalan sözleşme nedeniyle aynı veya daha elverişli şartlarda başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sonucu uğranılan zarar talep edilebilir⁹⁸⁴.

3.1.2.3 Manevi Zarar

3.1.2.3.1 Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, manevi zarar da söz konusu olabilir⁹⁸⁵. Manevi zarar, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana

⁹⁸² Ergüne, Olumsuz Zarar, s.297 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1125; Tandoğan, Mesuliyet, s.428.

⁹⁸³ Yargıtay 15. HD., T.6.11.2003, E.2003/1714, K.2003/5274: "... Davacı iş sahibi, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla işi yerine getirmediğini, aynı işi üçüncü bir kişiye yaptırdığını, her iki işin fiyatı arasındaki farkı, yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından 4.9.2000 tarihinde feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmeye tekrar dönülerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenme olanağı yoktur. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesine güvenilerek kaçırılan elverişli fırsatlara göre değerlendirilip bulunacak zarardır. Başka bir anlatımla davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırmaya olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebiyle aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını talep edebilir. Zira, davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır..." (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.). Yargıtay 15. HD., T.26.03.1992, E.1991/4076, K.1992/1584: "... Davada talep edilen yoksun kalınan kazanç, diğer ifadeyle daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarardır. Bu zarar genelde iki ihale arasındaki farka eşit değildir. Somut olayda yanlar arasında kararlaştırılan fiyat diğer koşullar bir yana bırakıldığında 281.546.293 TL.dir. Yüklenici tarafından bu fiyat teklif edilmese, davacı kooperatifin bunun bir üstünde teklif edilen fiyatla örneğin 290.000.000 TL. olsun işi yaptıracığı varsayılacağından, bu kez yüklenici işi yapmadığından ve iş yeni fiyatlarla yaptırılacağından yüklenicinin yapmayacağı işi alması nedeniyle kaçırılan fırsat bir sonraki tekliftir. Örneğe göre 290.000.000 TL.dir. O halde ihale ya da alınan tekliflere dair evrakin ibraz ettirilmesi ve bu yönüyle "kaçırılan fırsatın" saptanması menfi zararın hesaplanması için zorunludur..." (10 Ekim 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.).

⁹⁸⁴ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.307; Ergüne, Olumsuz Zarar, s.298 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.428; Oğuzman/Öz, C.I, s.431.

⁹⁸⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.424; Oğuzman/Öz, C.I, s.435; Eren, Genel Hükümler, s.1054. Detaylı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, Arzu: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.

gelen eksilme olarak tanımlanabilir⁹⁸⁶. Manevi zarar, kişilik değerlerinin özellikle yaşam hakkının ve vücut bütünlüğünün ihlali halinde söz konusu olur. Ancak sözleşmenin ihlali ve buna bağlı olarak manevi zarar; şeref ve haysiyet, isim, resim, ses, özel hayat ile kişisel verilerin gizliliği gibi diğer kişilik değerlerinin ihlal edilmesi halinde de söz konusu olabilir⁹⁸⁷.

Manevi tazminat davası açma hakkı, TMK md.25 f.3 hükmü ile saklı tutulmuştur. TBK md.56 ise özel olarak yaşam hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde ödenecek manevi tazminata ilişkin bir düzenlemedir. Buna karşılık TBK md.58, kişilik değerlerini korumaya yönelik genel bir sorumluluk normudur⁹⁸⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri başlıklı İkinci Ayırımı altında yer alan bu hükümler, TBK md.114 f.2 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde de uygulama alanı bulur⁹⁸⁹. Çünkü TBK md.114 f.2 uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanır.

3.1.2.3.2 Manevi Zarara İlişkin Götürü Tazminat Anlaşmalarının Yapılıp Yapılmayacağı Sorunu

3.1.2.3.2.1 Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlal edilmesi durumunda, alacaklının manevi zarara uğrayabileceği, dolayısıyla borçludan manevi tazminat talep edebileceği hususunda herhangi bir duraksama söz konusu değildir. Acaba sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlal edilmesi ve alacaklının manevi zarara uğraması halinde ödenecek manevi tazminata ilişkin taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması yapılabilir mi? Bazı yazarlara göre, götürü tazminat anlaşması, yalnızca malvarlığı değerlerinde meydana gelen eksilmeye ilişkin olabilir; herhangi bir maddi zarar olmamasına rağmen, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağlar, ancak ceza koşulu olabilir⁹⁹⁰. Buna karşılık, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, alacaklı manevi zarara da uğramış olabilir. Kaldı ki borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesinde alacaklının yalnızca maddi menfaati söz konusu değildir⁹⁹¹.

⁹⁸⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.435, C.II, s.253; Eren, Genel Hükümler, s.780.

⁹⁸⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1054; Oğuzman/Öz, C.I, s.435.

⁹⁸⁸ Oğuzman/Öz, C.I, s.435; Eren, Genel Hükümler, s.781.

⁹⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s.781; 1054; Oğuzman/Öz, C.I, s.435.

⁹⁹⁰ Oertli, N.284, dn.425.

⁹⁹¹ Oertli, N.284.

3.1.2.3.2.2 Sorununun Manevi Tazminatın Niteliğini ve İşlevini Açıklayan Görüşler Bakımından Ele Alınması

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlal edilmesi ve alacaklının manevi zarara uğraması halinde ödenecek manevi tazminata ilişkin olarak, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması yapıp yapılamayacağı sorusunun cevabı, manevi tazminatın niteliğini ve işlevini açıklayan görüşler ile yakından ilgilidir. Manevi tazminatın niteliğini ve işlevini açıklamaya yönelik olarak çeşitli görüşler söz konusudur. Bunların başlıcaları, tatmin görüşü, ceza görüşü ve telafi görüşüdür.

Doktrinde hakim görüş, tatmin görüşüdür. Bu görüş uyarınca manevi tazminat, zarar görende uğramış olduğu manevi zararı; acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa hafifletip azaltacak bir tatmin (doyum) işlevi görür⁹⁹². Bu görüşe göre, zarar görene manevi tazminat adıyla bir miktar para ödendiği takdirde, onda uğramış olduğu manevi zararı kısmen veya tamamen gidermeye yarayan bir tatmin duygusu yaratılmış olur. Şüphesiz, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme para ile ölçülüp karşılanamaz, dolayısıyla ortadan kaldırılamaz. Ancak, bu görüşe göre, zarar görene ödenecek bir miktar para, belirli oranda da olsa onun acı ve ızdırabının azaltılıp dindirilmesini sağlar. Şöyle ki tazminat olarak ödenecek para, acı ve ızdırabı tam olarak karşılamasa, gidermese bile, onun yarattığı olumsuz sonuçları, kötü etkileri hafifletebilir; ödenecek olan bir miktar para, zarar görende hiç olmazsa belirli bir huzur ve rahatlama duygusu yaratır⁹⁹³. Öte yandan, manevi tazminat olarak hükmedilecek paranın, zarar görene acılarını yenmek, onlara hakim olmak, kaybettiği ruhi dengeyi tekrar kurmak imkanını verebileceğini de unutmamak gerekir. Gerçekten manevi tazminat olarak ödenen para ile zarar gören, ihlal edilen değerine mümkün olduğu takdirde yeni bir değer koyarak, kişilik değerlerindeki azalmayı dengeleyebilir. Bu yeni değer, genellikle bir malvarlığı değeridir. Böylelikle zarar görenin kişilik değerlerinde bir eksilme söz konusu iken, malvarlığında bir çoğalma, bir artma meydana gelir ve böylece zarar gören, manevi bir tatmin, bir rahatlama yaşar ve haz duyar⁹⁹⁴. Bu görüş, sübjektif manevi zarar anlayışına dayandığı için eleştirilmektedir⁹⁹⁵.

Manevi tazminatın niteliğini ve işlevini açıklamaya yönelik görüşlerinden bir diğeri ceza görüşüdür. Bu görüş uyarınca manevi tazminat, zarar vereni cezalandırma işlevi görür. Manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesiyle, zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmekte, zarar verenin malvarlığındaki azalma, zarar göreni psikolojik olarak

⁹⁹² Eren, Genel Hükümler, s.784; Tandoğan, Mesuliyet, s.330-331; Genç Arıdemir, s.9 vd.; Kılıçoğlu, Mustafa, s.1172.

⁹⁹³ Tandoğan, Mesuliyet, s.331; Eren, Genel Hükümler, s.784; Kılıçoğlu, Mustafa, s.1172.

⁹⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s.784; Tandoğan, Mesuliyet, s.330 vd.; Kılıçoğlu, Mustafa, s.1174.

⁹⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.785.

memnun etmektedir⁹⁹⁶. Ayrıca doktrinde diğer bazı yazarlar, manevi tazminatın tatmin işlevi yanında, kısmen de olsa ceza işlevinin de bulunduğunu kabul etmektedirler⁹⁹⁷. Ancak, kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminatın kabul edilmesi, ceza görüşünün aleyhinde bir kanıttır. Çünkü bu tür sorumlulukta kusur olmadan da zarar veren manevi zarardan sorumlu tutulmaktadır. Oysa manevi tazminat ceza niteliğinde olsa idi, zarar verenin kusurlu olması gerekirdi⁹⁹⁸.

Manevi tazminatın niteliğini ve işlevini açıklamaya yönelik görüşlerinden bir diğeri ise telafi (denkleştirme) görüşüdür. Bu görüş uyarınca, manevi tazminatın işlevi, uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmektir⁹⁹⁹. Aynen tazminde, ihlal edilen hak veya hukuki değere tekabül eden durum aynen yeniden kurulmakta, zarar verici olay meydana gelmeseydi zarar görenin kişilik değerleri hangi durumda bulunacak idiyse, o durum fiilen tekrar sağlanmaktadır¹⁰⁰⁰. Bir hakaret veya iftiranın fail tarafından alenen geri alınmasında, sağlık durumu ihlal edilen kimsenin tamamen tedavi edilmesinde, izinsiz çekilen bir fotoğrafın negatifinin imha edilmesinde ya da geri verilmesinde durum böyledir; aynen tazmin, bu nitelik ve özelliğiyle hukuki değerleri koruma amacını taşır¹⁰⁰¹. Manevi zararın giderilmesinde başvurulacak bir diğer yol ise nakden tazmindir. Gerçi manevi zararın, zarar görene ödenecek bir miktar para ile tam olarak telafi edilmesi mümkün değildir. Ancak bu durum manevi zararın parayla tazmin fikrini bir tarafa bırakmak için yeterli bir sebep değildir. Çünkü kişilik değerlerinin ve bunların ihlalden doğan eksilmenin para ile ölçülememesi gerekçe gösterilerek nakdî tazminat fikrinin reddedilmesi, zarar görenin hukukî korumadan yoksun bırakılması sonucunu doğurur. Manevi zararın nakden tazmini, niteliği itibarıyla ne kadar eksik bir koruma olursa olsun, hiçbir koruma olmamasından daha iyidir¹⁰⁰². Aynı şekilde manevi zararın para ile tazminini, alçaltıcı ve çirkin bulan, ahlaken incitici gören, kişiye sıkı sıkıya bağlı değerlerin ticari bir mal haline getirildiğini iddia eden görüşe de katılmak mümkün değildir. Kaldı ki, Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu çeşitli maddelerinde nakden tazmin ilkesini açıkça kabul etmiştir. Bu itibarla, manevi zararı bir miktar parayla telafi etmek, ne kadar eksik olursa olsun yine de niteliği itibarıyla bir tazminattır. TMK md.25, TBK md.56 ve 58'de kanun koyucu, manevi tazminatı talep etme yetkisini, kişilik hakkı ihlal edilen kişiye açık bir biçimde tanımış bulunmaktadır. Telafi (denkleştirme) görüşü uyarınca, zarar görene, uğramış olduğu zarara karşılık ödenecek para,

⁹⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s.784; Genç Arıdemir, s.8 vd.

⁹⁹⁷ Bkz. Tandoğan, Mesuliyet, s.331, dn.6.

⁹⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s.785.

⁹⁹⁹ Eren, Genel Hükümler, s.786; Genç Arıdemir, s.7 vd.; Kılıçoğlu, Mustafa, s.1174-1175; Franko, İ. Nisim: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.126.

¹⁰⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s.786.

¹⁰⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s.786.

¹⁰⁰² Eren, Genel Hükümler, s.786.

onun zararı, acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın ödenir. Maddî tazminatta, nasıl ki zarar görenin zararının telafi edilmesi, onun bu zararı hissetmesine bağlı değilse, manevî tazminat bakımından da durum aynıdır. Çünkü telafi (denkleştirme) görüşü, tatmin ve ceza görüşleri gibi, niteliği itibariyle sübjektif bir görüş olmayıp, tamamen objektif bir görüştür¹⁰⁰³. Malvarlığı değerlerinin ihlali halinde maddî tazminatı kabul edip, kişilik değerlerinin ihlali halinde manevî tazminatı kabul etmemek; malvarlığı değerlerini, kişilik değerlerinden üstün tutmak anlamına gelir ki, bunu hukuk sistemimiz yönünden haklı gösterecek hukukî bir dayanak bulmak mümkün değildir. Nihayet, nakden tazmini reddeden her görüş, çağdaş hukuk ve anayasalarda ifadesini bulan insan onuruna, kişilik hakkına ve bu hakkın korunması fikrine de aykırıdır. Bu nedenle, ihlal edilen kişilik değerinin aynen geri verilmesinin, eski durumunun yeniden kurulmasının mümkün olmadığı hallerde, manevî zararın nakden tazminini kabul etmekten başka çare yoktur. Bu suretle, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeye karşılık zarar görene ödenecek para, bir ceza veya tatmin olarak nitelendirilemez; bu, niteliği itibariyle telafi amacı güden bir tazminattır¹⁰⁰⁴.

Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirler; sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler¹⁰⁰⁵. Böylelikle götürü tazminat anlaşması, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında veya kişilik değerlerinde rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının ve kişilik değerlerinin iyileştirilmesi amacına hizmet eder¹⁰⁰⁶. O halde, manevî tazminatın niteliği itibariyle telafi amacı güden bir tazminat olduğunun dikkate alınması durumunda, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin ihlal edilmesi ve alacaklının manevî zarara uğraması halinde ödenecek manevî tazminata ilişkin taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması yapılıp yapılamayacağı sorusunun cevabı, olumlu olacaktır. HESS tarafından da manevî tazminatın telafi işlevine dikkat çekilerek, götürü tazminat anlaşmalarının manevî zararı da kapsayabileceği; başka bir deyişle, manevî zarara ilişkin götürü tazminat anlaşmaları yapılabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³ Eren, Genel Hükümler, s.787.

¹⁰⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.787; Franko, s.126.

¹⁰⁰⁵ Kapancı, s.665.

¹⁰⁰⁶ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

¹⁰⁰⁷ Hess, s.118 vd. (Oertli, N.286, dn.426).

3.1.2.3.2.3 Sorununun Bazı Götürü Tazminat Anlaşmalarının Aynı Zamanda Sorumsuzluk Anlaşması Niteliği Taşımaları Bakımından Ele Alınması

Kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlal edilmesi halinde herhangi bir tazminat talep edilemeyeceğine ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları ile kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlal edilmesi halinde talep edilebilecek tazminat miktarını sınırlayan anlaşmaların, TMK md.23 hükmü karşısında durumunun ne olduğu tartışmalıdır. Çünkü TMK md.23 f.1 uyarınca, kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Ayrıca TMK md.23 f.2 uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

Doktrinde bazı yazarlar¹⁰⁰⁸, sorumsuzluk anlaşmasının kapsamının hangi hukuki değer ile ilgili olduğunu dikkate alarak bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, sorumsuzluk anlaşması yapılması, alacaklının kişilik hakkını oluşturan değerlerini ihlal etmekte ise, sorumsuzluk anlaşması ahlaka aykırıdır. Kişilik hakkını oluşturan değerler, kişinin serbestçe tasarruf edemeyeceği değerleri arasındadır. Bu nedenle, maddi değerler ile kişilik hakkını oluşturan değerler arasında fark bulunmaktadır. Kişi, malvarlığı değerleri üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebilir ve uğradığı maddi zarara katlanabilir¹⁰⁰⁹. Ancak kişilik hakkını oluşturan değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edemez. Özellikle kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlal edilmesine ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamaz. Bu noktada sözleşme özgürlüğüne kesin ve katı sınırlar çizilmektedir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin korunması da bu sınırlar dahilinde ele alınmalıdır¹⁰¹⁰.

Manevi tazminat ile ilgili sorumsuzluk anlaşmasının konusu, alacaklının ileride doğması muhtemel manevi tazminat alacağıdır. Potansiyel manevi tazminat alacaklısının önceden (henüz manevi tazminat borcu doğmadan) borçlunun verdiği manevi zarardan dolayı tazminat talep etmeyeceğini beyan ettiği hukuki işlem, bir feragat niteliği taşır. Oysa manevi tazminat talep etme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak¹⁰¹¹; bu nedenle, hak sahibi, manevi tazminattan önceden feragat edemez¹⁰¹². Çünkü feragat, hak sahibinin kişilik hakkını oluşturan değerleri korumaya yönelik bir yaptırımdan feragat etmesi ve dolayısıyla, henüz yaşamadığı acı ve elemeleri davet etmesi anlamına gelir¹⁰¹³. Aynı sonucun sözleşme niteliği taşıyan hukuki işlemler için de geçerli olması gereklidir. Alacaklının, ihlal gerçekleşmeden önce, kişilik hakkını oluşturan değerler ihlal edilirse manevi tazminat talep etmeyeceğini

¹⁰⁰⁸ Akman, s.113 vd.; Başalp, s.294.

¹⁰⁰⁹ Akman, s.115; Başalp, s.294.

¹⁰¹⁰ Başalp, s.294.

¹⁰¹¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.334.

¹⁰¹² Başalp'in de belirttiği gibi, her ne kadar sorumsuzluk anlaşması, zararın giderilmesini, dolayısıyla ödenecek tazminatı konu olsa da kişilik değerlerinin ihlali sonucunda tanınan tazminat talebinin aslında feragat edilemez kişilik hakkının, ihlal sonrası güncel bir görünümüdür. Bkz. s.294.

¹⁰¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.692.

kabul etmesi veya bu talebini sınırlandırması, kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlalinde uygulanacak en etkin yaptırım olan manevi tazminatı etkisizleştirebilir ve hakkın bu tür ihlallerde korumasız kalmasına neden olabilir. Sorumsuzluk anlaşması, henüz ihlal gerçekleşmeden önce yapılmaktadır. Bu aşamada henüz hak sahibi, sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkını oluşturan değerlerin ihlalinin yaratacağı olumsuzlukları, nasıl ve ne ölçüde manevi zarara uğrayacağını kesin olarak öngöremez. Dolayısıyla tazminatın önceden sınırlandırılmasını kabul eden her yaklaşım, aslında kişilik hakkını oluşturan değerlerin etkin bir şekilde korunmamasına yol açar¹⁰¹⁴.

Aynı şekilde, doktrine göre, zarar görenin haksız fiile rıza gösterebildiği ve rızanın geçerli olduğu hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabilir¹⁰¹⁵. Rıza ile sorumsuzluk anlaşması arasında farklar bulunmasına rağmen¹⁰¹⁶, her ikisinde de ortak bir nokta bulunmaktadır. Bu ortak nokta, rıza veya sorumsuzluk anlaşması olmasa idi tazminat borcu ödeme yükümlülüğü altına girecek olan tarafın, bu anlaşma veya rıza sayesinde bu yükümlülükten kısmen veya tamamen kurtulacak olmasıdır¹⁰¹⁷. Bu ortak nokta sayesinde, ancak kişinin rıza gösterebildiği ve rızanın geçerli olduğu hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁰¹⁸. Çünkü rıza da sorumsuzluk anlaşması da hukuka aykırılığı ortadan kaldırma ve özellikle gelecekteki tazminat talebinden kısmen veya tamamen vazgeçme sonuçlarını doğurmaktadır. Rızanın geçerli olabilmesi için emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kişilik hakkını oluşturan değerlere aykırı olmaması gerekir¹⁰¹⁹. Bu nedenle, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği de taşıyan götürü tazminat anlaşmaları değerlendirilirken, TMK md.23 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşması ile bu hakkın ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırılmaması gerekir. Aksi takdirde, sorumsuzluk anlaşması niteliğini taşıyan götürü tazminat anlaşmaları, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aştığı için TBK md.27 uyarınca kesin hükümsüz olur¹⁰²⁰.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması götürü tazminat ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki götürü tazminat anlaşmalarından bazıları (azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmaları) sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıırken; bazıları (nispi götürü tazminat anlaşmaları ile asgari

¹⁰¹⁴ Başalp, 294.

¹⁰¹⁵ Akman, s.113.

¹⁰¹⁶ Akman, s.22-23.

¹⁰¹⁷ Akman, s.23.

¹⁰¹⁸ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s.208 vd.

¹⁰¹⁹ Eren, Genel Hükümler, s.794; Oğuzman/Öz, C.II, s.119.

¹⁰²⁰ Oertli, N.124.

götürü tazminat anlaşmaları) taşımaz. Götürü tazminat anlaşmasının sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımadığı hallerde, tazminat alacaklısı, manevi tazminat alacağından kısmen veya tamamen feragat etmiş olmaz. Çünkü tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen manevi zararın götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep edebilir¹⁰²¹. Götürü tazminat anlaşmasının sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığı hallerde ise, TMK md.23 hükmü karşısında kesin hükümsüz olduğunu ileri sürerek tarafların belirlemiş olduğu götürü tazminat edimini tamamen göz ardı etmek de hakkaniyete uygun bir çözüm yolu olmaz. Bu durumda, götürü tazminat anlaşmasını kesin hükümsüz saymak yerine, yalnızca anlaşma ile belirlenen üst sınırı geçersiz saymak ve tazminat alacaklısına, uğramış olduğu manevi zararın, götürü tazminat miktarını aştığını ispat etme ve götürü tazminat miktarını aşan kısmı boçludan talep etme imkanının tanınması daha yerinde olur¹⁰²². Başka bir deyişle, götürü tazminat anlaşmasının sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığı hallerde, tazminat alacaklısı, zaten kararlaştırılan götürü tazminata hak kazanır. Bu nedenle, tazminat alacaklısı, götürü tazminat miktarını aşan manevi zararını ispat ederek, aşkın zararının ödenmesini borçludan talep edebilmelidir.

3.1.3 Asıl Borcun İhlali İle Meydana Gelen Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunması

Kararlaştırılan götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için sözleşmenin ihlali ile alacaklı aleyhine meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁰²³. Başka bir deyişle sözleşmenin ihlali, olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle elverişli olmalıdır¹⁰²⁴.

Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ispatı bakımından zararın varlığı bakımından söz konusu olan ispat yükü dağılımı geçerli olmalıdır¹⁰²⁵. Yani taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat yükü alacaklıda olmayıp¹⁰²⁶; sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını borçlunun ispat etmesi gerekir¹⁰²⁷. Borçlu, sözleşmenin ihlali ile zarar

¹⁰²¹ Oertli, N.65; Kapancı, s.670-671.

¹⁰²² Aynı görüşte bkz. Kapancı, s.668.

¹⁰²³ Oertli, N.190.

¹⁰²⁴ Oertli, N.191; Eren, Genel Hükümler, s.1059.

¹⁰²⁵ Oertli, N.200.

¹⁰²⁶ Oertli, N.200.

¹⁰²⁷ Oertli, N.200.

arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ispat ederse, tazminat ödeme yükümlülüğünün koşullarından biri gerçekleşmediği için kararlaştırılan götürü tazminat edimini ödemekten kurtulur¹⁰²⁸.

3.1.4 Asıl Borcun Kusurlu Olarak İhlal Edilmiş Olması

Kararlaştırılan götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullardan bir diğeri, borçlunun sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olmasıdır¹⁰²⁹. TBK md.114 f.1 uyarınca borçlu, her türlü kusurundan sorumludur. Buradan hareketle, sözleşmeden doğan sorumluluğun, kural olarak kusur sorumluluğu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰³⁰. Yani sözleşmeden doğan sorumluluğun kurucu unsuru, borçlunun kusurudur¹⁰³¹. Gerçekten TBK md.112 uyarınca, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Yani, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmiş olması tek başına yeterli değildir. Bir başka deyişle, götürü tazminat, ceza koşulu gibi borçlunun kusurundan bağımsız değildir¹⁰³². Çünkü ceza koşulunun ileri sürülebilmesinden farklı olarak, götürü tazminat alacağının ileri sürülebilmesi için mutlaka bir tazminat yükümlülüğünün söz konusu olması gerekir¹⁰³³. Buna karşılık istisnai bazı hallerde, özellikle bir kanun hükmüne dayanan hallerde borçlu sebep ilkesine göre sorumlu olur. Örneğin, TBK md.116 uyarınca borçlu, yardımcı kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zarardan kusur şartı aranmaksızın sebep ilkesine göre sorumludur¹⁰³⁴.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun içinde bulunduğu sosyal ve meslekî çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçimi ve bu davranış biçiminin bir niteliği olarak tanımlanabilir¹⁰³⁵. Benzer işlerde, benzer kişiler tarafından gösterilmesi gerekli özeni göstermeyen borçlu, kural olarak kusurludur¹⁰³⁶.

Sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumlu tutulabilmesi

¹⁰²⁸ Oertli, N.200, 202.

¹⁰²⁹ Oertli, N.192.

¹⁰³⁰ Eren, Genel Hükümler, s.1060; Oğuzman/Öz, C.I, s.447; Tandoğan, Mesuliyet, s.417 vd.

¹⁰³¹ Tandoğan, Mesuliyet, s.417; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.874 vd.; Aral, Kötü İfa, s.180; Eren, Genel Hükümler, s.1060; Oğuzman/Öz, C.I, s.449.

¹⁰³² Hakim görüşü uyarınca, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusuru gerekli olmayıp, borca objektif aykırılık yeterlidir. Bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.171, dn.53.

¹⁰³³ Kocaağa, Cezai Şart, s.53.

¹⁰³⁴ Oertli, N.192, dn.270; Eren, Genel Hükümler, s.1060; Oğuzman/Öz, C.I, s.460.

¹⁰³⁵ Aral, Kötü İfa, s.180; Eren, Genel Hükümler, s.1060.

¹⁰³⁶ Tandoğan, Mesuliyet, s.416; Eren, Genel Hükümler, s.1060.

için öncelikle borçlunun, ayırt etme gücüne sahip olması gerekir¹⁰³⁷. Çünkü TMK md.15 uyarınca, kural olarak ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. O halde, gerekli özenin gösterilmemesi ancak ayırt etme gücü yerinde olan bir borçludan beklenebilir ve ancak ayırt etme gücü yerinde olan bir borçlunun, kendisinden beklenen özeni göstermemesi bir kusur olarak değerlendirilebilir¹⁰³⁸. Ayırt etme gücü ve ayırt etme gücünün unsurları TMK md.13'te düzenlenmiştir.

TMK md.16 f.2 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar. Her ne kadar bu hükümde haksız fiillerden bahsedilmekte ise de, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan da sorumlu tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³⁹. O halde, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, tazminat borçlusunu olan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılardan, kararlaştırılan götürü tazminat alacağının ifası talep edilebilir. Çünkü götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır¹⁰⁴⁰. Bunun yanı sıra, TBK md.59'un da, sözleşmelerin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁴¹. Yani ayırt etme gücünün geçici olarak kaybına kendi kusuruyla neden olan kimsenin, ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu sırada sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekir. Bu durumda da taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybına kendi kusuruyla neden olan borçludan, kararlaştırılan götürü tazminat alacağının ifası talep edilebilir.

TBK md.65 uyarınca, hakkaniyet gerektiriyorsa; hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. TBK md.65'te düzenlenmiş bulunan hakkaniyete dayalı bu kusursuz sorumluluk halinin, sözleşmeden doğan sorumlulukta da TBK md.114 f.2'nin amaçsal yorumu uyarınca uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁴². Yani hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçluyu da sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarardan kısmen veya tamamen sorumlu tutabilir¹⁰⁴³. Acaba, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının bulunması halinde, durum nasıl olur? Ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçlu, *kural olarak* sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi ise, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına

¹⁰³⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s.449; Eren, Genel Hükümler, s.1062; Oertli, N.192.

¹⁰³⁸ Eren, Genel Hükümler, s.1062. Hatta ayırt etme gücünün göreceli olduğu unutulmamalıdır; her borç ihlalinin niteliği bakımından ayrıca incelenmelidir. Bkz. Oğuzman/Öz, C.I, s.449; Dural/Öğüz, s.60.

¹⁰³⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1062.

¹⁰⁴⁰ Oertli, N.187.

¹⁰⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s.1062.

¹⁰⁴² Eren, Genel Hükümler, s.1067.

¹⁰⁴³ Eren, Genel Hükümler, s.1062.

bağlıdır¹⁰⁴⁴; yani götürü tazminat alacağıın talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir¹⁰⁴⁵. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğü *kural olarak* söz konusu olamayacağı için, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının bulunması halinde de, kararlaştırılan götürü tazminat alacağı talep edilemez. Ancak alacaklının dava açması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa, ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçlunun sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarardan kısmen veya tamamen sorumlu tutulabileceği yukarıda belirtilmişti. O halde, hakimin, hakkaniyet gereğince ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçluyu, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tuttuğu hallerde, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat edimini de dikkate alması gerekir. Çünkü götürü tazminat anlaşması ile taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı baştan tespit ederler¹⁰⁴⁶. Yani götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olduğu hallerde, taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak ve meydana gelmesi beklenen tipik zararı dikkate alarak, ödenecek tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹⁰⁴⁷. Bu nedenle, tarafların bu yöndeki iradeleri hiç yokmuş gibi davranılmamalıdır.

Gösterilmesi gereken özenin derecesi bakımından iki kriter söz konusudur. Bunlardan birincisi, borçlunun kendi işlerinde göstermeyi adet edindiği özen kriteridir. İkincisi ise, makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özen kriteridir. Birinci halde gösterilmesi gereken özenin derecesi, subjektif, özel ve somut bir kritere göre belirleneceği için, bu halde kusur subjektif bir nitelik taşır. İkinci halde ise gösterilmesi gereken özenin derecesi; objektif, genel ve soyut bir nitelik taşır. Bu noktada, objektif kusur söz konusu olur¹⁰⁴⁸. Bu anlayışa göre kusur, somut olaydaki borçlu bir tarafa bırakılıp, soyut bir borçlu tipi esas alındığı için subjektif nitelikten sıyrılarak objektif ve normatif bir nitelik kazanır¹⁰⁴⁹. Ayrıca borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi, her sözleşme ilişkisinin ve somut olayın özellikleri, dürüstlük kuralı, iş çevrelerindeki görüşler göz önünde tutularak belirlenmelidir¹⁰⁵⁰.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta da kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır¹⁰⁵¹. Buna göre borçlu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ya kasten ya da ihmal yoluyla ihlal eder. Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal

¹⁰⁴⁴ Oertli, N.187.

¹⁰⁴⁵ Oertli, N.184.

¹⁰⁴⁶ Kapancı, s.665.

¹⁰⁴⁷ Oertli, N.74.

¹⁰⁴⁸ Oğuzman/Öz, C.I, s.450; Eren, Genel Hükümler, s.1060.

¹⁰⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1060.

¹⁰⁵⁰ Tandoğan, s.416 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, s.876 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.1063.

¹⁰⁵¹ Oertli, N.192; Oğuzman/Öz, C.I, s.449.

etmesine kasıt denir¹⁰⁵². Borçlunun, sözleşmeyi ihlal etmek istememekle birlikte, sözleşmenin ihlalini önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı şartlar altında göstermesi beklenen dikkat ve özeni göstermemesi ise ihmali oluşturur¹⁰⁵³.

TBK md.114 f.1 uyarınca, borçlu, kural olarak her türlü kusurundan sorumludur. Buradan hareketle sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle borçlunun meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi bakımından, başka bir deyişle taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin talep edilmesi bakımından kusurun türü ve derecesinin büyük bir önem taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Götürü tazminat ediminin talep edilebilmesi için kural olarak borçlunun, sözleşmenin ihlal edilmesinde hafif kusurlu olması dahi yeterlidir. Ancak, bazı istisnai hallerde kusurun yoğunluğu, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir. Gerçekten bazı hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumluluk bakımından, sözleşmenin ihlal edilmesinde borçlunun kasıtlı olması veya ağır ihmalinin bulunması aranmaktadır¹⁰⁵⁴. Örneğin, TBK md.220 uyarınca, hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru bulunmadıkça ayıptan sorumlu olmaz. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması, borçlunun tazminat yükümlülüğüne ilişkin istisnai bir koşulun varlığını ortadan kaldırmaz. Çünkü götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır¹⁰⁵⁵. Örneğin, TBK md.220 uyarınca bir hayvan satışının söz konusu olması halinde, satıcı yazılı olarak üstlenmemiş ise veya ağır kusurlu değilse, ayıptan sorumlu tutulamayacağı için kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ödenmesi, bu ayıp dolayısıyla talep edilemeyecektir. Ancak bir hayvan satışının bulunduğu hallerde, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması yazılı olarak yapılmış ise, satıcının, ayıptan sorumluluğu yazılı olarak üstlendiği sonucuna ulaşılabilir. Bu durum, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ile açıklığa kavuşturulur¹⁰⁵⁶.

Borçlunun kusurunun hafifliği, bazı istisnalar dışında daha çok tazminattan takdir indirimi sebebi olarak karşımıza çıkar¹⁰⁵⁷. Ancak unutulmalıdır ki, götürü tazminat, zararın hesaplanması ve tazminatın tespitinde söz konusu olan belirsizliği gidermeye ve hakim takdir yetkisini dışlamaya yöneliktir¹⁰⁵⁸. O halde, kusurun yoğunluğunun sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edildiği istisnai durumlar dışında, götürü tazminatın söz konusu

¹⁰⁵² Aral, *Kötü İfa*, s.181; Eren, *Genel Hükümler*, s.1061; Oğuzman/Öz, C.I, s.449.

¹⁰⁵³ Tandoğan, *Mesuliyet*, s.414 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.876; Aral, *Kötü İfa*, s.181; Eren, *Genel Hükümler*, s.1061; Oğuzman/Öz, C.I, s.449.

¹⁰⁵⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s.449; Eren, *Genel Hükümler*, s.1064; Tandoğan, *Mesuliyet*, s.417.

¹⁰⁵⁵ Oertli, N.187.

¹⁰⁵⁶ Oertli, N.157, 184, 189.

¹⁰⁵⁷ Tandoğan, *Mesuliyet*, s.417; Eren, *Genel Hükümler*, s.1064. Oğuzman/Öz, C.I, s.449-450.

¹⁰⁵⁸ Oertli, N.32.

olduğu hallerde, borçlunun kusurunun hafifliği, borçlunun, kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha az bir miktarı ödemesine neden olmaz. Çünkü sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterlidir ve tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunması halinde borçlu, alacaklıya karşı götürü tazminat anlaşması ile borçlanmış olduğu götürü tazminat miktarını ödemek zorundadır¹⁰⁵⁹.

Ayrıca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın belirlenmesinde, işin niteliği de önem taşır. Çünkü TBK md.114 f.1 c.2 uyarınca, borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir; iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Örneğin, taraflar arasında kurulan bir kullanım ödünç sözleşmesinde ödünç veren bir karşılık almadığından, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın belirlenmesinde, ödünç verenin sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. Ücretsiz vekalet ve saklama sözleşmeleri de bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁶⁰. Ancak taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, TBK md.114 f.1 c.2 hükmünün de uygulama alanı bulmaması gerekir. Çünkü götürü tazminat anlaşması ile taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı baştan tespit ederler¹⁰⁶¹. Yani götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olduğu hallerde, taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak ve meydana gelmesi beklenen tipik zararı dikkate alarak, ödenecek tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹⁰⁶².

TBK md.50 f.1 uyarınca, zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Bu kuralın, TMK md.6'nın özel bir görüntüsü olduğu yukarıda belirtilmişti. Zararın ve kusurun ispatına ilişkin temel düzenleme bu yönde olmakla birlikte, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde kusurun ispatı hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Çünkü kanun koyucu tarafından, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, *borçlu aleyhine aksi ispat edilebilir bir kusur karinesi* öngörülmüştür. Örneğin sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde uygulama alanı bulan TBK md.112 uyarınca borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, *kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ayrıca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü halinde uygulama alanı bulan TBK md.118 uyarınca temerrüde düşen borçlu, *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat*

¹⁰⁵⁹ Oertli, N.185.

¹⁰⁶⁰ Tandoğan, Mesuliyet, s.419; Eren, Genel Hükümler, s.1064-1065.

¹⁰⁶¹ Kapancı, s.665.

¹⁰⁶² Oertli, N.74.

etmedikçe, borcun geç ifası dolayısıyla alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Öte yandan TBK md.125 f.3 uyarınca borçlu *temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmezse* alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. O halde, TBK md.50 f.1 ile TBK md.112, TBK md.118 ve TBK md.125 f.3 bir arada değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşılmaktadır. Alacaklı, sözleşmenin ihlal edilmesinde borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir. Çünkü sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olduğu, bir ön kabuldür. Bu durum, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, götürü tazminat bakımından da geçerlidir¹⁰⁶³. O halde taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde de borçlu, sözleşmenin ihlal edilmesinde kusurunun bulunmadığını ispat yükü altındadır¹⁰⁶⁴. Ancak, ispat yükünü tersine çeviren TBK md.112 hükmü, emredici bir hukuk kuralı değildir. Düzenleyici nitelikte olan bu hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılması ve böylece borçlunun kusurunu ispat yükünün alacaklıya yükletilmesi mümkündür¹⁰⁶⁵.

3.2 Sonuçları

3.2.1 Götürü Tazminat Alacağının İleri Sürülmesi

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır¹⁰⁶⁶. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir¹⁰⁶⁷. O halde, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmiş olması, sözleşmenin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, meydana gelen zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması ve sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olması koşullarının gerçekleşmesiyle götürü tazminat alacağı muaccel hale gelir¹⁰⁶⁸. Yani, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunması halinde, borçlu alacaklıya karşı götürü tazminat anlaşması ile borçlanmış olduğu miktarı ödemek zorundadır¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶³ Oertli, N.201.

¹⁰⁶⁴ Oertli, N.201.

¹⁰⁶⁵ Tandoğan, Mesuliyet, s.423; Eren, Genel Hükümler, s.1066.

¹⁰⁶⁶ Oertli, N.187.

¹⁰⁶⁷ Oertli, N.184.

¹⁰⁶⁸ Oertli, N.203.

¹⁰⁶⁹ Oertli, N.185; Benjamin, s.603; McCormick, s.117; Brightman, s.277. Ayrıca bkz. Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Posner v. Rosenberg, 149 App. Div. 272, 133 N. Y. Supp. 704 (2d Dept. 1912) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Stone Co. v. United States, 234 U. S. 270, 34 Sup. Ct. 865 (1914) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Byron Jackson Co. V. United States, 35 F. Supp. 665 (1940) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Stephens v. Essex Country Park Comm., 143 Fed. 844 (3d Cir. 1906) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Hanlon Drydock Co. v. McNear, 70 Cal. App. 204, 232 Pac. 1002 (1st Dist. 1924) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828); Beiser v. Kerr, 107 Ind. App. 1, 20 N.E.2d 666 (1939) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4,

3.2.2 Genel Hükümlerden Doğan Taleplerin İleri Sürülmesi

3.2.2.1 Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde alacaklının borçluya karşı başvurabileceği birtakım hukuki imkanlar söz konusudur. Bunlar; borçlunun ifaya zorlanması (aynen ifa ve cebri icra), tazminat talebi ve sözleşmeden dönmedir. Aşağıda sırasıyla götürü tazminat alacağının talep edilmesi ile bu hukuki imkanlar arasındaki ilişki incelenmiştir.

3.2.2.2 Aynen İfa Talebi

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde alacaklının borçluya karşı başvurabileceği birtakım hukuki imkanlar söz konusudur. Bunlardan biri de borçlunun ifaya zorlanması, başka bir deyişle aynen ifa ve cebri icradır. Taraflar arasında söz konusu olan bir borç ilişkisinin ihlal edilmesi halinde alacaklı, kendi gücüne dayanarak borçluyu ifaya zorlayamaz¹⁰⁷⁰. Bunun için alacaklının borçlu aleyhine bir ifa davası açarak onu borçlanılan edimi ifaya mahkûm ettirmesi gerekir¹⁰⁷¹. Borçlu, mahkemeden alınan bu kararı kendi isteği ile yerine getirmediği takdirde alacaklı bunun devlet gücüyle sağlanması yoluna gidebilir.

Borçluyu alacaklıya karşı borçlandığı edimi ifaya, bir başka deyişle bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm eden davaya aynen ifa (eda) davası denir¹⁰⁷². Aynen ifa davasının açılabilmesi için, alacağın muaccel olması ve edimin ifasının mümkün olması gerekir. Aynen ifa davasının açılabilmesi için borçlunun kusurlu olması şart değildir. Borçlu kusursuz olsa bile, alacaklı ifa davasını açabilir. Çünkü kusur ifa davasında değil, tazminat davasında aranır¹⁰⁷³. Kural olarak her türlü edimin, özellikle verme, yapma ve yapmama edimlerinin aynen ifası talep edilebilir. Ancak, istisnai olarak bazı hallerde aynen ifanın talep edilmesi söz konusu olmaz. Aynen ifa talebinin, borcun niteliğine veya dürüstlük kurallarına aykırı olduğu hallerde durum böyledir¹⁰⁷⁴. Örneğin, taraflar arasında kurulan bir satış sözleşmesinde inşaat malzemeleri satan satıcının sattığı tuğlaları kendi inşaatında kullanmış olması halinde, edimin aynen ifasının talep edilmesi, yani bu tuğlaların sökülüp alıcıya teslim edilmesi, alacaklının bundan sağlayacağı ifa menfaati ile borçlunun uğrayacağı

1953, pp.822-828); Pacific Hardware & Steel Co. V. United States, 48 Ct. Cl. 399, 406 (1913) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

¹⁰⁷⁰ Borçlunun, alacaklı tarafından kuvvet kullanılarak ifaya zorlanması, TBK md.64 f.3 hükmü gibi bazı istisnalar haricinde, modern hukuk anlayışının kabul ettiği bir çözüm yolu değildir. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 611 vd.,1028.

¹⁰⁷¹ Oğuzman/Öz, C.I, s.417; Eren, Genel Hükümler, s.1028; Tandoğan, Mesuliyet, s.405.

¹⁰⁷² Tandoğan, Mesuliyet, s.406; Eren, Genel Hükümler, s.1029; Oğuzman/Öz, C.I, s.417.

¹⁰⁷³ Oğuzman/Öz, C.I, s.417; Eren, Genel Hükümler, s.1029; Tandoğan, Mesuliyet, s.407.

¹⁰⁷⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s.407-408; Eren, Genel Hükümler, s.1029; Oğuzman/Öz, C.I, s.200.

zarar karşılaştırıldığında dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edebilir¹⁰⁷⁵. Öte yandan, yan yükümlülüklerin aynen ifasını talep etmek mümkün değildir. Bu durum, yan yükümlülüklerin edim ve özellikle aslî edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşımaları, bu sebeple de bağımsız bir varlığa sahip olmamalarından kaynaklanır. Bu nedenle borçlunun, yan yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, alacaklı bağımsız bir ifa davası ile yan yükümlülüklerin yerine getirilmesini talep edemez; alacaklı sadece bundan doğan zararın tazminini talep edebilir¹⁰⁷⁶.

Alacaklının borçlu aleyhine açtığı aynen ifa davası, borçlunun borçlandığı edimin aynen ifasına karar verilmesi ile sonuçlanabilir. Ancak bu sonuç, doğrudan alacaklının edime kavuşması anlamına gelmez. Çünkü borçlu, aynen ifa davası neticesinde verilen karara rağmen borcunu kendi arzusuyla yerine getirmeyebilir. Bu durumda, alacaklının yetkili resmi makamlardan aynen ifa hükmünün icrasını talep etmesi gerekir. Borçlunun ifaya zorlanması için resmî makamlara başvurulmasına ise cebri icra denir¹⁰⁷⁷. Kanunda öngörülen usullere uygun olarak devletin cebri icra makamları olan icra ve iflas daireleri tarafından borçlu ifaya zorlanır. Bu usul, İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiştir.

Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde de alacaklı, borçluyu ifaya zorlayabilir. Çünkü götürü tazminat anlaşması, kural olarak aynen ifa talebini ortadan kaldırmaz¹⁰⁷⁸. Götürü tazminat anlaşması ile taraflar, yalnızca doğması muhtemel bir tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak ödenecek tazminat miktarını belirlemiş olurlar¹⁰⁷⁹. Ayrıca taraflar yine aralarında yapacakları bir götürü tazminat anlaşması ile aynen ifa talebinden vazgeçebilirler ve bunun yerine borçlunun götürü olarak belirlenen tazminatı ödemesini kararlaştırabilirler¹⁰⁸⁰. Borcun aynen ifası ile götürü tazminat alacağının bir arada talep edilip edilmeyeceğinin tespitinde belirleyici olan husus, götürü tazminatın hangi zararı gidermeye yönelik olarak kararlaştırıldığıdır¹⁰⁸¹. Bu durum, taraflar arasında söz konusu olan

¹⁰⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.1029; Oğuzman/Öz, C.I, s.200; Tandoğan, Mesuliyet, s.408.

¹⁰⁷⁶ Kılıçoğlu, Ahmet, s.27-28; Eren, Genel Hükümler, s.37; Oğuzman/Öz, C.I, s.200-201.

¹⁰⁷⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s.201; Eren, Genel Hükümler, s.1030; Tandoğan, Mesuliyet, s.408.

¹⁰⁷⁸ Oertli, N.215, 216. Ayrıca bkz. Hubbard v. Johnson, 77 Me. 139 (1885) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Koch v. Streuter, 218 Ill. 546, 75 N. E. 1049 (1905) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Diamond Match Co. v. Roeber, 106 N. Y. 473, 13 N. E. 419 (1887) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Richardson v. Terry (Tex. Civ. App. 1919) 212 S. W. 523 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Amanda G M. Co. v. People's M. Co. (1901) 28 Colo. 251, 255, 64 Pac. 218 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Melton v. Stuart, 213 Ala. 574, 105 So. 659 (1925) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Rogers v. Dorrance, 140 Md. 419, 117 Atl. 564 (1922); Brown v. Friedberg, 127 Va. 1, 102 S. E. 468 (1920) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Murphy v. U. S. Guaranty Co., 100 App. Div. 931 (N. Y. 1905) (J.F.H., s.223, dn.15); Bacigalupi v. Phoenix Building Co., 112 Pac. Rep. 892 (cal. 1910) (J.F.H., s.223, dn.15).

¹⁰⁷⁹ Oertli, N.215.

¹⁰⁸⁰ Oertli, N.215; Tandoğan, Mesuliyet, s.405; Eren, Genel Hükümler, s.1029; Oğuzman/Öz, C.I, s.418-419.

¹⁰⁸¹ Oertli, N.216.

götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması ile açıklığa kavuşturulur¹⁰⁸². Örneğin borçlunun temerrüdü halinde ödenmesi kararlaştırılan tazminat, alacaklının ifanın gecikmesi dolayısıyla uğramış olduğu zararı gidermeye yöneliktir. Bu nedenle, alacaklı aynen ifa ile birlikte kararlaştırılan götürü tazminat alacağının ödenmesini talep edebilir¹⁰⁸³. Öte yandan kararlaştırılan götürü tazminat edimi, aynı zamanda ifa menfaatini de karşılıyor ise bu durumda tarafların aynen ifa talebini dışladığı sonucuna ulaşılır. Yani kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aynı zamanda ifa menfaatini de karşıladığı hallerde alacaklı, yalnızca götürü tazminat alacağını talep edebilir; bocun aynen ifasını isteyemez¹⁰⁸⁴.

3.2.2.3 Tazminat Talebi

Sözleşmenin ihlali halinde alacaklının borçluya karşı başvurabileceği hukuki imkanlardan biri de tazminat talebidir. Gerçekten, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun kusuruyla ifanın imkansız hale gelmesi ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde uygulama alanı bulan TBK md.112 uyarınca borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ayrıca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü halinde, uygulama alanı bulan TBK md.118 uyarınca, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifası dolayısıyla alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Öte yandan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde uygulama alanı bulan TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.

İşte götürü tazminat anlaşmaları, tam da bu noktada işlevseldir¹⁰⁸⁵. Çünkü taraflar götürü tazminat anlaşmasını yaparlarken, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana

¹⁰⁸² Oertli, N.157, 184, 189, 216.

¹⁰⁸³ Oertli, N.215, 216. Ayrıca bkz. Hubbard v. Johnson, 77 Me. 139 (1885) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Koch v. Streuter, 218 Ill. 546, 75 N. E. 1049 (1905) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Diamond Match Co. v. Roeber, 106 N. Y. 473, 13 N. E. 419 (1887) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Richardson v. Terry (Tex. Civ. App. 1919) 212 S. W. 523 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Amanda G M. Co. v. People's M. Co. (1901) 28 Colo. 251, 255, 64 Pac. 218 (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Melton v. Stuart, 213 Ala. 574, 105 So. 659 (1925) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Rogers v. Dorrance, 140 Md. 419, 117 Atl. 564 (1922); Brown v. Friedberg, 127 Va. 1, 102 S. E. 468 (1920) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Murphy v. U. S. Guaranty Co., 100 App. Div. 931 (N. Y. 1905) (J.F.H., s.223, dn.15); Bacigalupi v. Phoenix Building Co., 112 Pac. Rep. 892 (Cal. 1910) (J.F.H., s.223, dn.15).

¹⁰⁸⁴ Oertli, N.216. Ayrıca bkz. Blair v. Bird, 20 S. W. (2d) 843 (Tex. Civ. App. 1929) (Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Davis v. Eisenstein, 257 Ill. 260, 100 N. E. 940 (1913) (Columbia Law Review, Vol.22, No.4, 1922, p.378); Harvard Law Review, Vol.43, No.8, 1930, pp.1313-1314); Phaneuf v. Corey, 190 Mass. 237 (1906) (J.F.H., s.223, dn.16); Gillet v. Young, 101 Pac. Rep. 766 (Colo. 1909) (J.F.H., s.223, dn.16).

¹⁰⁸⁵ Oertli, N.217.

gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı önceden belirlerler. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler. Başka bir deyişle, götürü tazminat anlaşması ile taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı baştan tespit ederler¹⁰⁸⁶. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olduğu hallerde, taraflar aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak ve meydana gelmesi beklenen tipik zararı dikkate alarak, ödenecek tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹⁰⁸⁷. Böylelikle götürü tazminat anlaşması her şeyden önce sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder¹⁰⁸⁸. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan TBK md.114 f.2 ile bağlantılı olarak TBK md.50 f.1’de belirtilen genel esasın dışına çıkılarak tazminat alacaklısı, zararı ispat yükünden kurtulur; yani tazminat alacaklısının, zararın kapsamını ispat etmesine gerek kalmaz¹⁰⁸⁹. Zararın kapsamı bakımından, kararlaştırılan götürü tazminat edimi esas alınır¹⁰⁹⁰.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde uygulama alanı bulan TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir. Bu husus, yukarıda belirtilmişti. Aynen ifa talebinden vazgeçerek borçluya yöneltilen bu tazminat talebi, taraflar arasında sözleşmeden doğan borç ilişkisinin sona erdiğini değil; bu ilişkinin devam ettiğini, fakat içeriğinin değiştiğini ifade eder¹⁰⁹¹. Bu durumda, mübadele teorisi uyarınca alacaklı, borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorundadır¹⁰⁹². Ancak fark teorisi uyarınca, alacaklı, mütemerrit borçluya karşı borçlanmış olduğu edimi aynen ifa etmek zorunda değildir. Bunun yerine, borçludan istediği tazminat alacağından, borçlanmış olduğu edimin değerini mahsup yoluyla düşürür ve geri kalan kısmı ister¹⁰⁹³. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde de, kararlaştırılan miktardan, alacaklının borçlanmış olduğu edimin değeri düşülmelidir¹⁰⁹⁴.

3.2.2.4 Sözleşmeden Dönme

Sözleşmenin ihlali halinde alacaklının borçluya karşı başvurabileceği hukuki

¹⁰⁸⁶ Kapancı, s.665.

¹⁰⁸⁷ Oertli, N.74.

¹⁰⁸⁸ Kapancı, s.666; Oertli, N.81.

¹⁰⁸⁹ Oertli, N.70.

¹⁰⁹⁰ Oertli, N.219.

¹⁰⁹¹ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.632; Eren, Genel Hükümler, s.1035, 1117; Oertli, N.217, 218.

¹⁰⁹² Eren, Genel Hükümler, s.1118; Oertli, N.218.

¹⁰⁹³ Serozan, İfa, s.232-233; Eren, Genel Hükümler, s.1118; Oğuzman/Öz, C.I, s.517.

¹⁰⁹⁴ Oertli, N.218.

imkanlardan bir diğeri, sözleşmeden dönme imkanındır. Gerçekten, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde alacaklı, kanunda öngörülen hallerde sözleşmeden dönme yetkisine sahiptir. Örneğin, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali türlerinden borçlunun temerrüdü halinde TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı sözleşmeden dönebilir. TBK md.125 f.3 uyarınca sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Borçlunun temerrüdü halinde, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmasa dahi alacaklı sözleşmeden dönebilir. Çünkü sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusuru aranmaz¹⁰⁹⁵. Ancak TBK md.125 f.2 uyarınca alacaklı, borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini *hemen bildirerek* sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır¹⁰⁹⁶. Doktrinde, sözleşmeden dönmenin hukuki niteliğini açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Bunlar, klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşüdür.

Klasik dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme, hukuki niteliği itibariyle *bozucu* yenilik doğuran bir haktır. Sözleşme, sözleşmeden dönme beyanıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar¹⁰⁹⁷. Sözleşmeden dönme beyanı tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıdır. Sözleşmeden dönmenin hukukî sonuç doğurması için, sözleşmeden dönme beyanının borçlunun hakimiyet alanına ulaşması gereklidir. Sözleşmeden dönme ile taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından önceki durum ortaya çıkar¹⁰⁹⁸.

Sözleşmeden dönmenin hukuki niteliğini açıklayan diğer görüş, yeni dönme görüşüdür. Bu görüş, İsviçre Borçlar Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku bakımından giderek ağırlık kazanmaktadır¹⁰⁹⁹. Yeni dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; yalnızca sözleşmenin içeriğini değiştirir. Bu görüş uyarınca sözleşmeden dönmenin iki etkisi vardır. Bunlardan ilki sözleşmeden dönmenin borçtan kurtarıcı etkisidir. Buna göre sözleşmeden doğan ancak henüz ifa edilmemiş olan edim yükümlülükleri, sözleşmeden dönme ile ortadan kalkar¹¹⁰⁰. Sözleşmeden dönmenin ikinci etkisi ise, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimler bakımından taraflar arasında geri verme borç ilişkisinin kurulmasıdır. Böylelikle daha önce ifa edilen edimlerin iadesi bakımından taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur; bu ilişki gereği taraflar

¹⁰⁹⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s.519; Eren, Genel Hükümler, s.1123.

¹⁰⁹⁶ Eren, Genel Hükümler, s.1120, 1260; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.962 vd.

¹⁰⁹⁷ Oğuzman/Öz, C.I, s.520; Eren, Genel Hükümler, s.1120, 1260; Tandoğan, Mesuliyet, s.504.

¹⁰⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s.1120, 1260; Oğuzman/Öz, C.I, s.520.

¹⁰⁹⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1120, 1261.

¹¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, C.I, s.524; Eren, Genel Hükümler, s.1121.

sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce almış oldukları edimleri birbirlerine iade etmekle yükümlüdürler¹¹⁰¹. Bu anlamda sözleşmeden dönme, *değiştirici* yenilik doğuran bir haktır. Çünkü sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla tarafların henüz ifa etmedikleri edimler ortadan kalkar ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimler bakımından taraflar arasında bir geri verme ilişkisi doğar.

Sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcunun dayandığı hukukî sebep, yukarıda belirtilen görüşlere göre değişmektedir. Sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcunun hukuki sebebine ilişkin doktrinde başlıca dört görüş bulunmaktadır. Bunlar; sebepsiz zenginleşme, aynî istihkak, kanunî ve akdî borç görüşleridir.

Sebepsiz zenginleşme görüşü uyarınca, sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ve bu ilişkiye dayanılarak yerine getirilmiş olan edimlerin hukukî sebebi ortadan kalkmıştır¹¹⁰². Bu nedenle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce tarafların birbirlerinden almış oldukları edimler, taraflar bakımından sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Taraflar ifa ettikleri edimlerin kendilerine iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilirler. Bazı yazarlara göre ise, sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcu, TBK md.125 f.3 hükmüne dayanan özel nitelikte kanunî bir geri verme borcudur. Buna göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimin iadesine ilişkin açılacak davanın zamanaşımı bakımından, sebepsiz zenginleşmelere ilişkin TBK md.82 hükmü değil; TBK md.146 uygulanır¹¹⁰³. Sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcu, TBK md.125 f.3 hükmüne dayanan özel nitelikte kanunî bir geri verme borcu olarak nitelendirilse de, geri verme borcunun kapsamının belirlenmesinde sebepsiz zenginleşme hükümleri dikkate alınır¹¹⁰⁴. Bir başka görüşe göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa edilen edimlerin geri istenmesi, aynî istihkak talebine dayanır. Çünkü sözleşmeden dönme hakkı, geçmişe etkili bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi ve bu ilişkiye dayanılarak yerine getirilmiş olan edimlerin hukukî sebebi ortadan kalkar. Sebebe bağlı kazandırmalarda hukuki sebep yok ise veya geçersiz ise, mülkiyet hakkı devredilmiş olsa bile bu hak karşı tarafa geçmez; kazandırmayı yapan ilk malikte kalır¹¹⁰⁵. Bu nedenle alacaklı, aynî istihkak (TMK md.683) veya tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla (TMK md.1025), sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce ifa etmiş olduğu edimi geri isteyebilir¹¹⁰⁶.

¹¹⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s.1121; Oğuzman/Öz, C.I, s.524.

¹¹⁰² Tandoğan, Mesuliyet, s.504; Eren, Genel Hükümler, s.1121; Oğuzman/Öz, C.I, s.521.

¹¹⁰³ BGE 63 II 252, 258 (Eren, Genel Hükümler, s.1121, dn.389); 61 II 256 vd. (Eren, Genel Hükümler, s.1121, dn.389); 60 II 27 vd. (Eren, Genel Hükümler, s.1121, dn.389); Oğuzman/Öz, C.I, s.524.

¹¹⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.1121; Oğuzman/Öz, C.I, s.522.

¹¹⁰⁵ Kazandırıcı işlemin sebebe bağlılığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s.186 vd.

¹¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.522; Eren, Genel Hükümler, s.1122.

İsviçre Borçlar Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku bakımından giderek ağırlık kazanan yeni dönme görüşü uyarınca ise, sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcu, niteliği itibariyle sözleşmeden doğan (akdi nitelikte) bir borçtur¹¹⁰⁷; bu borcun sebepsiz zenginleşme veya aynî istihkak davasıyla bir ilgisi yoktur. Çünkü sözleşmeden dönme hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaz; yalnızca sözleşme ilişkisinin içeriğini değiştirir. Böylelikle daha önce ifa edilen edimlerin iadesi bakımından taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur; bu ilişki gereği taraflar sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce almış oldukları edimleri birbirlerine iade etmekle yükümlüdürler¹¹⁰⁸. Burada da bir anlamda sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili sonucundan söz edilebilir. Çünkü geri verme borcunun ifa edilmesiyle taraflar arasında sözleşmenin yapılmasından önceki durum yeniden kurulur¹¹⁰⁹. Yeni dönme görüşü uyarınca sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan iade borcu, niteliği itibariyle sözleşmeden doğan (akdi nitelikte) bir borç olduğu için, TBK md.146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabidir¹¹¹⁰.

Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, TBK md.125'te yer alan seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, dönme bildiriminde bulunursa, kural olarak artık kararlaştırılmış olan götürü tazminat ediminin ifasını talep edemez¹¹¹¹. Çünkü genel olarak götürü tazminat edimleri, ifa menfaati esas alınarak kararlaştırılır¹¹¹². Öte yandan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar arasında, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapılması da mümkündür¹¹¹³. Götürü tazminat anlaşmasının menfi menfaate odaklanması halinde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra da götürü tazminat alacağı talep edilebilir¹¹¹⁴. Bu durumda, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, götürü tazminat anlaşması hüküm ve sonuç doğurmaya başlar¹¹¹⁵. Hatta böyle bir götürü tazminat anlaşmasının yapılmış olması halinde, götürü tazminatın sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olduğu ifade edilmektedir¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁷ Eren, Genel Hükümler, s.1122; Oğuzman/Öz, C.I, s.524.

¹¹⁰⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin de yeni dönme görüşünü destekleyen kararları bulunmaktadır. Bkz. BGE 114 II 157 vd. (Naklen: Eren, Genel Hükümler, s.1122, dn.391).

¹¹⁰⁹ Geri verme borcu ifa edilmeden, mülkiyet veya alacak hakkı kendiliğinden eski malik veya alacaklıya geçmez. Daha önce ifa edilen edim, özellikle bir şeyin teslimine ilişkin maddi nitelikte bir edim ise, borçlunun bu şeyi aynen iade etmesi, onun mülkiyetini alacaklıya devretmesi gerekir. Geri verilecek şeyden elde edilen doğal ürünler ile faiz de bu şeyle birlikte geri verilir. Şeye yapılan giderleri ise iade alacaklısı, TBK md.80'e kıyasen iade borçlusuna ödemek zorundadır. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.1123.

¹¹¹⁰ BGE 114 II 156 (Naklen: Eren, Genel Hükümler, s.1123); Oğuzman/Öz, C.I, s.527.

¹¹¹¹ Oertli, N.222.

¹¹¹² Oertli, N.217, 222, 225.

¹¹¹³ Oertli, N.222.

¹¹¹⁴ Oertli, N.222.

¹¹¹⁵ Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

¹¹¹⁶ Kapancı, s.663; Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNATIN GEÇERSİZLİĞİ ve HAKİMİN GÖTÜRÜ TAZMİNATA MÜDAHALESİ

4.1 Götürü Tazminatın Geçersizliği

4.1.1 Genel Olarak

Götürü tazminatın geçersizliği iki şekilde gündeme gelebilir. Birincisi, asıl borcun geçersiz olması nedeniyle götürü tazminatın da geçersiz olmasıdır. Bu durumda, hem asıl borcun hem de götürü tazminatın geçersizliği söz konusu olur. İkincisi ise, asıl borçtan bağımsız olarak götürü tazminatın geçersiz olmasıdır. Bu durumda, kural olarak asıl borç geçerli iken; götürü tazminat geçersizdir. Aşağıda sırasıyla bu iki durum incelenmiştir.

4.1.2 Asıl Borcun Geçersizliği Nedeniyle Götürü Tazminatın Geçersiz Olması

Bazı alacak haklarının varlığı, başka bir alacak hakkının varlığına bağlıdır¹¹¹⁷. Götürü tazminat da asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlenmesinden ibarettir. O halde götürü tazminatın söz konusu olabilmesi için, öncelikle asıl borcun var olması gerekir. Buradan hareketle, götürü tazminatın doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterdiği sonucuna ulaşılmaktadır¹¹¹⁸. Başka bir deyişle, götürü tazminatın varlığı ve hukuki kaderi, asıl borcun varlığına ve hukuki kaderine bağlıdır.

Götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlı olduğundan, götürü tazminatın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, bağlı bulunduğu asıl borcun da geçerli olması gerekir¹¹¹⁹. Asıl borç geçersiz ise, götürü tazminat da geçersiz olur.

Bir hukuki işlemin, istenilen hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmemesine, geçersizlik veya hükümsüzlük denir¹¹²⁰. Geçersizlik, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar; yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük halleridir.

Bir hukuki işlemin varlığından söz edebilmek için, öncelikle o işlemin kurucu unsurlarının bulunması gerekir¹¹²¹. Bir hukuki işlemin, kurucu unsurların birinin veya birkaçının bulunmaması halinde, hukuki işlem varlık kazanamaz¹¹²². Bu durumda, *yokluk* söz

¹¹¹⁷ Dural/Sarı, s.172.

¹¹¹⁸ Oertli, N.42; Erdem, Götürü Tazminat, s.100; Kapancı, s.661.

¹¹¹⁹ Kapancı, s.661-662.

¹¹²⁰ Eren, Genel Hükümler, s.332; Dural/Sarı, s.206; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.176.

¹¹²¹ Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹²² Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

konusu olur¹¹²³. Yokluk halinde bir hukuki işlemin varlığından söz edilemeyeceği için, bu hukuki işleme dayanılarak herhangi bir hak sahibi olunması söz konusu değildir¹¹²⁴. Kurucu unsurların eksikliği halinde, yokluk sonucu kendiliğinden meydana gelir¹¹²⁵. Başlıca yokluk hali, hukuki işlemin kurucu unsuru olan hukuki sonuca yönelik irade beyanının bulunmamasıdır¹¹²⁶. Eğer asıl borç, kurucu unsur veya unsurların bulunmaması nedeniyle yoklukla sakat ise, götürü tazminat da asıl borca bağlı olduğundan yoklukla sakattır.

Hukuk düzeni, kurucu unsurları tamam olan hukuki işlemlerin hüküm ifade etmesi ve sonuç doğurabilmesi için, bazı geçerlilik şartlarının da gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde *kesin hükümsüzlük* söz konusu olur¹¹²⁷. Kesin hükümsüz olan bir hukuki işlem, başlangıçtan itibaren geçersiz olup, hiçbir hukuki hüküm ve sonuç doğurmaz¹¹²⁸. Kesin hükümsüz bir işlemin üzerinden belirli bir süre geçmesiyle işlem sıhhat kazanmaz¹¹²⁹. Hatta, kesin hükümsüz hukuki işlemin sonuçlarının yerine getirilmesi, özellikle sözleşmelerde sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesi, işlemi geçerli hale getirmez¹¹³⁰. Kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğu hallerde, hukuki işlem ölü doğmakta ve geçersizlik kendiliğinden ortaya çıkmaktadır¹¹³¹. Başlıca kesin hükümsüzlük halleri; hukuka, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, muvazaa, şekil eksikliği ve ayırt etme gücünden yoksunluktur. Buna karşılık, tarafların her zaman geçerlilik şartlarına uyararak, aynı içerikte yeni bir hukuki işlem yapmaları mümkündür¹¹³². Asıl borç hukuka, ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, muvazaa, şekil eksikliği veya ayırt etme gücünden yoksunluk gibi nedenlerle kesin hükümsüz ise, götürü tazminat da, varlığı ve hukuki kaderi asıl borcun varlığına ve hukuki kaderine bağlı olduğu için, kesin hükümsüz olur.

Bazı hallerde ise hukuk düzeni tarafından, hukuki işlemin taraflarından birine, işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma imkanı tanınmıştır¹¹³³. Bu gibi hallerde *iptal edilebilirlik* söz konusudur¹¹³⁴. İptal edilebilir bir hukuki işlem, başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurur; ancak iptal hakkı sahibi, iptal hakkını kullanarak böyle

¹¹²³ Eren, Genel Hükümler, s.331-332; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹²⁴ Dural/Sarı, s.207.

¹¹²⁵ Dural/Sarı, s.207; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹²⁶ Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207.

¹¹²⁷ Eren, Genel Hükümler, s.334; Dural/Sarı, s.207; Oğuzman/Öz, C.I, s.177; Kocayusufpaşaoğlu, s.581.

¹¹²⁸ Eren, Genel Hükümler, s.334; Dural/Sarı, s.208; Kocayusufpaşaoğlu, s.581; Oğuzman/Öz, C.I, s.178.

¹¹²⁹ Eren, Genel Hükümler, s.334; Dural/Sarı, s.208; Oğuzman/Öz, C.I, s.178; Kocayusufpaşaoğlu, s.581.

¹¹³⁰ Eren, Genel Hükümler, s.334; Dural/Sarı, s.208; Oğuzman/Öz, C.I, s.178.

¹¹³¹ Dural/Sarı, s.210; Oğuzman/Öz, C.I, s.178; Kocayusufpaşaoğlu, s.585.

¹¹³² Eren, Genel Hükümler, s.334; Dural/Sarı, s.210; Oğuzman/Öz, C.I, s.178; Kocayusufpaşaoğlu, s.584.

¹¹³³ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.211; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹¹³⁴ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.211; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

bir hukuki işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir¹¹³⁵. Burada işlem, bozucu şarta bağlı olarak geçerlidir¹¹³⁶. Yokluk ve kesin hükümsüzlüğün aksine, iptal edilebilirliğin söz konusu olduğu hallerde, geçersizlik kendiliğinden ortaya çıkmaz; iptal hakkının, hak sahibi tarafından kullanılması gerekir¹¹³⁷. İptal hakkı, ya iptal hakkı sahibinin irade beyanıyla ya da dava yoluyla kullanılır¹¹³⁸. İptal hakkı, kanunda öngörülen süreler içinde kullanılmalıdır¹¹³⁹. Bu süreler, nitelik itibarıyla hak dürüşürücü sürelerdir¹¹⁴⁰. Başlıca iptal edilebilirlik halleri; aşırı yararlanma ve irade bozukluklarıdır (yanılma, aldatma ve korkutma). İrade bozuklukları veya aşırı yararlanma dolayısıyla, asıl borç bakımından iptal edilebilirlik söz konusu olabilir. Bu durumda, götürü tazminat, asıl borcun iptaline kadar geçerli olur. Asıl borç bakımından iptal edilebilirliğin söz konusu olması halinde, hem asıl borcun hem de götürü tazminatın geçerliliği, iptal hakkı sahibinin iradesine bağlıdır. Şöyle ki iptal hakkı sahibi asıl borcu doğuran işlemi iptal ederse, asıl borç ve ona bağlı olarak götürü tazminat da geçersiz hale gelir. Buna karşılık, iptal hakkı sahibi iptalden vazgeçer ya da kanunda belirtilen (TBK md.28, TBK md.39) süreleri hareketsiz geçirirse, yani kanunda belirtilen süreler içinde sözleşmeyi iptal etmezse, hem asıl borç hem de götürü tazminat, yapıldıkları andan itibaren geçerli sayılır.

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının ve geçerlilik şartlarının, kural olarak hukuki işlemin yapıldığı sırada bulunması gerekir¹¹⁴¹. Ancak hukuk düzeni tarafından, belirli işlemler bakımından bazı geçerlilik şartlarının, hukuki işlem yapıldıktan sonra tamamlanmasına izin verilmiştir¹¹⁴². Böyle bir durumda, kurucu unsurları tamam olan hukuki işlemin hüküm ifade etmesi ve sonuç doğurabilmesi, eksik olan unsurların tamamlanmasına bağlıdır¹¹⁴³. Başka bir deyişle, kanunun öngördüğü bazı unsurlar eksik olduğu için, hukuki işlem kurulmuş olmakla birlikte, henüz hüküm ve sonuç doğurmaya başlamamıştır¹¹⁴⁴. Eksik unsur tamamlanıncaya kadar, hukuki işlem askıda kalır; bu durumu belirtmek için, bu geçersizlik türüne *askıda hükümsüzlük* denmektedir¹¹⁴⁵. Eksik unsurun tamamlanmasıyla, hukuki işlem yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Ancak eksik unsur tamamlanmazsa, hukuki işlem başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale gelir¹¹⁴⁶. Başlıca

¹¹³⁵ Eren, Genel Hükümler, s.343. Bu konu ile ilgili farklı görüşler söz konusudur. Bkz. Oğuzman/Öz, C.I, s.180-181; Kocayusufpaşaoğlu, s.586 vd.; Dural/Sarı, s.211 vd.

¹¹³⁶ Eren, Genel Hükümler, s.343; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹¹³⁷ Eren, Genel Hükümler, s.343; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Dural/Sarı, s.211; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹¹³⁸ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.212; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹¹³⁹ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.211; Oğuzman/Öz, C.I, s.180, 181.

¹¹⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s.343; Oğuzman/Öz, C.I, s.181.

¹¹⁴¹ Dural/Sarı, s.213.

¹¹⁴² Dural/Sarı, s.213; Oğuzman/Öz, C.I, s.181; Kocayusufpaşaoğlu, s.593-594.

¹¹⁴³ Dural/Sarı, s.213; Oğuzman/Öz, C.I, s.181; Kocayusufpaşaoğlu, s.594.

¹¹⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s.333; Oğuzman/Öz, C.I, s.181; Kocayusufpaşaoğlu, s.593-594.

¹¹⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s.333; Dural/Sarı, s.213; Kocayusufpaşaoğlu, s.595.

¹¹⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s.333; Dural/Sarı, s.213; Oğuzman/Öz, C.I, s.181.

askıda hükümsüz işlemler, sınırlı ehliyetsizlerin (ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların), yasal temsilcilerinin iznini almadan yaptıkları borçlandırıcı işlemler (TMK md.16) ve yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemlerdir (TBK md.46). Kanunun öngördüğü bazı eksik unsurlar nedeniyle, asıl borç bakımından askıda hükümsüzlük hali söz konusu olabilir. Bu durumda, eksik unsur tamamlanıncaya kadar, asıl borç ile birlikte doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösteren götürü tazminat da askıda kalır; hüküm ve sonuç doğurmaya başlamaz. Eksik unsurun tamamlanmasıyla, asıl borç ile birlikte götürü tazminat da yapıldığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Ancak eksik unsur tamamlanmazsa, asıl borç ile birlikte götürü tazminat da başlangıçtan itibaren kesin hükümsüz hale gelir.

Önemle belirtilmelidir ki, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar arasında, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapılması elbette mümkündür. Bu durumda, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, götürü tazminat anlaşması hüküm ve sonuç doğurmaya başlar¹¹⁴⁷.

4.1.3 Asıl Borçtan Bağımsız Olarak Götürü Tazminatın Geçersiz Olması

4.1.3.1 Götürü Tazminatın Yokluğu

4.1.3.1.1 Genel Olarak

Bir hukuki işlemin varlığından söz edebilmek için, öncelikle o işlemin kurucu unsurlarının bulunması gerektiği¹¹⁴⁸; kurucu unsurlarından birinin veya birkaçının bulunmaması halinde, hukuki işlemin varlık kazanmadığı¹¹⁴⁹; bu durumda, *yokluk* yaptırımının söz konusu olduğu¹¹⁵⁰; yokluk halinde bir hukuki işlemin varlığından söz edilemeyeceği için, bu hukuki işleme dayanılarak herhangi bir hak sahibi olunmasının söz konusu olmadığı¹¹⁵¹; kurucu unsurların eksikliği halinde, yokluk sonucunun kendiliğinden meydana geldiği¹¹⁵²; başlıca yokluk halinin, hukuki işlemin kurucu unsuru olan hukuki sonuca yönelik irade beyanının bulunmaması olduğu¹¹⁵³ yukarıda ifa edilmişti.

Götürü tazminatın unsurları, taraflar arasında sözleşmeden doğan bir asıl borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat ediminin kararlaştırılması ve kararlaştırılan götürü tazminat ediminin asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödeneceği hususunda tarafların

¹¹⁴⁷ Erdem, Götürü Tazminat, s.101.

¹¹⁴⁸ Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹⁵⁰ Eren, Genel Hükümler, s.331-332; Dural/Sarı, s.207; Kocayusufpaşaoğlu, s.580; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹⁵¹ Dural/Sarı, s.207.

¹¹⁵² Dural/Sarı, s.207; Oğuzman/Öz, C.I, s.177.

¹¹⁵³ Eren, Genel Hükümler, s.331; Dural/Sarı, s.207.

anlaşmasıdır. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, götürü tazminat bakımından yokluk sonucu meydana gelir. Ayrıca götürü tazminatın yokluğu, götürü tazminat anlaşmasının genel işlem koşulu niteliği taşıdığı hallerde de söz konusu olabilir.

4.1.3.1.2 Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminatın Yazılmamış Sayılması

Götürü tazminat, genel işlem koşulları içeren tip sözleşme veya formüler sözleşme olarak ifade edilen sözleşmeler bakımından da yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Genel işlem koşulları arasında, götürü tazminat kayıtlarına sıklıkla rastlanmaktadır¹¹⁵⁴. TBK md.20 uyarınca, genel işlem koşulları¹¹⁵⁵, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (f.1). Genel işlem koşulları, TBK md.20 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi de tüketici sözleşmeleri bakımından haksız şartlara ilişkindir. Bu hükümler, emredici niteliktedir. Çünkü kanun koyucunun amacı, sözleşmenin zayıf tarafını korumaktır¹¹⁵⁶. Bu hükümler, hakime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi tanımaktadır¹¹⁵⁷. Genel işlem koşullarının denetimi bakımından üç aşama söz konusudur. Birinci aşama, genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının tespiti aşamasıdır (TBK md.21). Buna, yürürlük denetimi de denmektedir.

TBK md.21 f.1 uyarınca, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesine, bu koşulların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil olabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi gerekir. Yani sözleşmenin yapılması sırasında, sözleşmeyi düzenleyen taraf, karşı tarafı, ilgili sözleşmede genel işlem koşullarının bulunduğu/yer aldığı konusunda açıkça uyarmalıdır. Ayrıca sözleşmeyi

¹¹⁵⁴ Oertli, N.128.

¹¹⁵⁵ Genel işlem koşulları hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, M. Yeşim: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul 1999; Atamer, M. Yeşim: "Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s.291- 332; Atamer, M. Yeşim: "Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, 8 Nisan 2011, Ankara 2012, s. 7-73; Havutçu, Ayşe: *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003; Sirmen, Lale: "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, Ankara 2012, s.107-134.

¹¹⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s.220; Oğuzman/Öz, C.I, s.162; Kocayusufpaşaoğlu, s.226.

¹¹⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s.220; Oğuzman/Öz, C.I, s.162; Kocayusufpaşaoğlu, s.232.

düzenleyen taraf, karşı tarafa, bu koşulların içeriğini öğrenme imkanı sağlamalıdır. Son olarak, karşı taraf, bu koşulları kabul etmelidir. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Yani, bu şartların gerçekleşmemesi halinde, genel işlem koşulları *yok* hükmündedir¹¹⁵⁸. Ayrıca TBK md.21 f.2 uyarınca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır. Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK md.22). Burada kanun koyucunun, *kısmi yokluk* yaptırımını benimsemiş olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵⁹.

Ayrıca TBK md.24 uyarınca, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılır. Değiştirme yasağı, yalnızca düzenleyen lehine karşı taraf aleyhine değişiklik veya düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşulları bakımındandır. Buna karşılık, karşı taraf lehine yapılacak değişiklik veya yeni düzenlemeler geçerlidir¹¹⁶⁰. Değiştirme yasağının yaptırımı da, bu yasağı içeren kayıtların yazılmamış sayılmasıdır¹¹⁶¹. Yani, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar *yok* hükmündedir¹¹⁶².

Sonuç olarak, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulu niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasının, sözleşmenin kapsamına girmesi, düzenleyen tarafın sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesine¹¹⁶³, bu koşulların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır¹¹⁶⁴. Aksi takdirde, genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminat anlaşması *yok* hükmündedir. Ayrıca genel işlem koşulu niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasının hükümlerini, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılır. Yani, genel işlem koşulu niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasının hükümlerini, yalnızca düzenleyen lehine karşı taraf aleyhine değişiklik veya düzenleme yapma yetkisi veren

¹¹⁵⁸ Oğuzman/Öz, C.I, s.166; Eren, Genel Hükümler, s.221.

¹¹⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s.221.

¹¹⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s.221.

¹¹⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s.221; Oğuzman/Öz, C.I, s.168.

¹¹⁶² Eren, Genel Hükümler, s.221. Oğuzman/Öz'e göre, bu düzenleme, TBK md.21 hükmünün özel bir görünümüdür. Bkz. C.I, s.168.

¹¹⁶³ Oertli, N.135.

¹¹⁶⁴ Oertli, N.132.

kayıtlar da yok hükmündedir. Götürü tazminat ediminin, düzenleyen tarafından, tek taraflı olarak artırılabilceğini öngören hükümler, bu duruma örnek gösterilebilir.

4.1.3.2 Götürü Tazminatın Kesin Hükümsüzlüğü

4.1.3.2.1 Genel Olarak

Kişilerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir¹¹⁶⁵. İrade özerkliği ile sözleşme özgürlüğü kavramları genellikle birbirinin eş anlamlısı olarak kullanılır. Bunun nedeni, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak daha çok sözleşmeleri tercih etmeleridir. Anayasamızın 48. maddesine göre, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Bu düzenleme ile sözleşme özgürlüğü, anayasal güvence altındadır.

Borçlar hukukunda kural, sözleşme yapma özgürlüğüdür¹¹⁶⁶. Sözleşme yapma özgürlüğü, kişinin dilediği herhangi bir sözleşmeyi, hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya böyle bir sözleşmeyi yapmayı reddedebilmesi demektir. Kişi, sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, sözleşme yapmaktan da men edilemez¹¹⁶⁷. Sözleşme özgürlüğü geniş bir kavramdır. Bu kavram sözleşme yapma, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini kapsar¹¹⁶⁸. Sözleşme yapma özgürlüğü ile sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, başka bir deyişle tip özgürlüğü arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Çünkü sözleşme özgürlüğünden bahsedilebilmesi için tarafların sözleşmenin içeriğini ve şartlarını serbestçe tartışma imkanının mevcut olması gerekir¹¹⁶⁹.

TBK md.26 uyarınca, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Böylece, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü hüküm altına alınmıştır. TBK md.27’de ise kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece sözleşme özgürlüğünün sınırları tayin edilmiştir; bu sınırlar, hukuka ve ahlaka aykırılık ile imkansızlıktır. Buradan hareketle şu sonuca ulaşılmaktadır:

¹¹⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s.526-527; Hatemi/Gökyayla, s.57-58. Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Eren, Genel Hükümler, s.300.

¹¹⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s.526; Hatemi/Gökyayla, s.57; Oğuzman/Öz, C.I, s.23; Eren, Genel Hükümler, s.301.

¹¹⁶⁷ Eren, Genel Hükümler, s.301; Oğuzman/Öz, C.I, s.24; Hatemi/Gökyayla, s.57.

¹¹⁶⁸ Eren, Genel Hükümler, s.300.

¹¹⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s.300. “Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin hükümlerinin taraflarca müzakere edilerek serbestçe tayin edileceğini farz ediyorsa da, alışveriş hayatında çok kere, yapılacak sözleşmenin hükümlerini taraflardan biriönceden tespit etmekte, diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisi kalmaktadır.” (Oğuzman/Öz, C.I, s.25).

Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmamak şartıyla taraflar, bir sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilirler¹¹⁷⁰.

Elbette bu durum, götürü tazminat anlaşmaları bakımından da geçerlidir. Sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip olan taraflar, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler. Ancak TBK md.27 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız götürü tazminat anlaşmaları kesin hükümsüzdür. Başka bir deyişle, sözleşme özgürlüğünün sınırları (hukuka ve ahlaka aykırılık ile imkansızlık) götürü tazminat anlaşmaları bakımından da geçerlidir.

4.1.3.2.2 Götürü Tazminatın Hukuka Aykırı Olması

4.1.3.2.2.1 Genel Olarak

TBK md.27 f.1 uyarınca, sözleşme özgürlüğünün ilk sınırını hukuka aykırılık oluşturur¹¹⁷¹. Bir sözleşmenin, emredici bir hukuk kuralıyla çatışması halinde, hukuka aykırılık söz konusu olur¹¹⁷². Aksi kararlaştırılmayan ve uyulması zorunlu olan hukuk kurallarına, emredici hukuk kuralları denir¹¹⁷³. Emredici hukuk kurallarına aykırı olan düzenlemeler, TBK md.27 f.1 uyarınca kesin hükümsüzdür; bunların yerine emredici hukuk kuralları uygulanır¹¹⁷⁴. Emredici hukuk kuralları, kamu düzenini, genel ahlakı, millî güvenliği, kamu yararını ve kişilik haklarını koruma amacı taşır¹¹⁷⁵.

Emredici hukuk kurallarına aykırı olan götürü tazminat anlaşmaları kesin hükümsüzdür. Bu durumda, zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi bakımından, TBK md.50 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur. Gerçekten, bazı hallerde kanun koyucu tarafından, götürü tazminat anlaşması yapılması yasaklanmıştır. Bu duruma örnek olarak, TBK md.330 hükmü gösterilebilir. TBK md.330 f.1 uyarınca, taraflardan her biri, bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir. Ancak TBK md.330 f.2 uyarınca, “*Kiraya verenin mesleki faaliyeti*

¹¹⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s.527 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.58, 70 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s.24, 83 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.317 vd.

¹¹⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s.318; Oğuzman/Öz, C.I, s.83; Kocayusufpaşaoğlu, s.531; Hatemi/Gökyayla, s.71.

¹¹⁷² Eren, Genel Hükümler, s.318; Oğuzman/Öz, C.I, s.84; Kocayusufpaşaoğlu, s.534; Hatemi/Gökyayla, s.71.

¹¹⁷³ Dural/Sarı, s.129; Oğuzman/Öz, C.I, s.84; Kocayusufpaşaoğlu, s.534; Hatemi/Gökyayla, s.71-72.

¹¹⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s.318; Dural/Sarı, s.129; Kocayusufpaşaoğlu, s.534.

¹¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s.84; Hatemi/Gökyayla, s.72; Eren, Genel Hükümler, s.318.

gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda, kiraya verenin, zararının giderilmesini isteme hakkı yoktur”

Bu hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle taraflar arasında belirsiz süreli bir taşınır kirası söz konusu olmalıdır¹¹⁷⁶. Kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği, sözleşme konusu taşınırı kiraya vermesi gerekir¹¹⁷⁷. Ayrıca sözleşme konusu taşınır, kiracının özel kullanımına yarayan bir eşya olmalıdır¹¹⁷⁸. TBK md.330 f.2 hükmü, kiracı lehine olmak üzere, nispi emredici niteliktedir¹¹⁷⁹. Kiracı, kira sözleşmesini sona erdirmek için herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir¹¹⁸⁰. Yalnızca, üç ay sonrası için en az bir ay önce fesih bildiriminde bulunması yeterlidir¹¹⁸¹. Kiraya veren, sözleşmenin feshedilmesi dolayısıyla zarara uğrasa bile, bunu talep edemez¹¹⁸². O halde, bu noktada bir götürü tazminat anlaşması da yapılamaz.

Bir başka örnek de TBK md.334 hükmüdür. TBK md.334 f.1 uyarınca, kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralananında meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir. Çünkü bunun karşılığı olarak, zaten kira bedeli ödemiştir¹¹⁸³. Ayrıca TBK md.334 f.2 uyarınca, kiracının, sözleşmenin sona ermesi halinde, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Buna göre, olağan kullanım dışındaki sebeplerle, kiralananın kendisi veya içinde bulunan eşyalar zarar görürse, bu zarardan kiracı sorumlu tutulabilir¹¹⁸⁴. O halde, sözleşmeye aykırı kullanma dolayısıyla meydana gelen zararı gidermeye yönelik olarak götürü tazminat anlaşmaları yapılabilir¹¹⁸⁵. Ancak bunun dışında yapılacak götürü tazminat anlaşmaları, TBK md.334 hükmünün emredici niteliği¹¹⁸⁶ karşısında, kesin hükümsüz olacaktır. Örneğin, mobilyalı konut kiralalarında, olağan kullanıma bağlı olarak mobilyalarda mutlaka bir yıpranma meydana gelecektir. Ancak TBK md.334 f.2 uyarınca, olağan kullanma nedeniyle meydana gelecek

¹¹⁷⁶ Gümüş, C.I, s.317; Zevkliler/Gökyayla, s.315; Yavuz, s.572; Eren, Özel Hükümler, s.403; Aral/Ayrancı, s.273.

¹¹⁷⁷ Gümüş, C.I, s.317; Zevkliler/Gökyayla, s.315; Yavuz, s.572; Eren, Özel Hükümler, s.403; Aral/Ayrancı, s.273.

¹¹⁷⁸ Gümüş, C.I, s.317-318; Zevkliler/Gökyayla, s.315; Yavuz, s.572; Eren, Özel Hükümler, s.403; Aral/Ayrancı, s.273.

¹¹⁷⁹ Zevkliler/Gökyayla, s.316.

¹¹⁸⁰ Eren, Özel Hükümler, s.404; Zevkliler/Gökyayla, s.316.

¹¹⁸¹ Zevkliler/Gökyayla, s.316; Eren, Özel Hükümler, s.404.

¹¹⁸² Zevkliler/Gökyayla, s.316; Yavuz, s.572; Gümüş, C.I, s.317; Eren, Özel Hükümler, s.404.

¹¹⁸³ Gümüş, C.I, s.310; Yavuz, s.518.

¹¹⁸⁴ Zevkliler/Gökyayla, s.292; Yavuz, s.518; Eren, Özel Hükümler, s.412; Aral/Ayrancı, s.267.

¹¹⁸⁵ Yavuz'a göre de, sözleşmeye aykırı kullanımdan doğacak zararlara ilişkin anlaşmalar yapılabilir. Bkz. s.518.

¹¹⁸⁶ Gümüş, C.I, s.310; Yavuz, s.518.

yıpranma dolayısıyla söz konusu olabilecek zararı gidermeye yönelik olarak bir götürü tazminat anlaşması yapılamaz¹¹⁸⁷.

TBK md.589 f.4 hükmü de bu duruma örnek gösterilebilir. TBK md.589 f.4 uyarınca, kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Yukarıda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar arasında, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle meydana gelecek menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapılmasının mümkün olduğunu; böyle bir ihtimalde, asıl sözleşmenin hükümsüz kalması halinde, götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacağını belirtmiştik. Ancak TBK md.589 f.4 emredici hükmü karşısında, menfi zararın tazminine yönelik olarak kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, kefalet ile teminat altına alınamayacağı açıktır¹¹⁸⁸. Alacaklı, menfi zararın tazminine yönelik olarak kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifasını ancak borçludan talep edebilir.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulama alanı TBK md.115 ve md.116 hükümleri de emredici hukuk kurallarındandır. Bazı hallerde de götürü tazminat anlaşmaları, sorumsuzluk anlaşması niteliği taşır. Bu nedenle, sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyan götürü tazminat anlaşmalarının, TBK md.115 ve md.116 hükümleri karşısındaki durumu da incelenmelidir. Ayrıca götürü tazminatın emredici hukuk kurallarına aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüzlüğü götürü tazminat anlaşmasının genel işlem koşulu niteliği taşıdığı hallerde de söz konusu olabilir. Bu noktada, genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminat anlaşmalarının içerik ve yorum denetimi de incelenmelidir. Aşağıda sırasıyla bunlara değinilmiştir.

4.1.3.2.2 Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin TBK md.115 ve md.116 Hükümleri Karşısında Götürü Tazminatın Durumu

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde, borçlunun sorumluluğu söz konusu olur. Asıl borcun ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve borçlunun sorumluluğunu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran anlaşmalara, sorumsuzluk anlaşmaları denir¹¹⁸⁹. Taraflar, asıl sözleşmeye bir

¹¹⁸⁷ Eren'e göre, sözleşmeye aykırı kullanmadan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir. Bkz. Özel Hükümler, 413.

¹¹⁸⁸ Bu düzenlemeden önce de kefilin, menfi zararın tazminin talep edilemeyeceği çünkü kefalet ile yalnızca alacaklının ifa menfaatinin teminat altına alındığı ileri sürülmekteydi. Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C.II, s.775.

¹¹⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1086; Oğuzman/Öz, C.I, s.453; Serozan, s.278-279; Başalp, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.6. Ayrıca sorumsuzluk anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976; Erten, Ali: Türk Sorumluluk Hukukunda

sorumsuzluk kaydı koyabilecekleri gibi asıl sözleşmeden bağımsız, ayrı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Borçlar hukukunda, kural olarak sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünü de kapsar. Buradan hareketle taraflar, borçlunun borçlandığı edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelecek zarardan sorumluluğunun kapsamını, şartlarını, tabi olacağı şekli ve zarara kimin katlanacağını, zarar henüz meydana gelmeden önce kararlaştırabilirler. Böylece, alacaklı ile borçlu kanun tarafından benimsenen sorumluluk rejiminden farklı bir sorumluluk rejimi öngörebilirler¹¹⁹⁰.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması götürü tazminat ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır. Bazı götürü tazminat anlaşmalarının (mutlak götürü tazminat anlaşmaları ile azami götürü tazminat anlaşmaları) sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığı yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle, bu anlaşmaların, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulama alanı bulan TBK md.115 ve md.116 hükümleri karşısındaki durumu incelenmelidir. Çünkü TBK md.115 ve md.116, emredici hukuk kurallarındandır.

TBK md.115 f.1 uyarınca, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. TBK md.115'te, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından *kusurun yoğunluğu* esas alınmaktadır. Buna karşılık, kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmalarında, borçlunun sorumluluğun sınırlandırılmasında, *ödenecek tazminatın miktarı* esas alınmaktadır. O halde, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının, mutlak götürü tazminat anlaşması veya azami götürü tazminat anlaşması niteliğinde olması ve borçlunun sözleşmeyi ihlalinde ağır kusurunun bulunması halinde durum ne olur?

Öncelikle, götürü tazminat anlaşmasının TBK md.115 uyarınca kesin hükümsüz olduğunu ileri sürerek, tarafların belirlemiş olduğu götürü tazminatı tamamen göz ardı etmek, hakkaniyete uygun bir çözüm yolu olmaz. Böyle bir durumda, götürü tazminat anlaşmasını kesin hükümsüz saymak yerine, yalnızca anlaşma ile belirlenen üst sınırı geçersiz saymak ve tazminat alacaklısına, uğramış olduğu gerçek zararın, götürü tazminat miktarını aştığını ispat etme ve götürü tazminat miktarını aşan kısmı borçludan talep etme imkanını tanımak daha yerinde bir çözüm yolu olur¹¹⁹¹. Başka bir deyişle, böyle bir durumda, tazminat alacaklısı, götürü tazminat ediminin ifasını zaten borçludan talep edebilir. O halde, böyle bir durumda,

Sorumsuzluk Şartları, İstanbul 1977; Karabağ Bulut, Nil: "Sorumsuzluk Anlaşması", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi 'ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.825-883.

¹¹⁹⁰ Başalp, s.6; Oğuzman/Öz, C.I, s.453-454; Serozan, s.279.

¹¹⁹¹ Aynı görüşte bkz. Kapancı, s.668.

tazminat alacaklısı, asıl borcun ihlal edilmesinde borçlunun ağır kusurunun bulunduğunu ve gerçek zararın götürü tazminat miktarını aştığını ispat ederek, aşkın zararının giderilmesini talep edebilmelidir¹¹⁹².

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin TBK md.115 f.2 uyarınca, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Öte yandan TBK md.115 f.3 uyarınca, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. KAPANCI'ya göre, TBK md.115 f.2 ve f.3'te belirtilen istisnai durumlar söz konusu olduğunda, yapılan anlaşma hafif kusur için dahi geçerli olmayacağından, TBK md.50 vd. uyarınca tazminat miktarı tespit edilir¹¹⁹³. Ancak, TBK md.115'te de borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından *kusurun yoğunluğu* esas alınırken; sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyan kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmalarında, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılmasında, *ödenecek tazminatın miktarı* esas alınmaktadır. Kaldı ki kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarından azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmaları, *her zaman* sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımaz. *Ödenecek tazminat miktarının üst sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmalarının (azami götürü tazminat anlaşması ve mutlak götürü tazminat anlaşması) söz konusu olduğu durumlarda, yalnızca asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zararın götürü tazminatı aşması halinde, tazminat alacaklısı, götürü tazminat miktarını aşan gerçek zararını kısmı ispat ederek, tazminat borçlusundan aşkın zararının karşılanmasını talep edemeyeceği için, tazminat borçlusu bakımından bir sorumsuzluk anlaşması işlevi görür.* O halde, TBK md.115 f.2 ve f.3'te belirtilen istisnai hallerin söz konusu olması durumunda, öncelikle taraflar arasında söz konusu olan mutlak götürü tazminat anlaşması veya azami götürü tazminat anlaşması ile belirlenen götürü tazminat edimi ile gerçek zarar arasında bir karşılaştırma yapılmalı; gerçek zararın, götürü tazminat ediminin altında kalması halinde, alacaklının, götürü tazminatı talep edebileceği kabul edilmelidir. Çünkü gerçek zararın götürü tazminat miktarının altında kalması halinde, tazminat borçlusunun sorumluluğu bakımından *fiili olarak* herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Gerçek zararın götürü tazminatı aşması halinde, mutlak götürü tazminat anlaşmasının veya azami götürü tazminat anlaşmasının

¹¹⁹² Oertli, N.309. Kapancı'ya göre, borçlunun, alacaklının aşkın tazminat talebini geri çevirebilmesi için, sözleşmenin ihlal edilmesinde hafif kusurunun bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Bkz. s.670.

¹¹⁹³ Kapancı, s.668.

sorumsuzluk anlaşması işlevinden bahsedebileceği için, TBK md.115 f.2 ve f.3 hükümlerinin emredici niteliği karşısında, götürü tazminat anlaşmasını kesin hükümsüz saymak yerine yalnızca anlaşma ile belirlenen üst sınırı geçersiz saymak ve tazminat alacaklısına, uğramış olduğu gerçek zararın götürü tazminat miktarını aştığını ispat ederek, bu miktarı aşan kısmı boçludan talep etme imkanının tanınması yerinde bir çözüm yolu olacaktır.

TBK md.115 f.2 ve f.3'te belirtilen istisnai hallerin söz konusu olması durumunda, mutlak götürü tazminat anlaşması veya azami götürü tazminat anlaşması ile belirlenen götürü tazminat edimi ile gerçek zarar arasında bir karşılaştırma yapmadan, götürü tazminat anlaşmasının kesin hükümsüz sayılarak, TBK md.50 vd. uyarınca zararın hesaplanması halinde, belirlenen tazminat miktarı, götürü tazminat ediminin altında da kalabilir. Bu da ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda, tazminat borçlusu, götürü tazminat ediminden daha az bir miktar ödeyerek, tazminat ödeme borcunu ifa etmiş olur. Kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmaları ile ilgili düzenleme yapmaktaki amacı, TBK md.115 f.2 ve f.3'te belirtilen istisnai hallerde, alacaklının mağduriyetini önlemektir. Oysa götürü tazminat anlaşmasının kesin hükümsüz sayılarak, borçlunun kararlaştırılan götürü tazminat ediminden daha az tazminat ödemesine imkan tanınması halinde, alacaklı mağdur edilmiş olur. İşte bu nedenlerle, TBK md.115 f.2 ve f.3'te belirtilen istisnai hallerin söz konusu olması durumunda, öncelikle götürü tazminat edimi ile gerçek zarar arasında bir karşılaştırma yapılarak, elde edilen sonuca göre hareket edilmelidir.

TBK md.116 f.2 uyarınca, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Buna göre, kural olarak yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğa ilişkin olarak yapılan ve borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran mutlak götürü tazminat anlaşmaları ve azami götürü tazminat anlaşmaları, geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurur. Ancak TBK md.116 f.3 uyarınca, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Yine burada götürü tazminat edimi ile gerçek zarar arasında bir karşılaştırma yapılarak, ortaya çıkan sonuca göre hareket edilmesi gerekir.

4.1.3.2.2.3 Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Götürü Tazminatın Durumu

Götürü tazminatın genel işlem koşulları içeren sözleşmeler bakımından da yaygın bir uygulama alanına sahip olduğu; genel işlem koşulları arasında götürü tazminat kayıtlarına sıklıkla rastlandığı; genel işlem koşullarının, TBK md.20 ve devamı hükümlerinde

düzenlendiği; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin tüketici sözleşmeleri bakımından haksız şartlara ilişkin olduğu; bu hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve bu hükümlerin, hakime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi tanıdığı ve genel işlem koşullarının denetimi bakımından üç aşamanın söz konusu olduğu daha önce belirtilmişti. Genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının tespit edildiği birinci aşama olan yürürlük denetimi, yukarıda incelenmiştir. İkinci aşama sözleşmenin içeriğine dahil olduğu tespit edilen genel işlem koşullarının geçerliliğinin denetlenmesidir (TBK md.25). Buna, içerik denetimi denmektedir. Üçüncü aşama ise, geçerli genel işlem koşullarının yorumlanmasıdır (TBK md.23). Buna da yorum denetimi denmektedir.

İçerik denetiminde, yani genel işlem koşullarının denetiminin ikinci aşamasında, yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olduğu tespit edilen genel işlem koşulu niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasının hükümlerinin geçerli olup olmadığına bakılır. Çünkü TBK md.25 uyarınca, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Buna göre, dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın aleyhine olan genel işlem koşulları, kesin hükümsüzdür¹¹⁹⁴. Ayrıca dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırılan genel işlem koşulları da kesin hükümsüzdür¹¹⁹⁵.

Borçluya, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanı tanıyan nispi ve azami götürü tazminat anlaşmaları dahi borçlunun durumunu ağırlaştırmaktadır¹¹⁹⁶. Çünkü nispi ve azami götürü tazminat anlaşmaları, zararın varlığı ve kapsamının ispatı hususunda da ispat yükü dağılımı bakımından bir takım değişiklikleri beraberinde getirmektedir. TBK md.50 f.1 uyarınca zarar gören, zararını ispat yükü altındadır. Buna göre, zarar gören hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispat yükü altındadır. Başka bir deyişle, zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, zarar gören yani tazminat alacaklısı taşır. Ancak nispi ve azami götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, kararlaştırılan edim miktarına kadar tazminat borçlusuna taşır. Çünkü nispi ve götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, tazminat borçlusuna, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat anlaşmasında belirtilen miktardan daha az

¹¹⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s.221-222; Oğuzman/Öz, C.I, s.167.

¹¹⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.221-222; Oğuzman/Öz, C.I, s.168.

¹¹⁹⁶ Oertli, N.140, 143. Borçluya, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmadığı mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmaları ise borçlunun durumunu evleviyetle ağırlaştırır. Ancak azami götürü tazminat anlaşmaları ile mutlak götürü tazminat anlaşmalarının, bazı hallerde, borçlunun sorumluluğunu sınırlandırarak, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdıkları da gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda da alacaklının durumu ağırlaşmaktadır.

olduğunu ispat edemez ise tazminat borçlusu, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek zorunda kalır¹¹⁹⁷.

TBK md.25 uyarınca, genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olması için, bu koşulların yalnızca karşı taraf aleyhine olması veya karşı tarafın durumu ağırlaştırması yeterli değildir. Karşı taraf aleyhine olan veya karşı tarafın durumunu ağırlaştıran genel işlem koşulunun, ayrıca dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekir¹¹⁹⁸. Örneğin, yedek hukuk kuralına aykırı bir düzenleme yapılmış olması yeterli değildir; taraflar arasındaki menfaat dengesinin ve tarafların korunma ihtiyacının da dikkate alınması gerekir¹¹⁹⁹. Bir genel işlem koşulunun dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığının tespitinde, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan koşullar ile sözleşmenin diğer bütün koşullar dikkate alınmalıdır; bu noktada, bir taraf aleyhine söz konusu olan dengesizliğin başka yollardan telafi edilmiş olup olmadığı incelenmeli, sözleşmenin bütün hükümleri birbiriyle karşılaştırılmalı ve elverişsiz bir hükme karşılık elverişli bir hükmün tanınıp tanınmadığına bakılmalıdır. Sorumsuzluk anlaşması yapılmasına karşılık, müşteriye bir sigorta himayesinin sağlanmış olması, bu duruma örnek gösterilebilir¹²⁰⁰.

O halde, götürü tazminat anlaşmaları, *genellikle* borçlunun durumunu ağırlaştırır. Ancak bu durum, tek başına, genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminat anlaşmasının, TBK md.25 uyarınca kesin hükümsüz olmasına neden olmaz. Ayrıca genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminat anlaşmasının dürüstlük kurallarına aykırı olarak borçlunun durumunu ağırlaştırması gerekir. Bu hususun tespitinde ise, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınmalıdır. Hatta karşı tarafın, ilgili piyasadaki tecrübeleri dahi belirleyici olabilir¹²⁰¹. Bu noktada, genel işlem koşulu niteliğindeki götürü tazminat anlaşmalarının tamamını kapsayacak bir genellemede bulunmak yanlış olur.

Son olarak, içerik denetiminin, yürürlük denetimini anlamsız hale getirdiği belirtilmektedir¹²⁰². Yürürlük denetiminden geçirek, genel işlem koşullarını, bir kez sözleşmeye dahil ettikten sonra, sözleşmenin içeriğine müdahaleden kaçınılmalıdır. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi bunu gerektirir. İsviçre doktrini tarafından da borçlunun durumunu ağırlaştıran genel işlem koşulu niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı ve içeriği hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi ve karşı tarafın bunu kabul etmesi halinde, götürü tazminatın geçerli olduğu kabul edilmektedir¹²⁰³.

¹¹⁹⁷ Oertli, s.54.

¹¹⁹⁸ Atamer, Sempozyum, s.49; Oğuzman/Öz, C.I, s.167; Eren, Genel Hükümler, s.222.

¹¹⁹⁹ Atamer, Sempozyum, s.50.

¹²⁰⁰ Atamer, Sempozyum, s.52-53.

¹²⁰¹ Oertli, N.146.

¹²⁰² Atamer, Sempozyum, s.33.

¹²⁰³ Oertli, N.144.

Son aşama, yorum denetimidir. TBK md.23 uyarınca, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Buna göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen bir genel işlem koşulu, bu genel işlem koşulunu düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır¹²⁰⁴. Örneğin, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmede aynı konuya ilişkin hem bir genel işlem koşulu hem de bir özel hüküm varsa, bu durumda özel koşul uygulanır¹²⁰⁵.

Genel işlem koşulları arasında yer alan götürü tazminat anlaşmalarının TBK md.23 uyarınca yorumlanması, özellikle karşılaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığının belirsiz olduğu hallerde önemlidir. Bu noktada, iki ihtimal söz konusudur.

Birinci ihtimalde, karşı taraf, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafa götürü tazminat ödeyeceğini taahhüt eder. Böyle bir taahhütte, belirtilen götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığının belirsiz olması halinde, TBK md.23 uyarınca, bu durum, genel işlem koşulunu düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Yani, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafa aksini ispat etme imkanı tanınmaz; karşı tarafa, aksini ispat etme imkanı tanınır. Başka bir deyişle, genel işlem koşulları arasında yer alan götürü tazminat anlaşması, (aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği de taşıyan) azami götürü tazminat anlaşması olarak yorumlanır¹²⁰⁶.

İkinci ihtimalde, genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, asıl borcun ihlal edilmesi halinde karşı tarafa götürü tazminat ödeyeceğini taahhüt eder. Böyle bir taahhütte, belirtilen götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığının belirsiz olması halinde, TBK md.23 uyarınca, bu durum, yine genel işlem koşulunu düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Yani, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafa aksini ispat etme imkanı tanınmaz; karşı tarafa aksini ispat etme imkanı tanınır. Başka bir deyişle, bu ihtimalde, genel işlem koşulları arasında yer alan götürü tazminat anlaşması, asgari götürü tazminat anlaşması olarak yorumlanır¹²⁰⁷.

¹²⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s.222.

¹²⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, s.222. Detaylı bilgi için bkz. Atamer, Sempozyum, s.38 vd. Ayrıca bkz. BGE 93 II 317 vd. (Oertli, N.133, dn.172); 123 III 35 vd. (Oertli, N.133, dn.172); 125 III 263 vd. (Oertli, N.133, dn.172).

¹²⁰⁶ Oertli, N.178.

¹²⁰⁷ Oertli, N.179.

4.1.3.2.2.4 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin 5. Maddesi Karşısında Götürü Tazminatın Durumu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarına, haksız şart denir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartlar, kesin olarak hükümsüzdür. Bunun yanı sıra, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, genel işlem koşulları içeren bir tüketici sözleşmesinin tüketici ile müzakere edilmediği kabul edilir. Bu hükmün, genel işlem koşulları içeren tüketici sözleşmeleri bakımından, bir *müzakere edilmeme karinesi* öngördüğü ifade edilmektedir¹²⁰⁸.

O halde, bir sözleşme şartının haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmiş olmalıdır¹²⁰⁹. Ancak bir sözleşme şartının haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, yalnızca müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi yeterli değildir. Ayrıca, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri arasındaki dengeyi, dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine bozması gerekir¹²¹⁰. Bu noktada, bir sözleşme şartının haksızlığı, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin diğer hükümleri ve bu şart ile bağlantılı sözleşmeler dikkate alınarak, sözleşmenin kurulduğu ana göre belirlenir (TKHK md.5 f.6). Gerçekten bazı hallerde, sözleşmede yer alan bir şart, tek başına ele alındığında haksız şart olarak nitelendirilebilir. Ancak sözleşmenin diğer hükümleri dikkate alındığında, tüketici aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulmuş olduğu görülebilir¹²¹¹.

İşte, tüketici sözleşmeleri ile karşılaştırılan götürü tazminatın da bu çerçevede ele alınması gerekir. Öncelikle, götürü tazminatın tüketici ile müzakere edilip edilmediğine bakılmalıdır. Götürü tazminatın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olduğunun tespiti halinde, götürü tazminatın, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler arasındaki dengeyi, dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine bozup bozmadığına bakılmalıdır. Bu noktada çeşitli ihtimaller karşımıza çıkar.

¹²⁰⁸ Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014, s.62.

¹²⁰⁹ Gümüş, Tüketici, s.61; Sirmen, Tüketici, s.122.

¹²¹⁰ Gümüş, Tüketici, s.61; Sirmen, Tüketici, s.123. Yargıtay ise bu şartları kümülatif olarak uygulamamaktadır. Yargıtay bakımından, bir şartın müzakere edilmemiş olması, o şartın haksız şart olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Bkz. Yargıtay 13. HD., T.14.4.2010, E.2009/14991 K.2010/5048 (Sirmen, Tüketici, s.124, dn.43); Yargıtay 13. HD., T.2.5.2008, E.2008/4345 K.2008/6088 (Sirmen, Tüketici, s.124, dn.43); Yargıtay 13. HD., T.20.4.2009, E.2008/15042 K.2009/5386 (Sirmen, Tüketici, s.124, dn.43).

¹²¹¹ Gümüş, Tüketici, s.65; Sirmen, Tüketici, s.127.

Birinci ihtimalde, tüketici sözleşmesinin tüketici tarafı, yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, götürü tazminat ödeyeceğini taahhüt eder¹²¹². Bu noktada, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik¹²¹³ de dikkate alınmalıdır. Bu yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında, “*Bu yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir*” denmektedir. Bahsedilen bu listenin 1-d maddesi uyarınca, yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar, haksız şart olarak kabul edilmiştir. Bir götürü tazminat ediminin miktarı da *zaten* asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin*¹²¹⁴ ile sınırlıdır¹²¹⁵. O halde, tüketici sözleşmelerinde, tüketici tarafın, yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde götürü tazminat ödeyeceği kararlaştırılabilir. Buna karşılık, tüketici tarafın yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat edimi, makul bir zarar tahminine dayanmıyorsa, başka bir deyişle, ilgili yönetmeliğin 1-d maddesi uyarınca orantısız biçimde yüksek ise, haksız şart niteliğindedir ve kesin hükümsüzdür.

¹²¹² Oertli, N.178.

¹²¹³ 17.6.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹²¹⁴ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor and Motor Co Ltd [1915] AC 79: “*The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of loss.*” (Eggleston, s.53); “*...reasonable forecast...*” (Goetz/Scott, s.559; Talley, s.1200); “*...reasonable estimate formulation...*” (Goetz/Scott, s.576).

¹²¹⁵ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...*”. Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136, 143; Stole, s.582; Talley, s.1200; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, kararlaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : “*It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.*” (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuylkill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

İkinci ihtimalde, karşı taraf, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, sözleşmenin tüketici tarafına, götürü tazminat ödeyeceğini taahhüt eder. Bu ihtimalde, tüketici aleyhine olabilecek husus, götürü tazminat anlaşmasının aynı zamanda bir sorumsuzluk anlaşması niteliğini taşıması halinde gündeme gelir. İlgili listenin 1-a maddesi uyarınca, *“Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen, yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar”*, haksız şart niteliğindedir ve kesin hükümsüzdür. Ayrıca ilgili listenin 1-b maddesi uyarınca, *“Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya üçüncü bir şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar”*

da haksız şart niteliğindedir ve kesin hükümsüzdür.

O halde, ilgili listenin 1-a maddesi uyarınca, bir tüketici sözleşmesinde, sözleşmeyi düzenleyen tarafın bir fiili veya ihmali nedeniyle tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, tüketiciye veya mirasçılara ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat, aynı zamanda bir sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyor ise, bu durumda yapılan götürü tazminat anlaşması haksız şart olarak kabul edileceğinden, kesin hükümsüzdür. Bu noktada yine, götürü tazminat anlaşmasını kesin hükümsüz saymak yerine, yalnızca anlaşma ile belirlenen üst sınırı geçersiz saymak ve tazminat alacaklısı tüketiciye veya mirasçılara, uğramış olduğu gerçek zararın götürü tazminatı aştığını ispat etme ve götürü tazminatı aşan kısmı karşı taraftan talep etme imkanının tanınması, daha yerinde bir çözüm yolu olur. Çünkü, sözleşmeyi düzenleyen tarafın bir fiili veya ihmali nedeniyle tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, tazminat alacaklısı tüketici veya mirasçuları, zaten kararlaştırılan götürü tazminata hak kazanır. Kaldı ki götürü tazminat anlaşmaları, *her zaman* sorumsuzluk anlaşması niteliği taşımaz. Bu hususa yukarıda değinilmişti.

İlgili listenin 1-b maddesi uyarınca, bir tüketici sözleşmesinde, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin, sözleşmeyi düzenleyene veya üçüncü bir şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar, haksız şart niteliğindedir ve kesin hükümsüzdür. O halde, tüketici sözleşmeleri bakımından, sözleşmeyi düzenleyen tarafın sorumluluğunu sınırlandıran götürü tazminat anlaşmaları yapılması hukuken mümkündür. Yalnızca, sözleşmeyi düzenleyen tarafın

sorumluluğunu ölçüsüz bir biçimde sınırlayan götürü tazminat anlaşmaları haksız şart kabul edileceğinden kesin hükümsüz olacaktır.

Borçluya, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı tanıyan nispi ve azami götürü tazminat anlaşmalarının *dahi* borçlunun durumunu ağırlaştırdığı daha önce ifade edilmişti. Son olarak, tüketici sözleşmeleri bakımından şu hususun da üzerinde durulması gerekir. İlgili listenin 1-n maddesi uyarınca, “...*mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*” , haksız şart niteliğindedir ve kesin hükümsüzdür. Örneğin, “*Tüketicinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, tüketici tarafından karşı tarafın zararının daha az olduğu ispat edilmedikçe, karşı tarafa ödenecek tazminatTL kadardır*” gibi düzenlemelerin yer aldığı azami götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde, TMK md.6 ve TBK md.50 f.1 uyarınca, tazminat alacaklısı üzerinde olması gereken ispat yükü, tazminat borçlusuna tüketici üzerinde olacaktır. İlgili yönetmeliğin 1-n maddesi uyarınca, kural olarak, tazminat borçlusunun tüketici olduğu hallerde, nispi götürü tazminat anlaşmaları ve azami götürü tazminat anlaşmaları, ispat yükünü ters çevirdiği için haksız şart olarak kabul edilecek ve kesin hükümsüz olacaktır. Ancak, tazminat borçlusunun tüketici olduğu hallerde, azami götürü tazminat anlaşması ile aynı zamanda tüketicinin karşı tarafa ödeyeceği tazminatın üst sınırı belirlendiği için, gerçek zararın götürü tazminattan fazla olması halinde, tazminat borçlusuna tüketici bakımından bir sorumsuzluk anlaşması işlevine sahip olduğundan, sırf ispat yükünü ters çevirdiği gerekçesiyle kesin hükümsüz kabul edilmesi tüketicinin menfaatine aykırıdır. Aksi takdirde, tazminat borçlusuna tüketicinin, kararlaştırılan götürü tazminat ediminden daha fazla tazminata mahkum edilmesinin yolu açılmış olur.

Sonuç olarak, tüketici sözleşmeleri bakımından söz konusu olan götürü tazminat anlaşmaları hakkında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesi ve buna bağlı olarak Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve bu yönetmeliğin eki niteliğindeki liste uygulanırken, ilk bakışta tüketici aleyhine görünen hükümlerin sonuçlarının, gerçekten somut olay bakımından da tüketici aleyhine olup olmadığına bakılmalıdır. Yalnızca o hükmü incelemek yeterli olmaz¹²¹⁶. Tüketici aleyhine olan belli bir hüküm, tüketiciye sağlanan önemli bir avantajla dengelenmiş olabilir¹²¹⁷. Kaldı ki bu liste, ilgili yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, sınırlayıcı nitelikte olmayıp örnek niteliğindedir. Liste dışında kalan sözleşme şartları, haksız şart olarak nitelendirilebileceği gibi, listede yer alan örneklerden biri gerçekleşmesine rağmen, somut

¹²¹⁶ Sirmen, Tüketici, s.127; Gümüş, Tüketici, s.65. Benzer şekilde bkz. Atamer, Sempozyum, s.52-53.

¹²¹⁷ Sirmen, Tüketici, s.127; Gümüş, Tüketici, s.65. Benzer şekilde bkz. Atamer, Sempozyum, s.52-53.

olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, somut olay bakımından bir haksız şart bulunmadığı sonucuna da ulaşılabilir¹²¹⁸.

4.1.3.2.3 Götürü Tazminatın Ahlaka Aykırı Olması

TBK md.27 f.1 uyarınca, ahlaka aykırılık, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur. TBK md.27 f.1’de yer alan ahlak kavramı ile ifade edilmek istenen, genel ahlaktır¹²¹⁹. Bir toplumda, belirli bir zaman diliminde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve kabulleri, o toplumun genel ahlakını meydana getirir¹²²⁰. Ahlaka aykırılık, çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bir sözleşmenin içerdiği edim, yani borçlunun üstlendiği davranış ahlaka aykırı olabilir¹²²¹. Örneğin, borçlunun kişisel özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandıran uzun süreli rekabet yasağı, aşırı bir ceza koşulu ya da zaman itibariyle çok uzun süreli veya süresiz edim yükümlülüklerini içeren sözleşmeler bakımından durum böyledir¹²²². Aşırılığı oluşturan, aslında tek başına taahhüde konu olan edim değil; taahhüt sonucunda ortaya çıkan somut durumda, borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüğünün kabul edilebilir olup olmamasıdır¹²²³. Çünkü hiç kimse, gelecekte özgürce hareket etme hakkını veya mesleki ya da ekonomik özgürlüğünü, aşırı derecede ihlal edecek malvarlığı değerini ifaya zorlanamaz¹²²⁴. Sonuç olarak, aşırı ekonomik taahhütler, borçlunun özgürce hareket etme hakkını veya mesleki ya da ekonomik özgürlüğünü genel ahlak duygularını zedeleyecek derecede sınırlandırıyor, TMK md.23 f.2 hükmü uygulama alanı bulur¹²²⁵. Çünkü TMK md.23 f.2 uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz¹²²⁶. İşte, götürü tazminat da bu açıdan ele alınmalıdır.

Tazminatın amacı, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi, zarar görenin

¹²¹⁸ Sirmen, Tüketici, s.127.

¹²¹⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.87; Eren, Genel Hükümler, s.323; Kocayusufpaşaoğlu, s.550.

¹²²⁰ Eren, Genel Hükümler, s.323; Kocayusufpaşaoğlu, s.550-551; Oğuzman/Öz, C.I, s.87. ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s.83 vd.

¹²²¹ Başpınar, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, ABD, S.1, 1999, s.19, 28; Eren, Genel Hükümler, s.325; Oğuzman/Öz, C.I, s.88; Kocayusufpaşaoğlu, s.554.

¹²²² Başpınar, Kelepçeleme, s.24, Eren, Genel Hükümler, s.325-326; Oğuzman/Öz, C.I, s.89. Ayrıca Bkz. Yargıtay 13. HD., T.16.1.1996, E.1996/10 K.1996/80 (Başalp, s.326,dn.521).

¹²²³ Ateş, s.253; Başpınar’a göre, günlük hayatta yapılan her hukuki işlem, az veya çok kişi özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir. Bu durum, ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından da geçerlidir. Ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması, hukuki işlemi, doğrudan ahlaka aykırı hale getirmez. Ancak bir kimsenin yapacağı sözleşmelerle ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğünü tümüyle yok etmesi mümkün olmadığı gibi, ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırması da mümkün değildir. Bkz. Kelepçeleme, s.18 vd.

¹²²⁴ Ateş, s.253. Bu noktada kınanan davranış, borçluyu, alacaklı karşısında hiçbir iradesi olmayan bir varlık getiren davranıştır. Böyle bir bağımlılık ise, genel ahlaka aykırıdır. Bkz. Başpınar, Kelepçeleme, s.23.

¹²²⁵ Ateş, s.254. Oğuzman/Öz’e göre, bu tür sözleşmelerin bazıları, kişilik hakkına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilir. Bkz. s.89. Hatemi’ye göre, böyle sözleşmelerde, TMK md.23 f.2 dolayısıyla, ahlaka aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılıktır. Nicelik bakımından belirli bir dereceye yükselen özgürlük kısıtlamaları, TMK md.23 f.2 uyarınca, hukuka aykırı sayılır. Bu dereceyi ise ahlak kuralları belirler. Bkz. Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s.224, dn.115.

¹²²⁶ Hatemi’ye göre, TMK md.23 f.2 hükmü, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir kuraldır. Bkz. s.47.

malvarlığı hangi durumda bulunacak idiye, o durumun yeniden kurulmasıdır¹²²⁷. Bu noktada, zarar ile tazminat arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Tazminat, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeli; zararın tamamını karşılamalıdır. Tazminat, zararın azamî miktarıyla sınırlı olmalıdır¹²²⁸. Götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde ise götürü tazminat miktarının, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin* ile sınırlı olduğu¹²²⁹; her tahminin doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırdığı, buna bağlı olarak her iki tarafın da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile karşılaştırılan götürü tazminat edimi arasındaki belirli bir orandaki farka katlanmak, hoşgörü göstermek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, götürü tazminat ediminin, gerçek zarardan çok yüksek olması nedeniyle aşırı götürü tazminat edimi niteliğinde olduğu hallerde, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi, alacaklı yararına bir durum teşkil eder¹²³⁰. Yani taraflar arasındaki eşitlik, alacaklı yararına bozulmuş olur. Ayrıca bu durum, tazminat hukuku bakımından geçerli olan zenginleşme yasağının

¹²²⁷ Tandoğan, Mesuliyet, s.252 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.762; Oğuzman/Öz, C.II, s.111.

¹²²⁸ "...Uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder." Yargıtay 4. HD., T.12.1.1982, E.1982/13394 K.1982/274 (YKD 1982, S.5, s.545 vd.); Tandoğan, Mesuliyet, s.430; Oğuzman/Öz, C.II, s.111; Eren, Genel Hükümler, s.724.

¹²²⁹ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): "*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...*". Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136; Stole, s.582; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz'e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, karşılaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : "*It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.*" (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuykill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

¹²³⁰ Oertli, N.81.

ihlali anlamına da gelir. İşte bu noktada, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması nedeniyle, borçlunun, zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK md.50 ve devamı hükümlerine başvuramaması, yani borçlunun bu hükümlere başvuru özgürlüğünün engellenmesi, ahlaka aykırılık teşkil eder¹²³¹. Bu durumda, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması, ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür¹²³² (TBK md.27). Buradaki kesin hükümsüzlük, kısmi kesin hükümsüzlüktür; bu hükümsüzlük kural olarak, tazminat miktarının ahlaka aykırı olan veya kişilik haklarını ihlal eden kısmına kadar söz konusudur; ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olabilecek olan miktar ortadan kaldırıldıktan sonra, yani o kısmın kesin hükümsüzlüğünün tespitinden sonra, götürü tazminat anlaşması geçerli olarak varlığını sürdürür¹²³³. OERTLI'ye göre, bu noktada hakim, TMK md.4 uyarınca, somut olayın koşullarını dikkate alarak, ahlaka aykırı kısmı belirler; böyle bir durumda verilecek olan hüküm, tespit niteliğindedir¹²³⁴. Buna karşılık, HATEMİ'ye göre, hakimin ahlaka aykırılığın varlığını tespit etmesi için somut olayın özelliklerine göre takdir yetkisini kullanması gerekiyorsa, yani sözleşmenin hangi ölçü ve şartlar içinde geçerli olduğunu hakim takdir edip belirliyorsa, bu hükmün tespit niteliğinde olmadığı; yenilik doğuran bir karar niteliğinde olduğu söylenebilir¹²³⁵. Yine HATEMİ'ye göre, ahlaka aykırılık nedeniyle bir edimin küçültülmesi gerekiyorsa, TMK md.1 f.2 uyarınca hakim, öncelikle kanunda uygulanabilir bir hüküm olup olmadığına bakmalıdır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa hukuk yaratma yoluna gitmelidir. Bu noktada, TMK md.2 uyarınca, dürüstlük kuralı dikkate alınmalıdır¹²³⁶.

Kanaatimizce, aşırı götürü tazminatın ahlaka aykırılık nedeniyle indirilmesine ilişkin verilecek hüküm, bir tespit niteliğinde olmayıp, yenilik doğuran niteliktedir. Çünkü bu durumda hakim, yalnızca aşırı götürü tazminatın ahlaka aykırılığını tespit ile yetinmez. Ayrıca, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasına müdahale ederek, kararlaştırılan götürü tazminat edimini indirir. Yani, bir anlamda taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasını değiştirir. Aşırı götürü tazminat ediminin ahlaka aykırı kısmının belirlenmesinde başvurulacak hüküm, TMK md.4 olmamalıdır. Çünkü TMK md.4 uyarınca, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz

¹²³¹ Benzer bir değerlendirme için Yargıtay 20. HD., T.28.3.2002, E.2002/1955 K.2002/2791 (Başalp, s.327, dn.524).

¹²³² Oertli, N.352; Fischer, Thomas, s.161 vd.; Bentele, s.51 (Oertli, N.352, dn.535); Erdem, Götürü Tazminat, s.103-104.

¹²³³ Erdem, Götürü Tazminat, s.103. Böyle bir sonuç, tarafların iradelerine, sözleşme özgürlüğüne daha uygun bir sonuçtur. Bkz. Hatemi, s.219-220; BAŞPINAR, Kelepçeleme, s.34.

¹²³⁴ Oertli, N.354.

¹²³⁵ Hatemi, s.224. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Tunçomağ, s.139 vd.; Kocağa, Cezai Şart, s.251 vd., özellikle s.254.

¹²³⁶ Hatemi, s.228.

önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Oysa götürü tazminat, kanun tarafından düzenlenmiş değildir. O halde, aşırı götürü tazminatın ahlaka aykırılık nedeniyle indirilmesine ilişkin olarak kanunda uygulanabilir bir hüküm olmadığından, TMK md.1 f.2 uyarınca, hakim, örfe ve adet hukukuna göre karar vermeli; bu da yoksa hukuk yaratma yoluna gitmelidir. Bu noktada, TMK md.2 uyarınca, dürüstlük kuralı dikkate alınmalıdır. Ayrıca benzer işlerde karşılaştırılan götürü tazminat edimlerine de bakılabilir¹²³⁷.

4.1.3.2.4 Götürü Tazminatın İmkansız Olması

İmkansızlık, başlangıçtaki imkansızlık¹²³⁸ ve sonraki imkansızlık¹²³⁹ olmak üzere ikiye ayrılır. Başlangıçtaki imkansızlık, TBK md.27 f.1 uyarınca, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur¹²⁴⁰ ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur. TBK md.27 f.1’de yer alan imkansızlık kavramı ile ifade edilmek istenen, sözleşmenin içeriğinin, yani içerdiği edimin veya edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olarak imkansız olmasıdır¹²⁴¹. İmkansızlık; tabii (mantiki), fiili ve hukuki sebeplerden kaynaklanabilir¹²⁴².

İmkansızlıktan bahsedebilmek için, edimin başlangıçtan itibaren imkansız olması gerekir. Başka bir deyişle, imkansızlık, en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olmalıdır¹²⁴³. İmkansızlık, sürekli olmalıdır¹²⁴⁴. Ayrıca, imkansızlık, borçlu da dahil olmak üzere herkes bakımından söz konusu olmalıdır. Yani imkansızlık, objektif nitelikte olmalıdır¹²⁴⁵.

Edim, borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemiyor ise objektif imkansızlık, yalnız borçlu tarafından ifa edilemiyor ise subjektif imkansızlık söz konusu olur¹²⁴⁶. İmkansızlık, edim sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine

¹²³⁷ Oertli, N.360.

¹²³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005; Dural, Mustafa: “İmkansızlık Kavramı ve Türleri”, *BATİDER*, C.VII, S.1, 1972, s.11-58; Eren, Genel Hükümler, s.327 vd.; Oğuzman/Öz, s.89 vd.; Kılıçoğlu, s.96 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.76; Kocayusufpaşaoğlu, s.578; NOMER, s.64.

¹²³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976; Gündoğdu, s.1036 vd., 1299 vd.; Oğuzman/Öz, s.388 vd., 558 vd.; Kılıçoğlu, s.643 vd., 820 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.246 vd.,306 vd.; NOMER, s.255 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.395 vd.

¹²⁴⁰ Eren, Genel Hükümler, s.327; Oğuzman/Öz, s.89; Kılıçoğlu, Ahmet, s.643; Hatemi/Gökyayla, s.260; Altunkaya, s.233; Aral, Kötü İfa, s.69 vd.; NOMER, s.64.

¹²⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s.327.

¹²⁴² Eren, Genel Hükümler, s.1037; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.904 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.396 vd.; Dural, s.8 vd.; Gündoğdu, s.87-88; Altunkaya, s.91 vd.; Oğuzman/Öz, 393-394.

¹²⁴³ Eren, Genel Hükümler, s.328; Oğuzman/Öz, C.I, s.90; Kocayusufpaşaoğlu, s.578; Altunkaya, s.160.

¹²⁴⁴ Altunkaya, s.162; Eren, Genel Hükümler, s.331.

¹²⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s.329; Oğuzman/Öz, C.I, s.91; Serozan, s.168; Altunkaya, s.158.

¹²⁴⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.91, 392; Hatemi/Gökyayla, s.247; Eren, Genel Hükümler, s.329, 1039; Tandoğan, s.396; Dural, Sonraki İmkansızlık, s.80; Aral, Kötü İfa, s.70,71; Gündoğdu, s.128; Altunkaya, s.111.

getirilmesinin sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur¹²⁴⁷. Çünkü subjektif imkansızlık, borçlunun güçsüzlüğünü ifade eder¹²⁴⁸. Borçlunun güçsüzlüğü ise borçlunun kendi ekonomik veya kişisel durumundan kaynaklanabilir¹²⁴⁹. Ekonomik güçsüzlük halinde imkansızlık, yalnızca borçlu bakımından söz konusu olup, başka kişiler bakımından böyle bir imkansızlık söz konusu değildir¹²⁵⁰. Bu nedenle, borçlunun ekonomik güçsüzlüğünün imkansızlık olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Çünkü ekonomik güçsüzlük, başka bir deyişle subjektif başlangıçtaki imkansızlık halinde, objektif imkansızlık söz konusu olmadığı için sözleşme geçerli olarak kurulur¹²⁵¹.

Asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, götürü tazminat olarak çoğu zaman bir miktar paranın alacaklıya ödenmesi kararlaştırılır¹²⁵². Götürü tazminat ediminin ifasının, başlangıçtan itibaren imkansız olması, borçlunun ekonomik güçsüzlüğü nedeniyle, asıl borcun ihlal edilmesi halinde muaccel hale gelen götürü tazminat edimini ifa edemeyecek durumda olmasından kaynaklanabilir. Ancak, ekonomik güçsüzlük halinde imkansızlık, yalnızca borçlu bakımından söz konusu olup, başka kişiler bakımından böyle bir imkansızlık söz konusu değildir¹²⁵³. O halde, objektif imkansızlık söz konusu olmadığı için, götürü tazminat anlaşması geçerli olarak kurulmuş olur. Götürü tazminat edimi olarak, çoğu zaman asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, bir miktar paranın alacaklıya ödenmesi kararlaştırıldığı ve borçlunun ekonomik güçsüzlüğü de imkansızlık olarak nitelendirilmediği için, götürü tazminat edimi bakımından başlangıçtaki imkansızlık, neredeyse hiç söz konusu olmaz¹²⁵⁴. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde muaccel hale gelen götürü tazminat edimini ifa edemeyen borçlu bakımından, borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur¹²⁵⁵.

¹²⁴⁷ Tandoğan, Mesuliyet, s.396; Oğuzman/Öz, s.392; Kılıçoğlu, s.644; Hatemi/Gökyayla, s.247; Eren, Genel Hükümler, s.1037; Altunkaya, s.106; Gündoğdu, s.88; Bu noktada borçlunun karşılaştırılacağı üçüncü kişilerin kimlerden oluşacağı hususuna ilişkin açıklamalar için bkz. Gündoğdu, s.129-130.

¹²⁴⁸ "Sözün özü, parasızlık imkansızlık yaratmaz." Serozan, s.168; Kılıçoğlu, Ahmet, s.644; Aral, Kötü İfa, s.71; Altunkaya, s.116. Bazı yazarlara göre borçludan kaynaklanan sebepler dolayısıyla borcun ifa edilmemesi halinde imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü subjektif imkansızlık, gerçek anlamda bir imkansızlık değildir: bu durumda temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Gündoğdu, s.131-132; Altunkaya, s.118; Dural, Sonraki İmkansızlık, s.89.

¹²⁴⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1037; Tandoğan, s.396; Kılıçoğlu, s.644; Altunkaya, s.116; Aral, Kötü İfa, s.71, dn.18.

¹²⁵⁰ Altunkaya, s.111, 158; Oğuzman/Öz, C.I, s.91, 392; Hatemi/Gökyayla, s.247; Eren, Genel Hükümler, s.329 vd., 1039; Tandoğan, s.396; Dural, Sonraki İmkansızlık, s.80; Aral, Kötü İfa, s.70,71; Gündoğdu, s.128; Serozan, s.168.

¹²⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s.330; Altunkaya, s.159; Oğuzman/Öz, C.I, s.91.

¹²⁵² Oertli, N.118.

¹²⁵³ Altunkaya, s.111, 158; Oğuzman/Öz, C.I, s.91, 392; Hatemi/Gökyayla, s.247; Eren, Genel Hükümler, s.329 vd., 1039; Tandoğan, s.396; Dural, Sonraki İmkansızlık, s.80; Aral, Kötü İfa, s.70,71; Gündoğdu, s.128; Serozan, s.168.

¹²⁵⁴ Oertli, N.298.

¹²⁵⁵ Oertli, N.298.

4.1.3.3 Götürü Tazminatın İptal Edilebilirliği

4.1.3.3.1 Genel Olarak

Bazı hallerde, hukuk düzeni tarafından, hukuki işlemin taraflarından birine, işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırma imkanının tanındığı¹²⁵⁶; bu gibi hallerde, *iptal edilebilirlik* yaptırımının söz konusu olduğu¹²⁵⁷; iptal edilebilir bir hukuki işlemin, başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu; ancak iptal hakkı sahibinin, iptal hakkını kullanarak böyle bir hukuki işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracığı¹²⁵⁸; bu noktada işlemin bozucu şarta bağlı olarak geçerli olduğu¹²⁵⁹, yokluğun ve kesin hükümsüzlüğün aksine iptal edilebilirliğin söz konusu olduğu hallerde, geçersizliğin kendiliğinden ortaya çıkmadığı; iptal hakkının, hak sahibi tarafından kullanılması gerektiği¹²⁶⁰; iptal hakkının tek taraflı irade beyanı ile ya da dava yoluyla kullanılabilmesi¹²⁶¹; iptal hakkının, kanunda öngörülen süreler içinde kullanılması gerektiği¹²⁶²; bu sürelerin nitelik itibarıyla hak düşürücü süreler olduğu¹²⁶³; başlıca iptal edilebilirlik hallerinin, aşırı yararlanma ve irade bozuklukları (yanılma, aldatma ve korkutma) olduğu yukarıda belirtilmişti. İptal edilebilirlik, götürü tazminatın bağlı bulunduğu asıl borçtan bağımsız olarak götürü tazminat anlaşmaları bakımından da söz konusu olabilir. Aşağıda, götürü tazminat anlaşmaları bakımından iptal edilebilirlik halleri incelenmiştir.

4.1.3.3.2 İrade Bozuklukları

4.1.3.3.2.1 Yanılma

TBK md.30 uyarınca, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz. Yanılma, iki şekilde ortaya çıkar. Birincisinde, beyan sahibi, istemeden, farkında olmadan muhataba gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunur¹²⁶⁴. Buna, beyan yanılması (açıklamada yanılma) denir. İkincisinde ise, beyan sahibinin iradesi ile beyanı birbiriyle uyusmakla beraber, beyan sahibinin iradesi gerçeğe uygun değildir. Başka bir deyişle, kişiyi hukuki işlem yapmaya sevk eden düşünce ve tasavvurlar yanlışır¹²⁶⁵. Buna da, saik yanılması denir. TBK md.30 uyarınca, her yanılma, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

¹²⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.211; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹²⁵⁷ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.211; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹²⁵⁸ Eren, Genel Hükümler, s.343. Bu konu ile ilgili farklı görüşler söz konusudur. Bkz. Oğuzman/Öz, C.I, s.180-181; Kocayusufpaşaoğlu, s.586 vd.; Dural/Sarı, s.211 vd.

¹²⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s.343; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹²⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s.343; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Dural/Sarı, s.211; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹²⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s.343; Dural/Sarı, s.212; Oğuzman/Öz, C.I, s.180; Kocayusufpaşaoğlu, s.586.

¹²⁶² Dural/Sarı, s.211; Eren, Genel Hükümler, s.343; Oğuzman/Öz, C.I, s.180, 181.

¹²⁶³ Eren, Genel Hükümler, s.343; Oğuzman/Öz, C.I, s.181.

¹²⁶⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s.94; Eren, Genel Hükümler, s.381; Kocayusufpaşaoğlu, s.394; Hatemi/Gökyayla, s.87.

¹²⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s.394-395; Eren, Genel Hükümler, s.379; Oğuzman/Öz, C.I, s.101; Hatemi/Gökyayla, s.92.

Yalnızca esaslı yanılma sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkilidir¹²⁶⁶. Türk Borçlar Kanunu tarafından, kural olarak beyan yanılması, esaslı yanılma olarak kabul edilmiştir¹²⁶⁷. Çünkü TBK md.32 c.1 uyarınca, saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Buna karşılık, hakkaniyet ve adalet duyguları dikkate alınarak istisnai hallerde, saik yanılması da esaslı yanılma olarak kabul edilmiştir. Bu husus, TBK md.32'nin devamında açıkça belirtilmiştir. Buna göre, yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde, yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir. Buna, temel yanılması veya nitelikli saik yanılması da denmektedir. Sonuç olarak, beyan yanılmaları kural olarak, saik yanılmaları ise istisnai olarak esaslı yanılmadır¹²⁶⁸. TBK md.31 f.1'de beş bent halinde, esaslı beyan yanılması teşkil eden haller sayılmıştır. Bu sayma, sınırlayıcı nitelikte olmayıp, sadece örnek niteliğindedir¹²⁶⁹.

TBK md.39 f.1 uyarınca, yanılma sebebiyle sözleşme yapan taraf, yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin iptalinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, karşı taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyor ise tazminat istenemez (TBK md.35 f.1). Ayrıca, hakim, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir (TBK md.35 f.2). Son olarak, yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez (TBK md.34 f.1). Özellikle karşı tarafın, sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi halinde, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır (TBK md.34 f.2).

Götürü tazminat bakımından beyan yanılması elbette mümkündür. Örneğin, satıcı A'nın götürü tazminat anlaşmasını, müşterisi B'ye göndermek isterken, müşterisi C'ye göndermesi halinde, beyan yanılması söz konusu olur (TBK md.31 f.1 b.4). Götürü tazminat bakımından asıl önemli olan husus ise, götürü tazminata temel yanılmasına ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Gerçekten asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat arasında fark olması halinde, tarafların temel yanılmasına ilişkin hükümlere başvurup başvuramayacağı belirsizdir. Bu belirsizlik, gelecekteki olaylar

¹²⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s.378; Oğuzman/Öz, C.I, s.94; Kocayusufpaşaoğlu, s.395; Hatemi/Gökyayla, s.90, 94. Yanılma hakkında detaylı bilgi için bkz.Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968; Edis, Seyfullah: Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973; Özsunar, Erdal: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara 2005; ÖZKAYA, Eraslan: Yanılma, Aldatma, Korkutma Davaları, Ankara 2014; OLGAÇ, Senai: Hukuk Davalarında Gabin-Hata-Hile-İkrah (İzahlar-İçtihatlar), Ankara 1975.

¹²⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s.396; Eren, Genel Hükümler, s.379; Oğuzman/Öz, C.I, s.94.

¹²⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.396; Eren, Genel Hükümler, s.383.

¹²⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s.382; Oğuzman/Öz, C.I, s.94; Kocayusufpaşaoğlu, s.396; Hatemi/Gökyayla, s.90.

bakımından temel yanılmasının söz konusu olup olmayacağı hususunun doktrinde tartışmalı olmasından kaynaklanmaktadır¹²⁷⁰.

Temel yanılması, niteliği itibariyle beyan yanılması olmayıp, saik yanılmasıdır. Ancak, bu yanılma bazı ek unsurlarla birleşerek, nitelikli saik yanılması halini almış ve böylece esaslı yanılma niteliğini kazanmıştır. Yani temel yanılması, esaslı sayılan bir saik yanılmasıdır¹²⁷¹. Temel yanılmasında, işlem iradesi ile beyan arasında bir uygunsuzluk söz konusu değildir; beyan, iradeye uygundur ancak, irade henüz oluşum aşamasında iken sakatlanmıştır. Bu nedenle, temel yanılması, her şeyden önce bir saik yanılması olarak kabul edilmektedir¹²⁷². Temel yanılmasının esaslı yanılma olarak kabul edilmesinin nedeni, hakkaniyet düşüncesidir¹²⁷³.

TBK uyarınca, bir saik yanılmasının esaslı yanılma, yani temel yanılması sayılabilmesi için, öncelikle taraflardan birinin işlem iradesini dayandırdığı belirli bir olay hakkındaki tasavvuru ile gerçek durum arasında bir uyumsuzluk olmalıdır. Başka bir deyişle, işlem iradesi yanlış bir tasavvur sonucu bozuk bir şekilde oluşmalıdır¹²⁷⁴. Ayrıca yanılan, yanıldığı hususu, sözleşmenin temeli saymış olmalıdır¹²⁷⁵. Yanılanın yanıldığı husus, yani belirli bir durum veya olay hakkındaki yanlış tasavvur, yalnızca yanılan taraf yönünden değil, aynı zamanda iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına göre, makul kişiler bakımından da sözleşmenin temeli sayılmalıdır¹²⁷⁶. Son olarak, yanılanın yanılmış olduğu hususu yani saiki sözleşmenin temeli sayması, karşı tarafça da bilenebilir olmalıdır¹²⁷⁷.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat arasında bir fark olması halinde, tarafların temel yanılmasına ilişkin hükümlere başvurup başvuramayacağı hususunun belirsiz olduğunu; bu belirsizliğin, gelecekteki olaylar bakımından temel yanılmasının söz konusu olup olmayacağı hususunun doktrinde tartışmalı olmasından kaynaklandığını yukarıda belirtmiştik. Gerçekten de doktrinde, temel yanılmasının, geçmişteki olaylara ilişkin olabileceği gibi, şimdiki olaylara ilişkin de olabileceği ileri sürülmektedir; buna karşılık, gelecekteki olayların temel yanılmasına konu olup olmayacağı tartışmalıdır¹²⁷⁸. Bir görüşe göre, gelecekteki olaylar veya gelişmeler yalnız bir şartın veya garanti taahhüdünün konusu olabilir; bunlarda yanılma söz konusu olmaz¹²⁷⁹.

¹²⁷⁰ Oertli, N.316.

¹²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, s.401; Eren, Genel Hükümler, s.386; Oğuzman/Öz, C.I, s.101 vd.; Hatemi/Gökyayla, s.92.

¹²⁷² Oğuzman/Öz, C.I, s.102; Eren, Genel Hükümler, s.386; Kocayusufpaşaoğlu, s.401.

¹²⁷³ Eren, Genel Hükümler, s.386.

¹²⁷⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s.102; Eren, Genel Hükümler, s.388; Kocayusufpaşaoğlu, s.402 vd.

¹²⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.388; Kocayusufpaşaoğlu, s.403; Hatemi/Gökyayla, s.93; Oğuzman/Öz, C.I, s.105.

¹²⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, s.389; Kocayusufpaşaoğlu, s.406; Oğuzman/Öz, C.I, s.106; Hatemi/Gökyayla, s.93.

¹²⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s.405; Oğuzman/Öz, C.I, s.105; Hatemi/Gökyayla, s.93; Eren, Genel Hükümler, s.389.

¹²⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s.391; Oğuzman/Öz, C.I, s.104; Kocayusufpaşaoğlu, s.403.

¹²⁷⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.104; Kocayusufpaşaoğlu, s.403; Eren, Genel Hükümler, s.391.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de gelecekteki durum hakkında kesin bir bilgi değil, ancak bir tahmin söz konusu olur; yanılma ise ancak bilinebilen durumlar hakkında olabilir¹²⁸⁰. Buna karşılık, bir diğer görüşe göre, gelecekteki olaylar önceden öngörülebilir olaylar ise, temel yanılmasının konusunu oluşturabilir¹²⁸¹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde kararları mevcuttur¹²⁸².

Götürü tazminat, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının uğrayacağı zararın giderilmesine yöneliktir¹²⁸³. Bu nedenle, götürü tazminat ediminin miktarının belirlenmesinde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınır¹²⁸⁴. Başka bir deyişle, taraflar bir götürü tazminat edimini kararlaştırırken, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar meydana gelmeden önce (ex ante), *tahmini* olarak belirlerler; taraflar, aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler¹²⁸⁵ ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹²⁸⁶. Tahmin, “*yaklaşık olarak değerlendirme, oranlama; akla, sezgiye veya bazı verilere dayanarak olabilecek bir şeyi, bir olayı önceden kestirme, kestirim; önceden kestirilen, düşünülen şey olarak*” tanımlanmaktadır¹²⁸⁷. Her tahmin, doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırır ve bir tahmin, tamamen isabetli olamaz¹²⁸⁸. O halde, her iki taraf da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat miktarı arasında söz konusu olabilecek belirli bir orandaki farka katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. Kaldı ki, bir götürü tazminat edimi kararlaştırılması, birtakım riskleri de beraberinde getirmektedir¹²⁸⁹. O halde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, *makul bir zarar tahmini*¹²⁹⁰ olarak kabul edilebilmesi durumunda, bu edim, *geçerli bir götürü tazminat edimi* olarak değerlendirilmelidir. Kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, makul bir zarar tahmini olup

¹²⁸⁰ BGE 59 II 374; 66 II 312; 91 II 280; 107 II 150 (Eren, Genel Hükümler, s.391, dn.54).

¹²⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s.391.

¹²⁸² BGE 41 II 365 vd.; 79 II 275; 95 II 409 (Eren, Genel Hükümler, s.391, dn.56)

¹²⁸³ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

¹²⁸⁴ Oertli, N.119; Kapancı, s.665.

¹²⁸⁵ Kapancı, s.665.

¹²⁸⁶ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

¹²⁸⁷ Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 13 Şubat 2015 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54ddbc2a407178.18629531 adresinden erişilmiştir.

¹²⁸⁸ Benjamin, s.603; Oertli, N.318. Ayrıca bkz. Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828).

¹²⁸⁹ Oertli, N.318.

¹²⁹⁰ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor and Motor Co Ltd [1915] AC 79: “*The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of loss.*” (Eggleston, s.53); “*...reasonable forecast...*” (Goetz/Scott, s.559); “*...reasonable estimate formulation...*” (Goetz/Scott, s.576).

olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana göre belirlenir¹²⁹¹. O halde, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı an itibariyle, makul bir zarar tahmini olarak kabul edilebilen bir götürü tazminat bakımından, *kararlaştırılan bu götürü tazminat edimi asıl borcun ihlal edilmesiyle meydana gelen gerçek zarardan farklı olsa bile*, temel hatası hükümlerine başvurulamaz¹²⁹². Çünkü geçerli bir götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın, kararlaştırılan götürü tazminat kadar olduğu varsayılır¹²⁹³. Buna karşılık, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı an itibariyle, makul bir zarar tahmini olarak *kabul edilemeyen* bir götürü tazminat bakımından, temel hatası hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir¹²⁹⁴.

4.1.3.3.2.2 Aldatma

İrade bozukluğuna neden olan bir diğer hal ise aldatmadır. Aldatma halinde, bir kişi, diğerinin bir irade beyanında bulunması için, sözleri ve davranışlarıyla kasten onda yanlış bir kanaat uyandırmakta veya mevcut yanlış bir kanaati güçlendirerek devamını sağlamaktadır¹²⁹⁵. Bu bakımdan aldatma, bir kişinin kasten saik hatasına düşürülmesi olarak

¹²⁹¹ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) § 356 cmt. b: “Furthermore, the amount fixed is reasonable to the extent that it approximates the loss anticipated at the time of the making of the contract, even though it may not approximate the actual loss”. “...enforcement of damages clauses is likely to be efficient when damages are reasonable ex ante but unreasonable ex post.” (Rea, s.167); Oertli, N.316; McCormick, s.113; Sweet, s.131, 143; Talley, s.1200. Ayrıca bkz. Banta v. Stamford Motor Co., 89 Conn. 51, 92 Atl. 665, 667 (1914); Smith v. Brokaw, 174 Ark. 609, 297 S. W. 1031 (1927); Politzner Bros. v. Vanetch, 101 Conn. 265, 125 Atl. 630 (1924); Bailey v. Manufacturers’ Lumber Co., 224 Fed. 806 (S. D. N. Y. 1915) (McCormick, s.113, dn.35); McCarthy v. Tally, 46 Cal. 2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Goetz/Scott, s.559, dn.21); Better Foods Mkts. v. American Dist. Tel. Co., 40 Cal. 2d 179, 185, 253 P.2d 10, 14 (1953) (Goetz/Scott, s.559, dn.21). Götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülebilir olmayan ancak götürü tazminat anlaşmasının yapılmasından sonra, fakat asıl borcun ihlalden önce öngörülebilir olan zarar kalemlerinin söz konusu olması halinde de, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, makul bir zarar tahmini olup olmadığına ilişkin değerlendirme bakımından yine götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı anın esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Nelson v. Richardson, 299 S. W. 304 (Tex. Civ. App. 1927); Barnette v. Sayers, 289 Fed. 567 (App. D. C. 1923) (McCormick, s.114, dn.37).

¹²⁹² BGE 130 III 49 vd. (Oertli, N.316, dn.475); “...enforcement of damages clauses is likely to be efficient when damages are reasonable ex ante but unreasonable ex post.” (Rea, s.167).

¹²⁹³ Benjamin, s.603; Oertli, N.51, 93; McCormick, s.117; Brightman, s.277. Ayrıca bkz. Posner v. Rosenberg, 149 App. Div. 272, 133 N. Y. Supp. 704 (2d Dept. 1912) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669); Stone Co. v. United States, 234 U. S. 270, 34 Sup. Ct. 865 (1914) (The Yale Law Journal, Vol.37, No.5, 1928, p.669).

¹²⁹⁴ Oertli, N.318; Sweet, s.89; Stole, s.583. Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Wise v. United States, 249 U.S. 361, 365 (1918): “The amount stipulated for is not so extravagant, or disproportionate to the amount of property loss, as to shown that compensation was not the object aimed at or as to imply fraud, mistake, circumvention or oppression.” (Rea, s.160, dn.44; Goetz/Scott, s.560, dn.27); Clydebank Engineering Co. v. Castaneda, A.C. 6 (1905) (The Virginia Law Register, Vol.18, No.5, 1912, pp.387-388); Sun Printing and Publishing Association v. Moore, (1902) 183 U. S. 642, 22 Sup. Ct. 240 (Goetz/Scott, s.560, dn.27); United States v. Bethelhem SteelCo., 205 U.S. 105, 119 (1907) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Gruschus v. C. R. Davis Contracting Co., 75 N. M. 649, 655, 409 P.2d 500, 504 (1965) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Thompson v. St. Charles County, 227 Mo. 220, 235-41, 126 S. W. 1044, 1049-50 (1910) (Goetz/Scott, s.560, dn.27). Ayrıca bkz. KRONMAN, Anthony T.: Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud. 1 (1978) (Rea, s.161, dn.48).

¹²⁹⁵ Oğuzman/Öz, C.I, s.111; Kocayusufoğlu, s.452; Eren, Genel Hükümler, s.397. Aldatma hakkında detaylı bilgi için bkz. Yıldırım, Mustafa Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile,

nitelendirilebilir¹²⁹⁶. Aldatma sonucu düşülen hata esaslı ise, aldatılan, hata (yanılma) hükümlerine başvurabileceği gibi, aldatma hükümlerine de başvurabilir. Ancak hata (yanılma) hükümlerine başvurarak sözleşmeyi iptal edebilmek için, sözleşme kurulurken düşülen hatanın esaslı olması gerekirken; aldatma hükümlerine başvurarak sözleşmeyi iptal edebilmek için aldatılan tarafın, aldatma sonucu düştüğü hatanın esaslı olması gerekmez¹²⁹⁷. Çünkü TBK md.36 f.1 uyarınca, taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Aldatmanın söz konusu olabilmesi için, bazı unsurların bir arada bulunması gerekir. Bunlar; aldatma fiili, aldatma kastı ve illiyet bağıdır. Aldatmadan bahsedebilmek için, öncelikle bir aldatma fiilinin olması gerekir. Aldatmada, ya gerçekte var olmayan olgular varmış gibi gösterilir ya da gerçek bazı olgular gizlenir¹²⁹⁸. Ayrıca, aldatan, bunu bilerek ve isteyerek yani kasten yapmalıdır¹²⁹⁹. Son olarak, aldatılan, gerçeği bilseydi hiç yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmış olmalıdır¹³⁰⁰. Yani aldatmadan bahsedebilmek için aldatanın, gerçekte var olmayan olguları varmış gibi göstermesi ya da gerçek bazı olguları gizlemesi yeterli olmayıp aldatılanın, aldatma sonucunda bir sözleşme yapmış olması gerekir¹³⁰¹.

Aldatan, aldatma sonucu kurulan sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. TBK md.36 f.2 uyarınca, üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada *karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde* sözleşmeyle bağlı değildir.

TBK md.39 f.1 uyarınca, aldatılan, aldatmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Ayrıca, aldatma nedeniyle bir zarara uğramışsa, bunun tazminini de talep edebilir. Çünkü aldatma fiili, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil olduğu için, niteliği itibarıyla bir haksız fiildir¹³⁰². Hatta aldatılan, sözleşmeye açık veya örtülü bir biçimde icazet verse veya aldatmayı öğrendiği halde bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanmasa dahi, aldatma nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir¹³⁰³.

Ankara 2002; KÜRŞAT, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003; ÖZKAYA, Eraslan: Yanılma, Aldatma, Korkutma Davaları, Ankara 2014; OLGAC, Senai: Hukuk Davalarında Gabin-Hata-Hile-İkrah (İzahlar-İçtihatlar), Ankara 1975.

¹²⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s.452-453; Eren, Genel Hükümler, s.397; Oğuzman/Öz, C.I, s.111.

¹²⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.397; Oğuzman/Öz, C.I, s.111; Kocayusufpaşaoğlu, s.453.

¹²⁹⁸ Eren, Genel Hükümler, s.397-398; Kocayusufpaşaoğlu, s.453; Oğuzman/Öz, C.I, s.112.

¹²⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s.112-113; Kocayusufpaşaoğlu, s.454.

¹³⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s.460; Eren, Genel Hükümler, s.399; Oğuzman/Öz, C.I, s.112.

¹³⁰¹ Oğuzman/Öz, C.I, s.113; Eren, Genel Hükümler, s.399-400; Kocayusufpaşaoğlu, s.460.

¹³⁰² Kocayusufpaşaoğlu, s.469; Eren, Genel Hükümler, s.401.

¹³⁰³ Eren, Genel Hükümler, s.401-402; Oğuzman/Öz, C.I, s.115. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, sözleşmeye açık veya örtülü bir biçimde özellikle bir yıllık iptal süresini susarak geçirmek suretiyle izacet veren aldatılanın tazminat talebi düşer. Yalnızca aldatılan, sözleşmeyi iptal etmesi halinde aleyhine doğabilecek sakıncalı sonuçları engellemek için bu yolu tercih etmişse, bu durumda tazminat talebi saklıdır. Bkz. s.470.

Çünkü TBK md.39 f.2 uyarınca, aldatmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.

Götürü tazminat bakımından aldatma, makul bir zarar tahmini olmamasına rağmen, götürü tazminat ediminin, kasten makul bir zarar tahmini olarak gösterildiği hallerde söz konusu olur¹³⁰⁴. Örneğin, asıl borcun ihlali halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zarara ilişkin kasten yanıltıcı bir istatistik gösterilebilir. Bu durumda, aldatılan taraf, aldatma sonucu yapmış olduğu götürü tazminat anlaşmasını, aldatma hükümlerine başvurarak iptal edebilir¹³⁰⁵.

Aldatılan taraf, götürü tazminat ediminin alacaklısı ise, TBK md.39 f.1 uyarınca aldatmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde götürü tazminat anlaşmasını iptal edebilir¹³⁰⁶. Bu durumda, zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi bakımından, TBK md.50 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur. Aldatılan taraf, götürü tazminat ediminin borçlusudur ise, o da TBK md.39 f.1 uyarınca aldatmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde götürü tazminat anlaşmasını iptal edebilir veya ödemiş olduğu götürü tazminat ediminin zararı aşan kısmının kendisine iadesini isteyebilir¹³⁰⁷. Ayrıca, aldatılan taraf, götürü tazminat ediminin borçlusudur ise, bir yıllık hak düşürücü süre geçse dahi, *her zaman* bu borcu ifadan kaçınabilir¹³⁰⁸. Şöyle ki TBK md.72 f.2, aldatma ve korkutma halinde, bunlar aynı zamanda haksız fiil oldukları için, aldatma veya korkutma nedeniyle iradesi bozulan tarafa, karşı tarafın açacağı ifa davasına karşı bir def'i hakkı tanımıştır¹³⁰⁹. TBK md.72 f.2 uyarınca, söz konusu def'i hakkının kullanılabilmesi için, aldatma veya korkutma nedeniyle iradesi bozulan taraf, öncelikle kendi edimini yerine getirmemiş olmalı¹³¹⁰; sonra da karşı taraf edimin ifasını talep ve dava etmiş olmalıdır¹³¹¹.

¹³⁰⁴ Oertli, N.323; Stole, s.583; Goetz/Scott, s.560. Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Wise v. United States, 249 U.S. 361, 365 (1918): “*The amount stipulated for is not so extravagant, or disproportionate to the amount of property loss, as to show that compensation was not the object aimed at or as to imply fraud, mistake, circumvention or oppression.*” (Rea, s.560, dn.44; Goetz/Scott, s.560, dn.27); Sun Printing and Publishing Association v. Moore, (1902) 183 U. S. 642, 22 Sup. Ct. 240 (Goetz/Scott, s.560, dn.27); United States v. Bethlehem Steel Co., 205 U.S. 105, 119 (1907) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Gruschus v. C. R. Davis Contracting Co., 75 N. M. 649, 655, 409 P.2d 500, 504 (1965) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Thompson v. St. Charles County, 227 Mo. 220, 235-41, 126 S. W. 1044, 1049-50 (1910) (Goetz/Scott, s.560, dn.27).

¹³⁰⁵ Oertli, N.323.

¹³⁰⁶ Oertli, N.324.

¹³⁰⁷ Oertli, N.325.

¹³⁰⁸ Oertli, N.325.

¹³⁰⁹ Eren, Genel Hükümler, s.416; Oğuzman/Öz, C.II, s.78; Hatemi/Gökyayla, s.185 vd.

¹³¹⁰ BGE 40 II 40 (Oertli, N.325, dn.488); 61 II 228 (Oertli, N.325, dn.488); 84 II 621 (Oertli, N.325, dn.488); 106 II 346 (Oertli, N.325, dn.488) ; 127 II 83 (Oertli, N.325, dn.488). Ayrıca bu hususa ilişkin çeşitli ihtimaller için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.185-186.

¹³¹¹ Oğuzman/Öz, C.II, s.78; Eren, Genel Hükümler, s.416; Hatemi/Gökyayla, s.186.

4.1.3.3.2.3 Korkutma

TBK md.37 f.1 uyarınca, taraflardan biri, diğersinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, o sözleşmeyle bağlı değildir¹³¹². TBK md.38 f.1 uyarınca, korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır veya yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır. Ayrıca TBK md.38 f.2 uyarınca, bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidi ile bir sözleşmenin yapılması sağlanmış ise (örneğin, sözleşmeyi imzalamadığınız takdirde dava açarım veya icra takibine başlarım gibi), böyle bir tehdidin korkutma sayılabilmesi için korkutulanın zor durumundan yararlanılarak, aşırı bir menfaat sağlanmış olması gerekir¹³¹³. Korkutma sonucunda, korkutulan taraf, normal şartlar altında yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmak zorunda kalır¹³¹⁴.

TBK md.39 f.1 uyarınca, korkutulan, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir. Ayrıca, korkutma nedeniyle bir zarara uğramışsa, bunun tazminini de talep edebilir¹³¹⁵. Çünkü korkutma fiili, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil olduğu için, niteliği itibariyle bir haksız fiildir¹³¹⁶. Hatta korkutulan, sözleşmeye açık veya örtülü bir biçimde icazet verse veya korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanmasa dahi, korkutma nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir¹³¹⁷. Çünkü TBK md.39 f.2 uyarınca, korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.

Korkutan, korkutma sonucu kurulan sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir (TBK md.37 f.1). Aldatmadan farklı olarak, karşı tarafın korkutması ile üçüncü kişinin korkutması arasında bir fark yoktur¹³¹⁸. Ancak, üçüncü kişinin korkutması sonucunda bir sözleşmenin kurulmuş olması halinde, sözleşmenin karşı tarafı iyi niyetli ise, yani korkutmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, korkutulan taraf da korkutma sebebiyle sözleşmeyi iptal etmişse ve sözleşmenin karşı tarafı da bu iptal nedeniyle bir zarara uğramış ise, hakkaniyet gerektiriyorsa, korkutulan, karşı tarafa tazminat ödemek zorundadır (TBK md.37 f.2).

¹³¹² Korkutma hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZKAYA, Eraslan: Yanılma, Aldatma, Korkutma Davaları, Ankara 2014; OLGAC, Senai: Hukuk Davalarında Gabin-Hata-Hile-İkrah (İzahlar-İçtihatlar), Ankara 1975.

¹³¹³ Kocayusufpaşaoğlu, s.475; Eren, Genel Hükümler, s.405-406; Oğuzman/Öz, C.I, s.117.

¹³¹⁴ Oğuzman/Öz, C.I, s.117-118; Kocayusufpaşaoğlu, s.476; Eren, Genel Hükümler, s.402.

¹³¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s.406; Oğuzman/Öz, C.I, s.118; Kocayusufpaşaoğlu, s.478.

¹³¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s.478; Eren, Genel Hükümler, s.407.

¹³¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.401-402; Oğuzman/Öz, C.I, s.118.

¹³¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.477; Eren, Genel Hükümler, s.402; Oğuzman/Öz, C.I, s.116.

Götürü tazminat anlaşması, korkutma sonucu yapılmış olabilir¹³¹⁹. Gerçekten, korkutulan kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik veya malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesi söz konusu olabilir (TBK md.38 f.1). Örneğin, asıl borcun borçlusu, sorumsuzluk anlaşması niteliğindeki bir götürü tazminat anlaşmasını, alacaklıya silah çekerek imzalatabilir. Böyle bir durumda, götürü tazminat anlaşmasının korkutma sonucu yapıldığı konusunda herhangi bir duraksama söz konusu değildir. Ayrıca alacaklı, borçluyu, asıl borcun ihlal edilmesi halinde aynen ifa davası açmakla ve cebri icraya başvurmakla tehdit ederek götürü tazminat anlaşması yapmaya zorlayabilir. Ancak, böyle bir tehdidin korkutma sayılabilmesi için, korkutulan borçlunun zor durumundan yararlanılarak, götürü tazminat anlaşması ile aşırı bir menfaat sağlanmış olması gerekir (TBK md.38 f.2). İşte bu gibi hallerde, korkutulan taraf, korkutma sonucu yapmış olduğu götürü tazminat anlaşmasını, korkutma hükümlerine başvurarak iptal edebilir.

Korkutulan taraf, götürü tazminat ediminin alacaklısı ise, TBK md.39 f.1 uyarınca, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde götürü tazminat anlaşmasını iptal edebilir. Bu durumda, TBK md.50 ve devamı hükümleri uyarınca zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi söz konusu olur. Korkutulan taraf, götürü tazminat ediminin borçlusu ise, o da TBK md.39 f.1 uyarınca korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde götürü tazminat anlaşmasını iptal edebilir veya ödemiş olduğu götürü tazminatın zararı aşan kısmının kendisine iadesini isteyebilir. Ayrıca, korkutulan taraf, götürü tazminat ediminin borçlusu ise, bu bir yıllık hak düşürücü süre geçse dahi *her zaman* bu borcu ifadan kaçınabilir. Şöyle ki, TBK md.72 f.2, aldatma ve korkutma halinde, bunlar aynı zamanda haksız fiil oldukları için, aldatma veya korkutma nedeniyle iradesi bozulan tarafa, karşı tarafın açacağı ifa davasına karşı bir def'i hakkı tanımıştır¹³²⁰. TBK md.72 f.2 uyarınca, söz konusu def'i hakkının kullanılabilmesi için aldatma veya korkutma nedeniyle iradesi bozulan taraf, öncelikle kendi edimini yerine getirmemiş olmalı¹³²¹; sonra da karşı taraf edimin ifasını talep ve dava etmiş olmalıdır¹³²².

¹³¹⁹ Wise v. United States, 249 U.S. 361, 365 (1918): “The amount stipulated for is not so extravagant, or disproportionate to the amount of property loss, as to shown that compensation was not the object aimed at or as to imply fraud, mistake, circumvention or oppression.” (Rea, s.160, dn.44; Goetz/Scott, s.560, dn.27); Sun Printing and Publishing Association v. Moore, (1902) 183 U. S. 642, 22 Sup. Ct. 240 (Goetz/Scott, s.560, dn.27); United States v. Bethlehem Steel Co., 205 U.S. 105, 119 (1907) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Gruschus v. C. R. Davis Contracting Co., 75 N. M. 649, 655, 409 P.2d 500, 504 (1965) (Goetz/Scott, s.560, dn.27); Thompson v. St. Charles County, 227 Mo. 220, 235-41, 126 S. W. 1044, 1049-50 (1910) (Goetz/Scott, s.560, dn.27).

¹³²⁰ Eren, Genel Hükümler, s.416; Oğuzman/Öz, C.II, s.78; Hatemi/Gökyayla, s.185 vd.

¹³²¹ BGE 40 II 40 (Oertli, N.325, dn.488); 61 II 228 (Oertli, N.325, dn.488); 84 II 621 (Oertli, N.325, dn.488); 106 II 346 (Oertli, N.325, dn.488) ; 127 II 83 (Oertli, N.325, dn.488). Ayrıca bu hususa ilişkin çeşitli ihtimaller için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.185-186.

¹³²² Oğuzman/Öz, C.II, s.78; Eren, Genel Hükümler, s.416; Hatemi/Gökyayla, s.186.

4.1.3.3.3 Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma (gabin) ¹³²³, TBK md.28'de düzenlenmektedir. TBK md.28 f.1 uyarınca, bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. TBK md.28 f.2 uyarınca, zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, borçlandıkları edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunabilir; taraflardan birinin borçlandığı edim, diğerinin ediminden açık bir şekilde fazla veya az olabilir. Ancak, edimler arasında mevcut olan her açık oransızlık, TBK md.28 anlamında aşırı yararlanmayı meydana getirmez. Çünkü sözleşme özgürlüğü gereğince taraflar, edim ve karşı edim arasındaki denge ve oranı diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak, taraflardan biri, karşı tarafın içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak, onu sömürmek isteyebilir. İşte, TBK md.28 anlamında aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için, edim ve karşı edim arasında açık oransızlık, taraflardan birinin, diğer tarafın zayıf durumunu (zor durumda kalma, düşüncesizlik veya deneyimsizlik) istismar etmesi sonucunda meydana gelmelidir¹³²⁴. Bu noktada, aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olan ahlaka aykırılık hallerinden birini oluşturur¹³²⁵.

Aşırı yararlanma halinde, kanun koyucu tarafından, sözleşmenin zayıf olan tarafına, edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirerek, sözleşmeyi iptal etme ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep etme imkanı tanınmıştır¹³²⁶.

Aşırı yararlanma, kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur¹³²⁷. Bu durumun kıyas yoluyla çok taraflı sözleşmelere de uygulanması mümkündür¹³²⁸. Ancak, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanıp

¹³²³ Aşırı yararlanma (gabin) hakkında detaylı bilgi için bkz. Elbir, Halit Kemal: Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul 1957; Aslan, Çiğdem Mine: Gabin, Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006; Özkaya, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Ankara 2013; OLGAÇ, Senai: Hukuk Davalarında Gabin-Hata-Hile-İkrah (İzahlar-İctihatlar), Ankara 1975; BUZ, Vedat: "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.6.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd) Üzerine Düşünceler", *BATİDER*, C.XIX, S.4, 1998, s.51-82.

¹³²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s.483; Eren, Genel Hükümler, s.417; Oğuzman/Öz, C.I, s.135-136; Hatemi/Gökayla, s.99.

¹³²⁵ Eren, Genel Hükümler, s.418; Kocayusufpaşaoğlu, s.480. Gabin ile ahlaka aykırılık arasındaki ilişki için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s.498 vd.

¹³²⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.138 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.417; Hatemi/Gökayla, s.99.

¹³²⁷ Eren, Genel Hükümler, s.418; Kocayusufpaşaoğlu, s.484; Oğuzman/Öz, C.I, s.136.

¹³²⁸ Oğuzman/Öz, C.I, s.136; Eren, Genel Hükümler, s.418; Kocayusufpaşaoğlu, s.484, dn.12.

uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere de aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilir¹³²⁹. Bazı yazarlara göre ise, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere aşırı yararlanma hükümleri uygulanamaz¹³³⁰.

Götürü tazminat anlaşması, asıl borç ilişkisi farklılık gösterse de, her zaman tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir¹³³¹. Götürü tazminat anlaşması ile tazminat borçlusu, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının zarara uğraması halinde, karşılaştırılan götürü tazminatı ödeme borcu altına girerken; götürü tazminat alacaklısının, götürü tazminat anlaşması bakımından yerine getirmesi gereken herhangi bir borç bulunmamaktadır. Asıl borç ilişkisinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması halinde, taraflardan her biri, hem alacaklı hem de borçludur. Her iki taraf da birbirine karşı, asli bir edim yüklenmektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur ve edimler arasında bir değiş-tokuş ilişkisi söz konusudur¹³³². Ancak götürü tazminat anlaşması bakımından tazminat alacaklısı olan tarafın, asıl borç ilişkisi nedeniyle ifa etmek zorunda olduğu asli edim yükümlülüğü, götürü tazminat anlaşması ile karşılaştırılan götürü tazminat ediminin karşılığını oluşturmaz. Çünkü götürü tazminat anlaşması ile karşılaştırılan götürü tazminat edimi, asıl borcun ihlali nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine yöneliktir. Bu nedenle, aşırı yararlanma hükümlerinin, götürü tazminata uygulanabilmesi mümkün değildir¹³³³.

4.1.4 Götürü Tazminatın Geçersizliğinin Asıl Borca Etkisi

Asıl borçtan bağımsız olarak götürü tazminatın geçersiz olması, asıl borcun geçerliliği bakımından nasıl bir etkiye sahiptir? Götürü tazminatın geçersizliği, asıl borcun da geçersizliğine neden olur mu? Bu hususta, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK md.27 f.2 hükmünün dikkate alınması gerekir¹³³⁴.

TBK md.27 f.2 uyarınca, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçersizliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. Gerçekten, bir sözleşmenin içerdiği bölümlerden bir kısmı sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşarken; diğer

¹³²⁹ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s.418, dn.5; Oğuzman/Öz, C.I, s.136, dn.350; Kocayusufpaşaoğlu, s.485, dn.13.

¹³³⁰ “Sözleşmenin niteliğinde mevcut ‘karşılıksız olma’ unsurunu, şimdi bir kabahat gibi görüp ‘nispetsizlik var’ iddiası ile ortaya çıkmak kabul edilemez.” (Kocayusufpaşaoğlu, s.485, dn.13).

¹³³¹ Kapancı, s.658.

¹³³² Eren, Genel Hükümler, s.210-211; Oğuzman/Öz, C.I, s.46; Kocayusufpaşaoğlu, s.98-99.

¹³³³ Karşı görüş için bkz. Oertli, N.328 vd. Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.123.

¹³³⁴ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.123-124; Tunçomağ, s.85.

kısımları bu sınırlar içinde kalabilir¹³³⁵. Bu durumda, *kısmi hükümsüzlük* söz konusu olur. Kısmi hükümsüzlükte, sözleşmenin bazı bölümleri geçersiz iken, bazı bölümleri geçerli olmaya devam eder¹³³⁶. Kısmi hükümsüzlükte sözleşmenin bazı bölümleri geçersiz iken bazı bölümlerinin geçerli olmasının sebebi, *favor contractus* (sözleşme lehine yorum) ilkesidir¹³³⁷. TBK md.27 f.2 uyarınca kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi, her şeyden önce tarafların farazî iradelerinin bu yönde olmasına bağlıdır. Buna karşılık, taraflar kısmi hükümsüz olan bölümler olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak idilerse, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüzdür¹³³⁸.

Kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için aranan şartlar, genellikle objektif ve subjektif olmak üzere ikiye ayrılır¹³³⁹. Objektif şart, sözleşmenin bazı bölümlerinin hukuka, ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, muvazaa, şekil eksikliği veya ayırt etme gücünden yoksunluk gibi nedenlerle kesin hükümsüz olmasıdır¹³⁴⁰. Peki, *sözleşmenin bazı bölümleri* ifadesinden ne anlaşılmalıdır? Bu noktada öncelikle sözleşmenin bölünebilen bir sözleşme olup olmadığına bakılmalıdır¹³⁴¹. Çünkü kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, hukuka, ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, muvazaa, şekil eksikliği veya ayırt etme gücünden yoksunluk gibi nedenlerle kesin hükümsüz olan bölümlerin, sözleşmeden çıkarılıp ayrılabilir olması gerekir¹³⁴². Bölümlere ayrılması halinde, ayrılan kısımların tek başına bağımsız bir hukuki işlem niteliğini taşımadığı sözleşmelere, *bölünemeyen sözleşme* denir. Bölünemeyen bir sözleşme bakımından kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaz. Buna karşılık, bölümlere ayrılması halinde, ayrılan kısımların tek başına bağımsız birer hukuki işlem niteliği taşıdığı sözleşmelere, *bölünebilen sözleşme* denir. Bölünebilen bir sözleşme bakımından, kısmi hükümsüzlük söz konusu olabilir.

Bir sözleşmenin bölünebilir olması çeşitli açılardan söz konusu olabilir¹³⁴³. Bunlardan biri de sözleşmenin, anlaşma-alt anlaşma olarak bölünebilirliğidir. Buna göre, taraflar, birden çok münferit anlaşmayı bir araya getirerek bir sözleşme yaparlar¹³⁴⁴. Örneğin, bir satış

¹³³⁵ Dural/Sarı, s.215; Eren, Genel Hükümler, s.336; Kocayusufoğlu, s.598; Oğuzman/Öz, C.I, s.183.

¹³³⁶ Eren, Genel Hükümler, s.336-337; Kocayusufoğlu, s.598; Dural/Sarı, s.215; Oğuzman/Öz, C.I, s.183; BAŞPINAR, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1988, s.29 vd.; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s.75; Üçer, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırma Hukukta Sözleşmenin Kısmi Butlanı, Ankara 2013, s.47-48.

¹³³⁷ Eren, Genel Hükümler, s.337; Kocayusufoğlu, s.598.

¹³³⁸ Kocayusufoğlu, s.598; Oğuzman/Öz, C.I, s.183; Dural/Sarı, s.215; Hatemi/Gökayla, s.83.

¹³³⁹ Kırkbeşoğlu, s.111; Oğuzman/Öz, C.I, s.183.

¹³⁴⁰ Oğuzman/Öz, C.I, s.183. Detaylı bilgi ve örnekler için bkz. Kırkbeşoğlu, s.140-189.

¹³⁴¹ Kocayusufoğlu, s.605; Eren, Genel Hükümler, s.337.

¹³⁴² Başpınar, Kısmi Butlan, s.60; Kırkbeşoğlu, s.115; Üçer, s.70.

¹³⁴³ Detaylı bilgi için bkz. Başpınar, Kısmi Butlan, s.63 vd.; Kırkbeşoğlu, s.115-140; Üçer, s.75 vd.; Kocayusufoğlu, s.605 vd.

¹³⁴⁴ Başpınar, Kısmi Butlan, s.63; Kırkbeşoğlu, s.117.

sözleşmesinde mal ve bedel unsurlarının birbiriyle değiştirilmesi hususunda tarafların anlaşmasının yanı sıra ceza koşulu, sorumsuzluk anlaşması ve teslimin süresine veya yerine ilişkin başkaca münferit anlaşmalar da bulunabilir. İşte, kısmi hükümsüzlük, bir sözleşmeyi oluşturan münferit anlaşmaların her biri bakımından söz konusu olabilir. Ayrıca, bu münferit anlaşmalar da kendi içerisinde alt anlaşmalara bölünebilir¹³⁴⁵ ve bu alt anlaşmalar bakımından da kısmi hükümsüzlük söz konusu olabilir¹³⁴⁶. Örneğin, TBK md.115 f.1 uyarınca, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür. Buna göre taraflar, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Buradan hareketle, genel olarak her türlü sorumluluğu bertaraf eden sorumsuzluk anlaşmaları ancak kanunun izin verdiği ölçüde geçerli sayılmalıdır. Çünkü her türlü sorumluluğu bertaraf eden bir sorumsuzluk anlaşması, hem hafif kusurdan hem de ağır kusurdan doğan sorumluluğu bertaraf etmeye yönelik bir sorumsuzluk anlaşmasını bünyesinde barındırır. O halde, sözleşme içerisinde münferit bir anlaşma niteliğinde olan sorumsuzluk anlaşması da kendi içinde bu şekilde bölünerek, kanunun izin verdiği kısmı (hafif kusurdan doğan sorumluluğu bertaraf etmeye yönelik sorumsuzluk anlaşması) geçerli kabul edilmeli; kanunun izin vermediği kısmı (ağır kusurdan doğan sorumluluğu bertaraf etmeye yönelik sorumsuzluk anlaşması) ise, geçersiz kabul edilmelidir¹³⁴⁷.

Kısmi hükümsüzlüğün subjektif şartı ise, taraf iradeleridir¹³⁴⁸. Kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, tarafların farazî iradelerinin bu yönde olması, yani tarafların iradelerinin, sözleşmenin hükümsüz kısmı olmasa da sözleşmenin yapılacağı yönünde olması gerekir¹³⁴⁹. Bu noktada, makul ve dürüst kişiler olarak tarafların, sözleşmenin kurulması esnasında kısmi hükümsüzlüğü bilmeleri halinde bu sözleşmeyi yapıp yapmayacakları hususu tespit edilmelidir¹³⁵⁰. Bu tespit yapılırken, sözleşmenin kurulduğu sıradaki menfaat durumu dürüstlük kuralına göre dikkate alınmalı ve taraflardan birinin dahi kısmi hükümsüzlüğü bilmesi halinde sözleşmeyi kurmayacağı anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılmalıdır. Ayrıca sözleşmenin bölümlerinden birinin kesin hükümsüzlüğü halinde sözleşmenin yapılmayacağına karşı tarafça bilinmesi gerektiği hallerde de sözleşmenin

¹³⁴⁵ Kırkbeşoğlu, s.119 vd. Buna karşılık Kocayusufpaşaoğlu'na göre, münferit anlaşma, bölünme kabul etmeyen bir uyuşma birimidir. Bkz. s.605.

¹³⁴⁶ Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hakkında detaylı bilgi için bkz. Başpınar, Kısmi Butlan, s.152 vd.; Kırkbeşoğlu, s.209 vd.; Üçer, s.96 vd.

¹³⁴⁷ Başalp, s.393; Kocayusufpaşaoğlu, s.599-600.

¹³⁴⁸ Başpınar, Kısmi Butlan, s.87; Üçer, s.83; Oğuzman/Öz, C.I, s.183; Eren, Genel Hükümler, s.341.

¹³⁴⁹ Başpınar, Kısmi Butlan, s.87; Üçer, s.83; Dural/Sarı, s.215; Oğuzman/Öz, C.I, s.183-184; Eren, Genel Hükümler, s.341.

¹³⁵⁰ Başpınar, Kısmi Butlan, s.87 vd.; Üçer, s.88; Oğuzman/Öz, C.I, s.183-184; Eren, Genel Hükümler, s.341; Dural/Sarı, s.215.

tamamı kesin hükümsüz olmalıdır; böyle bir sonuca ulaşılamaması halinde ise yalnızca ilgili bölüm geçersiz, sözleşmenin diğer bölümleri geçerli sayılmalıdır¹³⁵¹.

Kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olması halinde, TBK md.27 f.2 hükmü uygulanır. Yani kural olarak, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, TBK md.27 f.2 hükmü emredici nitelikte değildir; taraflar, aralarında bir butlan anlaşması yaparak, kısmi hükümsüzlük halinde, sözleşmenin geri kalanının, bu durumdan nasıl etkileneceği belirleyebilirler¹³⁵². Örneğin, taraflar, sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması halinde, sözleşmenin tamamının hükümsüz olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, sözleşmenin tamamının bu durumdan etkilenmeyeceğini, geri kalanının geçerli olmaya devam edeceğini veya hükümsüz kısmın değiştirilip sözleşmenin geçerli olmaya devam edeceğini kararlaştırabilirler¹³⁵³. Böyle bir butlan anlaşmasının söz konusu olmadığı hallerde, TBK md.27 f.2 hükmü uygulama alanı bulur¹³⁵⁴. Buna göre, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçersizliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. TBK md.27 f.2 hükmü, kısmi hükümsüzlük halinde, sözleşmenin geri kalan kısmı bakımından bir geçerlilik karinesi öngörmüştür. Ancak, bu karinenin aksi her zaman ispat edilebilir¹³⁵⁵.

Sonuç olarak, sözleşmenin, anlaşma-alt anlaşma olarak bölünebilirliği dikkate alındığında, götürü tazminat, sözleşme içerisinde münferit bir anlaşma olarak değerlendirilebilir; hukuka, ahlaka, kişilik haklarına veya kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, şekil eksikliği veya ayırt etme gücünden yoksunluk gibi nedenlerle kesin hükümsüz olan götürü tazminat, sözleşmeden çıkarılıp ayrılabilir. O halde, götürü tazminatın geçersizliği, kural olarak asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Ancak taraflar arasında yapılan bir butlan anlaşması ile aksinin kararlaştırılmış olması halinde veya taraf iradelerinin yorumlanmasıyla ulaşılan sonuca göre, geçersiz götürü tazminatın, asıl borcu geçersiz hale getirmesi mümkündür. Başka bir deyişle, götürü tazminat olmaksızın taraflar arasında bir borç

¹³⁵¹ Eren, Genel Hükümler, s.342; Oğuzman/Öz, C.I, s.184.

¹³⁵² Eren, Genel Hükümler, s.342; Kocayusufpaşaoğlu, s.600; Başpınar, Kısmi Butlan, s.77 vd.; Kırkbeşoğlu, s.197.

¹³⁵³ Butlan anlaşmasının türleri için bkz. Başpınar, Kısmi Butlan, s.79 vd.; Kırkbeşoğlu, s.198; Kocayusufpaşaoğlu, s.601; Eren, Genel Hükümler, s.342.

¹³⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s.342; Kocayusufpaşaoğlu, s.601.

¹³⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s.342.

ilişkisinin kurulamayacağına anlaşılması halinde, asıl borç da kesin hükümsüz sayılmalıdır¹³⁵⁶.

4.2 Götürü Tazminata Hakimin Müdahalesi

4.2.1 Genel Olarak

Götürü tazminat, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, alacaklının uğrayacağı zararın giderilmesine yöneliktir¹³⁵⁷. Bu nedenle, götürü tazminat miktarının belirlenmesinde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınır¹³⁵⁸. Başka bir deyişle, taraflar götürü tazminat edimini kararlaştırırken, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar meydana gelmeden önce (*ex ante*), tahmini olarak belirlerler; taraflar, aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler¹³⁵⁹ ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹³⁶⁰. Taraflar, götürü tazminat ediminin miktarını kararlaştırırken, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara odaklanmalıdır; en azından meydana gelmesi beklenen tipik zararı tahmin etmeye yönelik bir çaba sarf etmelidir¹³⁶¹.

TBK md.50 ve devamı hükümleri uyarınca tazminatın belirlenmesi, borçlu tarafından, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmeyi, dava konusu yapması halinde söz konusu olur. Bu durumda, zarar doğduktan sonra (*ex post*), somut olaya ilişkin özellikler dikkate alınarak zarar hesaplanır ve tazminat belirlenir¹³⁶². Ödenecek tazminat miktarının üst sınırı, tazminat alacaklısının uğradığı zarar kadardır. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise, TBK md.50 f.1’de belirtilen genel esaslar dışına çıkılarak, götürü tazminat edimi, zarar doğmadan önce (*ex ante*), tahmini olarak belirlenir¹³⁶³.

Tahmin, “yaklaşık olarak değerlendirme, oranlama; akla, sezgiye veya bazı verilere dayanarak olabilecek bir şeyi, bir olayı önceden kestirme, kestirim; önceden kestirilen, düşünülen şey olarak” tanımlanmaktadır¹³⁶⁴. Asıl borcun ihlali halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, *makul bir zarar tahmini* olarak kabul edilebilmesi

¹³⁵⁶ Ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, Cezai Şart, s.124-125; Tunçomağ, s.85.

¹³⁵⁷ Oertli, N.81; Kapancı, s.666.

¹³⁵⁸ Oertli, N.119; Kapancı, s.665.

¹³⁵⁹ Kapancı, s.665.

¹³⁶⁰ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

¹³⁶¹ Oertli, N.294.

¹³⁶² Oertli, N.93.

¹³⁶³ Rea, s.151 vd.; Goetz/Scott, s.578 vd.; Stole, s.584; Oertli, N.74; Kapancı, s.665.

¹³⁶⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, 13 Şubat 2015 tarihinde http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54ddbc2a407178.18629531 adresinden erişilmiştir.

durumunda, bu edim, *geçerli bir götürü tazminat edimi* olarak değerlendirilmelidir¹³⁶⁵. Geçerli bir götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde, asıl borcun ihlali halinde meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarı kadar olduğu varsayılır¹³⁶⁶. Her tahmin, doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırır ve bir tahmin, tamamen isabetli olamaz¹³⁶⁷. O halde, her iki taraf da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat edimi arasındaki belirli bir orandaki farklılığa katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. İşte, tarafların katlanmak zorunda kaldığı bu hoşgörü sınırının ne olduğu ve ne zaman bu sınırın aşılmış sayılacağı, çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur.

Taraflar, aralarında yapmış oldukları götürü tazminat anlaşmasında, tahammül edilmesi gereken hoşgörü sınırını belirleyebilirler. Örneğin taraflar, aralarında yapmış oldukları götürü tazminat anlaşmasında, götürü tazminatın, gerçek zararı %10 oranında aşabileceğini veya götürü tazminatın, gerçek zararın %10 oranında altında kalabileceğini veya gerçek zararın 100.000TL ile 150.000TL arasında olması halinde ödenecek tazminatın 120.000TL olacağını; gerçek zararın bu sınırların dışına çıkması halinde ise ödenecek tazminatın genel hükümler uyarınca belirleneceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda, kararlaştırılan götürü tazminatın, makul bir zarar tahminine dayanıp dayanmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması kolaydır.

Götürü tazminat anlaşmasında, tahammül edilmesi gereken hoşgörü sınırı belirlenmemiş olabilir. Bu durumda, tarafların katlanmak zorunda olduğu hoşgörü sınırı, somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak belirlenmelidir. Somut olayın özelliklerine göre belirlenen hoşgörü sınırı, duruma göre bazen yüksek bazen de düşük olabilir¹³⁶⁸. Çünkü bazı piyasalar, diğerlerine göre daha kırılgandır.

Götürü tazminat anlaşması ile taraflara, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanı da tanınmış olabilir. Götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanı, yalnızca alacaklı tarafa veya yalnızca borçlu tarafa tanınmış olabileceği gibi, her iki tarafa da tanınmış olabilir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının makul bir zarar tahmini olarak değerlendirilmesi, buna bağlı olarak bu edimin geçerli bir götürü tazminat edimi olarak kabul edilebilmesi bakımından, bu husus da dikkate alınmalıdır.

¹³⁶⁵ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor and Motor Co Ltd [1915] AC 79: “*The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of loss.*” (Eggleston, s.53).

¹³⁶⁶ Benjamin, s.603; Oertli, N.51, 93; McCormick, s.117; Brightman, s.277.

¹³⁶⁷ Benjamin, s.603; Oertli, N.318.

¹³⁶⁸ Talley, s.1201.

Sonuç olarak, götürü tazminat miktarının, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin* ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir¹³⁶⁹. Her tahminin doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırdığı, buna bağlı olarak her iki tarafın da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile karşılaştırılan götürü tazminat edimi arasındaki belirli bir orandaki farka katlanmak, hoşgörü göstermek zorunda olduğu dikkate alındığında, makul bir zarar tahminine dayanan geçerli bir götürü tazminat ediminin söz konusu olduğu hallerde, asıl borcun ihlali halinde meydana gelen zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktar kadar olduğu varsayılmalı, hakimin müdahalesi dışlanmalıdır¹³⁷⁰. Buna karşılık, makul bir zarar tahminine dayanmayan bir götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde ise hakimin müdahalesi kaçınılmazdır.

Müdahalenin hukuki dayanağı ve ölçüsü, tarafların makul zarar tahmininden uzaklaşmasının, yani karşılaştırılan götürü tazminat ediminin, asıl borcun ihlali nedeniyle meydana gelen gerçek zarardan farkının hoşgörü sınırı dışına çıkmasının nedeni ile yakından ilgilidir. Götürü tazminat ediminin makul bir zarar tahmini olarak kabul edilememesi, bir

¹³⁶⁹ RESTATEMENT (SECOND) of CONTRACTS (1979) §356 (1): “*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated...*”. Ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; McCormick, s.111, 127; Benjamin, s.603; Oertli, N.232, 278, 294; Brightman, s.289; Goetz/Scott, s.554; Rea, s.147, 149 vd.; Wilkinson-Ryan, s.642; Miller, s.81; Talley, s.1196; Sweet, s.136; Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Akkayan Yıldırım, s.393; Ozanoğlu, s.30. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, karşılaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarar oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. Larenz, s.384 (Kocaağa, Götürü Tazminat, s.154, dn.25; Ozanoğlu, s.30, dn.71). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd. [1915] A.C. 79 : “*It will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.*” (Benjamin, s.603; Eggleston, s.58); Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983 (Yavuztürk, s.231); United States v. Kanter, 137 F.2d 828 (8th Cir. 1943) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); Mead v. Anton, 22 Wash. 2d 741, 207 P.2d 227 (1949) (Virginia Law Review, Vol.38, No.2, 1952, pp.231-232); State Mut. Fire Ins. Co. v. Randall, 205 N. W. 165 (Mich.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926), pp.391-392); Dyer Bros. v. Central Iron Works, 182 Cal. 588, 189 Pac. 445, s.c. 237 Pac. 386 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Clement v. Schuyllkill R. R., 132 Pa. St. 445, 19 Atl. 274 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Daniels v. Ward, 4 Minn. 168 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Richardson v. Campbell, 34 Neb. 181, 51 N. W. 753 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Pyle v. Gentry, 127 Miss. 784, 90 So. 485 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Chase v. Whitten, 51 Minn. 485, 53 N. W. 767 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Union Estates Co. v. Adlon Constr. Co., 221 N. Y. 183, 116 N. E. 984; Nat. Life Ins. Co. v. Hale, 54 Okla. 600, 154 Pac. 536 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Linton v. Nat. Life Ins. Co., 104 Fed. 584 (8th Circ.) (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); de Cordova v. Weeks, 246 Mass. 100, 140 N. E. 269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Goodyear Shoe Mach. Co. v. Selz, 157 Ill. 186, 41 N. E. 625269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); Missouri-Edison Electric Co. v. Steinburg Co., 94 Mo. App. 543, 68 S. W. 383269 (Harvard Law Review, Vol.39, No.3, 1926, pp.391-392); McCarthy v. Tally, 46 Cal.2d 577, 297 P.2d 981 (1956) (Stanford Law Review, Vol.9, No.2, 1957, p.382).

¹³⁷⁰ Oertli, N.51, 93; Benjamin, s.603; McCormick, s.117; Brightman, s.277. Ayrıca bkz. Atkinson v. Pacific Fire Extinguisher Co., 40 Adv. Cal. 196, 253 P.2d 18 (1958) (Stanford Law Review, Vol.5, No.4, 1953, pp.822-828). Bazı yazarlara göre bu durum, *estoppel* ilkesinin özel bir görünüm biçiminden başka bir şey değildir. Bkz. Drake, s.588 vd., özellikle s.594.

irade bozukluğundan ileri gelebilir. Ancak irade bozuklukları yukarıda ayrıca incelendiği için, aşağıda, herhangi bir irade bozukluğu olmaksızın götürü tazminat ediminin makul bir zarar tahmini olarak kabul edilememesi halinde hakimin müdahalesi ve bu müdahalenin kapsamı üzerinde durulmuştur.

4.2.2 Sözleşmenin Uyarlanması Bakımından

Tarafların makul zarar tahmininden uzaklaşması, başka bir deyişle karşılaştırılan götürü tazminat ediminin, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zarar karşısında çok yüksek veya çok düşük olması, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumdan kaynaklanabilir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu gibi hallerde, en başta karşılaştırılan götürü tazminat edimi, makul bir zarar tahminine dayanan geçerli bir götürü tazminat edimidir. Ancak böyle bir götürü tazminat edimi, karşılaştırılmasından daha sonra, götürü tazminat anlaşmanın yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum nedeniyle, makul bir zarar tahmini olmaktan uzaklaşır; değişen koşullara göre ya borçlu bakımından aşırı götürü tazminat edimine ya da alacaklı bakımından çok düşük götürü tazminat edimine dönüşür. Hatta, en başta karşılaştırılan haliyle götürü tazminat ediminin borçlu tarafından alacaklıya ifasının teklif edilmesi veya alacaklı tarafından borçludan ifasının talep edilmesi, dürüstlük kurallarına aykırıdır.

Gerçekten bir sözleşme kurulduktan sonra, içerdiği koşullarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Sonradan ortaya çıkan bu değişiklikler, sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan ve taraflarca göz önünde bulundurulmuş koşullardan esaslı derecede farklı olabilir. Böyle bir durumda, bir tarafın borçlandığı edimin değeri son derece yükselirken, karşı tarafın edimi değerini kaybeder; edimler arasındaki denge ve eşitlik bozulur; işlem temeli çöker¹³⁷¹. Kanun koyucu tarafından (TBK md.138), sözleşme koşullarının, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde değişerek işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet duygusuna ve dürüstlük kurallarına dayanılarak, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanabileceği kabul edilmektedir. “Aşırı ifa güçlüğü” kenar başlıklı TBK md.138 hükmü, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına ilişkin genel hükümdür. TBK md.138 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek

¹³⁷¹ Topuz, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hakimin Sözleşmeyi Uyarlaması), Ankara 2009, s.247; Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s.33-34; Arat, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s.29; Serozan, İfa, s.265; Oğuzman/Öz, C.I, s.199; Eren, Genel Hükümler, s.480-481.

derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, hakimden 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.

Uyarlama, dar anlamda uyarlama ve geniş anlamda uyarlama olmak üzere ikiye ayrılır¹³⁷². Uyarlama, kural olarak, sözleşmenin içeriğinin, yani tarafların hak ve borçlarının değiştirilmesi şeklinde olur¹³⁷³. Sözleşmenin içeriğinin değişikliklere uyarlanması, dar anlamda uyarlamadır. Sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması da bir uyarlama sorunudur¹³⁷⁴. Sözleşmenin, hem içeriği hem de süresi yönünden yeni şartlara uyarlanması ise geniş anlamda uyarlamayı ifade eder; uyarlama kavramı da geniş anlamda ele alınmalıdır¹³⁷⁵. Böylece, uyarlama sonunda ya sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesine ya da süresinin uzatılıp kısaltılmasına karar verilir¹³⁷⁶. Sözleşmenin vaktinden önce feshi de hukuki niteliği itibarıyla sözleşmenin süresinde yapılan bir değişikliktir¹³⁷⁷.

Sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı, taraflarca önceden açık veya örtülü olarak belirlenmiş olabilir¹³⁷⁸. Bu durumda, *iradi uyarlama* söz konusudur¹³⁷⁹.

Bazı hallerde, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu durumda ise *kanuni uyarlama* söz konusu olur¹³⁸⁰. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu'nda, bazı sözleşmelerin değişen koşullara nasıl uyarlanacağına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu hükümler, bazen olumlu uyarlama kuralları içerirken, bazen de olumsuz uyarlama kuralları içerirler¹³⁸¹. Olumlu uyarlama kuralları, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağını belirler¹³⁸². Örneğin, TBK md.331, olumlu uyarlama kuralı içeren bir hükümdür. TBK md.331 uyarınca, taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak, her zaman feshedebilir. TBK md.331 hükmü, sözleşmenin

¹³⁷² Eren, Genel Hükümler, s.482. Dar anlamda sözleşmenin uyarlanması hakkında bkz. Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.251 vd.

¹³⁷³ Oğuzman/Öz, C.I, s.204; Eren, Genel Hükümler, s.482; Serozan, İfa, s.272.

¹³⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s.482; Oğuzman/Öz, C.I, s.204.

¹³⁷⁵ Eren, Genel Hükümler, s.482.

¹³⁷⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.204; Eren, Genel Hükümler, s.482.

¹³⁷⁷ Serozan, İfa, s.272; Eren, Genel Hükümler, s.482; Oğuzman/Öz, C.I, s.205.

¹³⁷⁸ Topuz, Seçkin, s.278; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması s.194; Eren, Genel Hükümler, s.483; Uygur, C.I, s.231. Ayrıca uyarlama kayıtları ile taraflar arasında paylaşılan sözleşme rizikoları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, Seçkin, s.165 vd.

¹³⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s.483; Arat, s.140.

¹³⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, s.483; Arat, s.154 vd.; Uygur, C.I, s.231. Tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre taraflara yüklenen sözleşme rizikoları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, Seçkin, s.185 vd.

¹³⁸¹ Olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları hakkında detaylı bilgi için bkz. Topuz, Seçkin, s.166 vd.

¹³⁸² Eren, Genel Hükümler, s.483; Topuz, Seçkin, s.166; Arat, s.155 vd.; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.194.

içeriğini oluşturan edimler bakımından bir değişiklik öngörmemekte; sözleşmenin süresinde değişiklik yapmaktadır. Ayrıca TBK md.369 ve md.617 hükümleri de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından, sözleşmenin süresinde değişiklik yapılmasını öngören olumlu uyarılama kuralları içeren hükümlerdir. Buna karşılık, koşulların değişmesine rağmen sözleşmenin değişmeyeceğini, aynen geçerli olmaya devam edeceğini öngören, başka bir deyişle, değişen koşullar karşısında, uyarlamayı reddeden, yasaklayan kurallara ise olumsuz uyarılama kuralları denir¹³⁸³. Örneğin, TBK md.575 hükmü, olumsuz uyarılama kuralı içeren bir hükümdür. TBK md.575 uyarınca, ardiyeci, ticari malları, genel saklama sözleşmesinde olduğu gibi geri vermekle yükümlüdür. Ancak, saklayanın sözleşmede öngöremeyeceği sebeplerle, süresinden önce geri verme yetkisi bulunduğu durumlarda bile ardiyeci, kararlaştırılmış sürenin sonuna kadar malları korumak zorundadır. TBK md.575 hükmü, değişen koşullara rağmen, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmayacağını, başka bir deyişle, koşullar değişmiş olsa bile sözleşmenin aynen geçerli olacağını öngörmektedir.

Sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağını taraflarca önceden açık veya örtülü olarak belirlenmediği, bunun yanı sıra, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı konusunda kanun koyucu tarafından öngörülmüş olumlu veya olumsuz bir uyarılama kuralının da bulunmadığı hallerde, *sözleşmede uyarılama boşluğu* söz konusu olur¹³⁸⁴. Böyle bir durumda, uyuşmazlık halinde hakim, bu boşluğu doldurmak zorundadır¹³⁸⁵. Buna, *hakim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması* denir¹³⁸⁶. Aslında, gerçek anlamda uyarılama budur. Hakim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, TBK md.138'de düzenlenmektedir.

Hakim tarafından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum söz konusu olmalıdır¹³⁸⁷. Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bu olağanüstü durum, uyarılama talebinde bulunan taraftan kaynaklanmamalıdır¹³⁸⁸. Ayrıca bu olağanüstü durum, edimler arasındaki eşitlik ve dengeyi, uyarılama talep eden taraftan ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede

¹³⁸³ Topuz, Seçkin, s.166; Arat, s.163 vd.; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.196; Eren, Genel Hükümler, s.484.

¹³⁸⁴ Arat, s.165; Eren, Genel Hükümler, s.484; Topuz, Seçkin, s.278.

¹³⁸⁵ Arat'a göre, genel hükümlerle çözülebilecek bir meseleye ilişkin özel bir hüküm bulunmaması, bir boşluğa yol açmaz. Bu yüzden hakimin uyarlamasının dayanağı, MK md.1 f.2 değildir; herkesin hakkını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymak zorunda olduğu dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, hakime bu yetkiyi doğrudan verir. Bkz. s.165.

¹³⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s.484-485.

¹³⁸⁷ Topuz, Seçkin, s.247 vd.; Arat, s.95 vd.; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.147 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.485; Oğuzman/Öz, C.I, s.572.

¹³⁸⁸ Arat, s.135 vd.; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.166 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.485; Oğuzman/Öz, C.I, s.572; Topuz, Seçkin, s.270 vd.

bozarak işlem temelinin çökmesine neden olmalıdır¹³⁸⁹. Edimler henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olmalıdır¹³⁹⁰. Sözleşme koşulları aleyhine değişen taraf, hakimden uyarlamayı talep etmelidir¹³⁹¹. Ayrıca taraflar arasında söz konusu olan sözleşme bakımından, uyarlama boşluğu söz konusu olmalıdır¹³⁹².

Uyarlama boşluğu karşısında hakim, TMK md.1 f.2 uyarınca, önündeki somut uyumsuzluğu çözmeye yönelik bir hukuk kuralı yaratmalıdır¹³⁹³. Hakim, kural koyarken TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralını esas almalıdır¹³⁹⁴. Bu kural çerçevesinde hakim, tarafların farazî iradelerini araştırıp tespit etmeli ve bu tespite göre, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamalıdır¹³⁹⁵.

Uyarlama, edim yükümlülüğünün azaltılması veya karşı edimin artırılması şeklinde yapılabileceği gibi, sözleşmenin süresinin kısaltılması veya uzatılması şeklinde de olabilir¹³⁹⁶. Hakim, sözleşmenin sona erdirilmesine veya değişen koşullar karşısında, sözleşmenin içeriğinin değişmeyeceğine, aynen geçerli olmaya devam edeceğine de karar verebilir; bu durumda, olumsuz uyarlama söz konusu olur¹³⁹⁷.

Tarafların makul zarar tahmininden uzaklaşması, başka bir deyişle karşılaştırılan götürü tazminat ediminin, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zarar karşısında aşırı veya çok düşük olması, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumdan kaynaklanabilir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, bu gibi hallerde, en başta karşılaştırılan götürü tazminat edimi, makul bir zarar tahminine dayanan geçerli bir götürü tazminat edimidir. Ancak böyle bir götürü tazminat edimi, karşılaştırılmasından daha sonra, götürü tazminat anlaşmanın yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum nedeniyle, makul bir zarar tahmini olmaktan uzaklaşır; değişen

¹³⁸⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s.571; Eren, Genel Hükümler, s.485; Arat, s.111 vd.; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.189 vd.; Topuz, Seçkin, s.228 vd. İşlem temelinin çökmüş sayılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Serozan, İfa, s.270 vd.

¹³⁹⁰ Eren, Genel Hükümler, s.486; Oğuzman/Öz, C.I, s.572; Arat, s.123 vd.

¹³⁹¹ Oğuzman/Öz, C.I, s.572-573; Eren, Genel Hükümler, s.485; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.225.

¹³⁹² Topuz, Seçkin, s.275 vd.; Arat, s.124 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.485. Buna risk boşluğu da denir. Çünkü taraflar ve kanun, sözleşmede ortaya çıkan riske kimin katlanacağı hususunda sessiz kalmıştır. Bkz. Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, s.193.

¹³⁹³ Eren, Genel Hükümler, s.486; Topuz, Seçkin, s.304 vd. Arat'a göre, genel hükümlerle çözülebilecek bir meseleye ilişkin özel bir hüküm bulunmaması, bir boşluğa yol açmaz. Bu yüzden hakimin uyarlamasının dayanağı, MK md.1 f.2 değildir; herkesin hakkını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymak zorunda olduğu dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralı, hakime bu yetkiyi doğrudan verir. Bkz. s.165.

¹³⁹⁴ Arat'a göre, uyarlamanın özünü dürüstlük kuralı oluşturur. Bkz.s.166.

¹³⁹⁵ Topuz, Seçkin, s.305; Eren, Genel Hükümler, s.486. Arat'a göre, hakim, uyarlama yaparken tarafların farazi iradelerini araştırır. Çünkü tarafların ortak farazi iradeleri, subjektif bir ölçüttür. Buna karşılık, uyarlamada, hakim dürüstlük kuralının objektif ölçüsünden yararlanmalıdır. Bkz. s.190.

¹³⁹⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s.573; Eren, Genel Hükümler, s.486; Arat, s.193.

¹³⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.486; Uygur, C.I, s.233.

koşullara göre ya borçlu bakımından aşırı götürü tazminat edimine ya da alacaklı bakımından çok düşük götürü tazminat edimine dönüşür. Hatta, en başta kararlaştırılan haliyle götürü tazminat ediminin borçlu tarafından alacaklıya ifasının teklif edilmesi veya alacaklı tarafından borçludan ifasının talep edilmesi, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Bu durumda, götürü tazminat anlaşmasının değişen koşullara uyarlanması gündeme gelir¹³⁹⁸.

Acaba götürü tazminat anlaşması, değişen koşullara nasıl uyarlanabilir? İradi uyarlamanın söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin değişen koşullara nasıl uyarlanacağı, taraflarca önceden açık veya örtülü olarak belirlenmiştir¹³⁹⁹. Taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasında da, anlaşmanın değişen koşullara nasıl uyarlanacağı belirlenmiş olabilir. Taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile taraflara, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmış olması, tam da bu noktada işlevseldir. Gerçekten, bir götürü tazminat anlaşması ile taraflar, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler¹⁴⁰⁰ ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar¹⁴⁰¹. Bu noktada, taraflara kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınması, başlangıçta makul bir zarar tahminine dayanan götürü tazminat ediminin, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumlar nedeniyle makul bir zarar tahmini olmaktan uzaklaşarak, borçlu bakımından bir aşırı götürü tazminat edimine ya da alacaklı bakımından çok düşük bir götürü tazminat edimine dönüşmesine karşı bir tedbir niteliğindedir. Bu durumda olumlu uyarlama söz konusudur.

Götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı, her iki tarafa tanınmış olabilir. Götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının her iki tarafa tanınmış olması halinde, *tam iradi uyarlama* söz konusudur. En başta makul bir zarar tahminine dayanan götürü tazminat ediminin, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum nedeniyle, makul bir zarar tahmini olmaktan uzaklaşarak, borçlu bakımından bir aşırı götürü tazminat edimine ya da alacaklı bakımından çok düşük bir götürü tazminat edimine dönüşmesi halinde, ne yapılacağı bellidir. Böyle bir durumda, tazminat alacaklısı, gerçek zararın, götürü tazminattan daha fazla olduğunu ispat ederek, aşkın zararını talep edebilir; tazminat borçlusu ise, tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın, götürü tazminattan daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarını ödemekten kurtulur.

¹³⁹⁸ Anglo-Amerikan hukuku bakımından durum hakkında detaylı bilgi için bkz. Rea, s.165.

¹³⁹⁹ Topuz, Seçkin, s.278; Eren, Genel Hükümler, s.483. Uyarlama kayıtları ile taraflar arasında paylaşılan sözleşme rizikoları hakkında detaylı bilgi için bkz.165 vd.

¹⁴⁰⁰ Kapancı, s.665.

¹⁴⁰¹ Oertli, N.74.

Götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı, her iki tarafa tanınmış olabileceği gibi, yalnızca alacaklı tarafa veya yalnızca borçlu tarafa tanınmış olabilir. Bu durumda, *kısmi iradi uyarılama* söz konusudur. Çünkü koşullar, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının tanındığı taraf aleyhine değişmiş ise, bu durumda ne yapılacağı bellidir. Ancak koşullar, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının tanınmadığı taraf aleyhine değişmiş ise, bu durumda ne yapılacağı belli değildir. Böyle bir durumda, *kısmi uyarılama boşluğu* söz konusudur. Mutlak götürü tazminat anlaşmalarının söz konusu olduğu hallerde ise, götürü tazminat, iki taraf için de sabit ve kesindir¹⁴⁰²; taraflara, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır¹⁴⁰³. Böyle bir durumda ise, *tam uyarılama boşluğu* söz konusudur¹⁴⁰⁴. Acaba, götürü tazminat anlaşması bakımından söz konusu olan kısmi veya tam uyarılama boşluğu, hakim tarafından nasıl tamamlanmalıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, götürü tazminat anlaşması bakımından söz konusu olan kısmi veya tam uyarılama boşluğu, ödenecek tazminatın hakim tarafından belirlenmesiyle doldurulmamalıdır. Çünkü götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, tarafların amacı, zaten, hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini dışlamaktır¹⁴⁰⁵. Bu noktada, tarafların farazi iradeleri dikkate alınmalıdır¹⁴⁰⁶. *Taraflar, en başta makul bir zarar tahminine dayanan götürü tazminat ediminin, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum nedeniyle, makul bir zarar tahmini olmaktan uzaklaşarak, değişen koşullar karşısında, borçlu bakımından bir aşırı götürü tazminat edimine ya da alacaklı bakımından çok düşük bir götürü tazminat edimine dönüşeceğini bilseydi, ne yapardı?* Hakim, TMK md.2’de düzenlenen dürüstlük kuralını esas alarak, bu sorunun cevabına odaklanmalıdır. Aynı şekilde, götürü tazminat anlaşmasının doğası ve kendine özgülüğü de dikkate alınmalıdır¹⁴⁰⁷. Götürü tazminat anlaşması bakımından söz konusu olan kısmi veya tam uyarılama boşluğu, koşullar aleyhine değişen tarafa, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınmasıyla doldurulmalıdır¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰² Oertli, N.61.

¹⁴⁰³ Kapancı, s.667.

¹⁴⁰⁴ Bazı hallerde ise taraflar, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun gerçekleşmesi halinde dahi götürü tazminat ediminin ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda tarafların, uyarılmadan feragat ettikleri sonucu çıkarılmalıdır. Bkz. BGE 127 III 300 (305), E. 5b. aa (Oertli, N.317, dn.479). Başka bir deyişle, bu durumda, koşulların değişmesine rağmen sözleşmenin değişmeyeceği, aynen geçerli olmaya devam edeceği öngörüldüğü, değişen koşullar karşısında, uyarılama reddedilerek yasaklandığı için olumsuz uyarılama söz konusu olur.

¹⁴⁰⁵ Oertli, N.32.

¹⁴⁰⁶ Oertli, N.181.

¹⁴⁰⁷ Oertli, N.181. Arat’a göre, “Her sözleşme kendine ait bir uyarılmayı haklı çıkarır.” Bkz. s.192.

¹⁴⁰⁸ Oertli, N.180.

4.2.3 Aşırı Tazminat Miktarının İndirilmesi Bakımından

Götürü tazminatın, gerçek zarar karşısında çok yüksek olması, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumdan kaynaklanabilir. Bu durumda, TBK md.138 hükmü uygulama alanı bulur. Alacaklı, hakimden götürü tazminat anlaşmasının yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Götürü tazminatın uyarlanması, yukarıda incelenmişti. Burada ele alınacak konu, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum *olmaksızın*, götürü tazminatın, gerçek zarar karşısında çok yüksek olması halinde, hakimin müdahalesinin söz konusu olup olmayacağıdır.

Öncelikle, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile borçluya, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığına bakılmalıdır. Götürü tazminat anlaşmasının nispi veya azami götürü tazminat anlaşması olması halinde, götürü tazminat miktarı zarardan çok yüksek olsa bile, borçlunun aksini ispat etme imkanı olduğu için, borçlu aleyhine bir durum söz konusu değildir. Acaba, borçlunun aksini ispat etme imkanının olmaması halinde, durum ne olur?

Bu noktada, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan meblağın hukuki niteliği sorgulanmalıdır. Tarafların, götürü tazminat olarak nitelendirdikleri edim, belki de bir ceza koşuludur. Çünkü asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarı, son derece önemlidir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin, ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespitinde, bu edimin miktarının, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir zarar tahmini* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakılmalıdır¹⁴⁰⁹. Asıl borcun ihlali halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, makul bir zarar tahmini olarak kabul edilebilmesi durumunda, bu edim, götürü tazminat olarak değerlendirilmelidir¹⁴¹⁰. Buna karşılık, ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının yüksek olması nedeniyle makul bir zarar tahmini olarak kabul edilememesi durumunda ise bu edim, taraflar üzerinde bir baskı oluşturacağı için, ceza koşulu olarak değerlendirilmelidir¹⁴¹¹. Asıl borcun ihlali halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarı, tek başına belirleyici değildir. Kararlaştırılan her yüksek miktar, bizi bir ceza koşulunun varlığı sonucuna götürmemelidir¹⁴¹². Taraflar arasında kararlaştırılan edimin götürü tazminat olduğu anlaşılıyor ise, bu edim, tarafların iradelerinin aksine ceza koşulu olarak

¹⁴⁰⁹ Oertli, N.232, 278; Erdem, Götürü Tazminat, s.123.

¹⁴¹⁰ Oertli, N.278.

¹⁴¹¹ Oertli, N.232, 278; Erdem, Götürü Tazminat, s.123; Kapancı, s.679.

¹⁴¹² Larenz, s.384 (Oertli, N.283, 419).

nitelendirilmemelidir¹⁴¹³. O halde, sırasıyla tarafların amacına ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edim ile zarar ve kusur arasındaki ilişkiye bakılmalıdır.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarı, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, borçluyu asıl borcun ifasına zorlamak amacıyla yüksek belirlenmişse ve alacaklı ister zarar görsün ister görmesin, asıl borcun ihlalinde borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, kararlaştırılan edim alacaklıya ödenecek ise bu durumda, taraflar bunu götürü tazminat edimi olarak nitelendirse bile, bir ceza koşulu söz konusu olur; TBK md.179 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulur; TBK md.182 f.3 uyarınca hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilir.

Buna karşılık, kararlaştırılan edimin talep edilebilmesi için -ceza koşulundan farklı olarak- alacaklı aleyhine bir zararın meydana gelmiş olması ve (kusurlu sorumluluk halleri bakımından) asıl borcun ihlal edilmesinde borçlunun kusurlu olması gerekiyorsa, ancak kararlaştırılan miktar -zarardan çok yüksek olması nedeniyle- aşırı götürü tazminat edimi niteliğinde ise, bu durumda ne olur?

Bu durumda, aşırı götürü tazminat edimi, *aşırı ekonomik taahhüt* olarak değerlendirilmekte ve aşırı götürü tazminat ediminin ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹⁴. Bu konuda, götürü tazminatın ahlaka aykırı olmasına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar geçerlidir¹⁴¹⁵.

4.2.4 Tazminat Miktarının Artırılması Bakımından

Götürü tazminatın zarar karşısında çok düşük olması, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumdan kaynaklanabilir. Bu durumda, TBK md.138 hükmü uygulama alanı bulur. Alacaklı, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Götürü tazminatın uyarlanması, yukarıda açıklanmıştı. Burada ele alınacak konu, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum *olmaksızın*, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen gerçek zarar karşısında çok düşük olması halinde, hakimin müdahalesinin söz konusu olup olmayacağıdır.

Öncelikle taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşması ile alacaklıya, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığına bakılmalıdır.

Götürü tazminat anlaşmasının nispi veya asgari götürü tazminat anlaşması olması halinde, götürü tazminat miktarı zarardan çok düşük olsa bile, alacaklının aksini ispat etme

¹⁴¹³ Fischer, Thomas, s.163; Oertli, N.283; Kapancı, s.679-680.

¹⁴¹⁴ Oertli, N.352.

¹⁴¹⁵ Bkz. yukarıda Dördüncü Bölüm, §1, III, B, 3.Götürü Tazminatın Ahlaka Aykırılığı.

imkanı olduğu için, alacaklı aleyhine bir durum söz konusu değildir. Acaba, alacaklının aksini ispat etme imkanının olmaması halinde, durum ne olur?

Borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması da götürü tazminat ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır. Bazı götürü tazminat anlaşmalarının (mutlak götürü tazminat anlaşmaları ile azami götürü tazminat anlaşmaları) sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıdığı yukarıda belirtilmişti. Götürü tazminatın, gerçek zarar karşısında çok düşük olması ve alacaklının da karşılaştırılan götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının bulunmaması durumunda, alacaklının başvurabileceği bir yol olup olmadığının tespiti bakımından, taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasının geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine bakılmalıdır. Bu noktada, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulama alanı bulan TBK md.115 ve 116 hükümleri dikkate alınmalıdır. Çünkü TBK md.115 ve md.116, emredici hukuk kurallarındandır. Böyle bir götürü tazminat anlaşması, TBK md.115 ve 116 hükümleri karşısında, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilemiyorsa, bu durumda alacaklı, meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarını aştığını ispat ederek, aşkın zararını talep edebilir. Buna karşılık, böyle bir götürü tazminat anlaşması, TBK md.115 ve 116 hükümleri karşısında, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilebiliyorsa, bu durumda alacaklının başvurabileceği bir yol söz konusu değildir¹⁴¹⁶.

Sonuç olarak, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum olmaksızın, götürü tazminatın, gerçek zarar karşısında çok düşük olması halinde, hakimin müdahalesinin söz konusu olup olmayacağının tespiti bakımından, öncelikle götürü tazminat anlaşması ile alacaklıya, götürü tazminatın aksini ispat etme imkanının tanınıp tanınmadığına bakılmalıdır. Bu imkanın tanındığı hallerde, götürü tazminat gerçek zarardan çok düşük olsa bile, alacaklı aleyhine bir durum söz konusu değildir. Bu imkanın tanınmadığı hallerde ise, hakimin müdahalesinin söz konusu olup olmayacağının tespitinde, götürü tazminat anlaşmasının, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine bakılmalıdır. Bu noktada, TBK md.115 ve 116 hükümleri dikkate alınmalıdır. Böyle bir götürü tazminat anlaşması, TBK md.115 ve 116 hükümleri karşısında, geçerli bir sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilemiyorsa, bu durumda alacaklı, gerçek zararın, götürü tazminat miktarını aştığını ispat ederek, aşkın zararını talep edebilir. Böylece, hakimin götürü tazminata müdahalesi söz konusu olabilir. Buna karşılık, böyle bir götürü tazminat anlaşması, TBK md.115 ve 116 hükümleri karşısında, geçerli bir sorumsuzluk

¹⁴¹⁶ Oertli, N.362.

anlaşması olarak değerlendirilebiliyorsa, bu durumda alacaklının başvurabileceği bir yol söz konusu değildir; başka bir deyişle hakim götürü tazminata müdahale edemez¹⁴¹⁷.

4.2.5 Tazminattan İndirim Sebeplerinin Uygulanması Bakımından

Tazminattan indirim sebepleri, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borç ilişkiler bakımından uygulama alanı bulan md.51 ve md.52 ile diğer bazı özel kanunlarda¹⁴¹⁸ düzenlenmiştir. TBK md.51 f.1 uyarınca hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. TBK md.52 f.1 uyarınca ise zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Ayrıca TBK md.52 f.2 uyarınca, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir. *TBK md.51 ve md.52 bir arada değerlendirildiğinde, tazminattan indirim sebepleri; zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması, tazminatı ödemenin zarar vereni yoksulluğa düşürecek olması ve diğer sebepler olarak sıralanabilir.* Somut olayda bu sebeplerin bulunması halinde, hakim tazminattan indirim yapabilir hatta tazminatı tamamen kaldırabilir. Bu noktada tazminatın kapsamının belirlenmesinin, *tamamen* hakimin takdirinde olduğu ve hakime son derece geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan TBK md.114 f.2 uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanır. Bu nedenle, TBK md.51 ve md.52'de sayılan indirim sebepleri, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlal edilmesi halinde, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatın belirlenmesinde de dikkate alınır¹⁴¹⁹. Acaba tazminattan indirim sebepleri, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde de dikkate alınmalı mıdır?

Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olması halinde, kural olarak, tazminattan indirim sebeplerinin dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁴²⁰. Çünkü taraflar arasında götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini

¹⁴¹⁷ Oertli, N.362.

¹⁴¹⁸ Örneğin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda da tazminattan indirim sebepleri düzenlenmiştir. Bkz. md.86 f.2, md.87 f.1.

¹⁴¹⁹ Eren, Genel Hükümler, s.1067; Tandoğan, Mesuliyet, s.430-431; Oğuzman/Öz, C.I, s.472.

¹⁴²⁰ Oertli, N.32.

seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip olan taraflar, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı baştan belirlemişlerdir. Kaldı ki doktrin tarafından, TBK md.50 ve devamı hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı, aksine tamamlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, tarafların amacının, hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini dışlamaya yönelik olduğu ifade edilmektedir¹⁴²¹. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, kural olarak zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi bakımından TBK md.50 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulmaz; asıl borcun ihlal edilmesi halinde, tazminat borçlusu tarafından, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat edimi, tazminat alacaklısına ödenir¹⁴²².

Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde dahi, tazminattan indirim sebeplerinden biri olan *zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması* halinin, başka bir deyişle, *zarar görenin ortak (müterafik) kusurunun* dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁴²³. Çünkü zarar görenin ortak (müterafik) kusurunun bulunması halinde meydana gelen zarar, yalnızca zarar verenin kusurlu davranışının bir sonucu değildir. Aksine zarar görenin kusuru, zarar vereninin kusuru ile bir *ortaklık* oluşturmuş ve kısmen zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuştur¹⁴²⁴. Bu durumda, sorumluluğun tamamının borçluya ait olması ve kararlaştırılan götürü tazminat ediminin tamamının borçlu tarafından ödenmesi beklenemez. Bu hususun aksinin de kararlaştırılmayacağı ifade edilmektedir. Çünkü TMK md.23 f.2 uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Aksi takdirde, kararlaştırılan götürü tazminat edimini eksiksiz olarak ödemek zorunda olan borçlu, zararın doğmasında veya artmasında etkili olan alacaklının keyfiyetine terk edilmiş olur¹⁴²⁵. Böyle bir durum sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aştığı için, TBK md.27 uyarınca kesin hükümsüz olur¹⁴²⁶.

¹⁴²¹ Oertli, N.32.

¹⁴²² Oertli, N.32.

¹⁴²³ Oertli, N.33.

¹⁴²⁴ Baysal, Müterafik Kusur, s.36, 291 vd., 301 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.766-767; Tandoğan, Mesuliyet, s.318; Oğuzman/Öz, C.II, s.121-122.

¹⁴²⁵ Anglo-Amerikan hukukunda da aynı hususa dikkat çekilmektedir. “... *the nonbreaching party can influence the probability of breach and will benefit from breach.*” (Rea, s.155). Ayrıca Bkz. MURIS, Timothy J.: “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, *Minnesota Law Review*, Vol.65, No.4, 1980-1981, pp.521-590 (Rea, s.155, dn.32).

¹⁴²⁶ Oertli, N.33.

Sonuç olarak, götürü tazminatın söz konusu olması halinde, kural olarak, tazminattan indirim sebeplerinin dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁴²⁷. Çünkü götürü tazminatın söz konusu olduğu hallerde, tarafların amacının, hakimin tazminatı kaldırmaya kadar giden geniş takdir yetkisini dışlamaya yönelik olduğu ifade edilmektedir¹⁴²⁸. Ancak zararın meydana gelmesinde veya artmasında alacaklının etkili olması, bu kuralın bir istisnasıdır. Taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması söz konusu olsa dahi, zararın meydana gelmesinde veya artmasında alacaklının etkili olması halinde, hakim, karşılaştırılan götürü tazminat edimini indirebilir veya tamamen kaldırabilir¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷ Oertli, N.32.

¹⁴²⁸ Oertli, N.32.

¹⁴²⁹ Oertli, N.43.

SONUÇ

Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı, aralarında yapacakları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler. Bu noktada, götürü tazminat kavramı, asıl borcun ihlal edilmesi halinde tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak kararlaştırılmasını ifade eder. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise götürü tazminat anlaşması denir.

Götürü tazminat anlaşmasının unsurları, taraflar arasında sözleşmeden doğan bir asıl borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat olarak kararlaştırılan bir ediminin bulunması ve kararlaştırılan götürü tazminat ediminin asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödeneceği hususunda tarafların anlaşmasıdır. Asıl borç ilişkisinin tarafları, kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarını oluşturur. Götürü tazminat anlaşması, tek tarafa borç yükleyen bir ilişki doğurur. Götürü tazminat anlaşması, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir, başka bir deyişle sui generis bir sözleşmedir. Götürü tazminatın söz konusu olabilmesi için, öncelikle bir asıl borcun var olması gerekir; bu nedenle, götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterir. Ayrıca asıl sözleşmeden doğan ilk yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde gündeme gelen götürü tazminat, ikincil (tali) bir edim yükümlülüğü niteliğindedir.

Taraflar, götürü tazminat anlaşması yaparken, öncelikle sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini, bunun yanı sıra zararı ispat yükünden kurtulmayı ve asıl sözleşme bakımından şeffaflık ile hukuki güvenliği sağlamayı amaçlarlar. Borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması da götürü tazminat anlaşması ile gerçekleştirilmek istenen amaçlardandır.

Götürü tazminat anlaşması asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararın giderilmesi amacına hizmet ettiğinden, götürü tazminat ediminin miktarının belirlenmesinde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarar dikkate alınır. Başka bir deyişle, taraflar bir götürü tazminat edimini kararlaştırırken, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak ödenecek tazminatı, zarar meydana gelmeden önce (ex ante) *tahmini* olarak belirlerler; taraflar, aralarındaki somut ilişkiyi göz önünde bulundurarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler ve tazminat miktarına ilişkin iradelerini en baştan ortaya koyarlar. Götürü tazminat ediminin miktarı, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal

edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin* ile sınırlıdır. Götürü tazminat ediminin makul bir zarar tahmini olup olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana göre belirlenir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu soyut kriteri somut olaya uygulayabilmek kolay değildir. Bu kapsamda, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı zamandaki ve yerdeki piyasa ve pazar koşulları ile arz ve talep hususları da dikkate alınmalıdır. Ayrıca taraflara ait birtakım özelliklerin de dikkate alınması gerekir. Çünkü asıl borcun ihlal edilmesi halinde bir tüketicinin uğrayacağı zarar ile bir tacirin uğrayacağı zarar birbirinden farklıdır. Ayrıca, tarafların sahip olduğu bilgiye de dikkat edilmesi gerekir; özellikle taraflar arasında bir bilgi asimetrisi bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Kararlaştırılan götürü tazminat edimi ile asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zarar arasında herkesin gözüne çarpan aşırı bir oransızlık bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Bu noktada, tarafların menfaat durumları özellikle dikkate alınmalıdır. Tarafların böyle bir miktarda götürü tazminat edimi kararlaştırmasının makul ve mantıklı bir davranış biçimi olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Tahmin, “*yaklaşık olarak değerlendirme, oranlama; akla, sezgiye veya bazı verilere dayanarak olabilecek bir şeyi, bir olayı önceden kestirme, kestirim; önceden kestirilen, düşünülen şey olarak*” tanımlanmaktadır. Her tahmin, doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırır ve hiçbir tahmin tamamen isabetli olamaz. Ayrıca bir tahmin, iyimser bir tahmin olabileceği gibi kötümser bir tahmin de olabilir. Önemli olan, tahminin gerçekçi olmasıdır. İşte, bu iki uç nokta arasında kalan kısım, makul zarar tahmini aralığını oluşturur. O halde, her iki taraf da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile kararlaştırılan götürü tazminat edimi arasında söz konusu olabilecek belirli bir orandaki farka katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. Çünkü bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılması, birtakım riskleri de beraberinde getirir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, *makul bir zarar tahmini* olarak kabul edilebilmesi durumunda bu edim, *geçerli bir götürü tazminat edimi* olarak değerlendirilmelidir.

Götürü tazminat edimi olarak kararlaştırılan miktarın, aksini ispat etme imkanının olup olmamasına göre dört farklı türde götürü tazminat anlaşması karşımıza çıkar. Bazı hallerde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminat miktarı götürü olarak belirlenir ve taraflar arasında söz konusu olan götürü tazminat anlaşmasında taraflara, gerçek zararın, götürü tazminat anlaşmasında belirtilen miktardan farklı olduğunu ispat etme imkanı tanınır. Bu gibi hallerde *nispi (aksi ispat edilebilen) götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur. Bazı hallerde ise yalnızca taraflardan biri, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanına sahiptir. İşte taraflardan yalnızca birinin, tazminat alacaklısının veya tazminat borçlusunun, kararlaştırılan götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkanına sahip olması

durumunda *kısmen nispi götürü tazminat anlaşması* söz konusu olur. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarında, götürü tazminat ediminin alt ve üst sınırları belirtilir. Sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun, ödemek zorunda olduğu götürü edimin alt sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmalarına, asgari götürü tazminat anlaşması; tazminat alacaklısının talep edebileceği götürü edimin üst sınırının belirtildiği götürü tazminat anlaşmalarına ise azami götürü tazminat anlaşması denmektedir. Bazı götürü tazminat anlaşmalarında ise, taraflara söz konusu götürü tazminat anlaşması ile belirlenen götürü edimin aksini ispat etme imkanı tanınmamaktadır. Bu gibi hallerde, *mutlak (aksi ispat edilemeyen) götürü tazminat anlaşmaları* söz konusu olur.

Götürü tazminat, genel işlem koşulları içeren *tip sözleşme* veya *formüler sözleşme* olarak ifade edilen sözleşmeler bakımından yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, götürü tazminat anlaşmalarının, genel işlem koşulları bakımından uygulama alanı bulan bu emredici hükümler karşısındaki durumu gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca bazı götürü tazminat anlaşmaları, aynı zamanda sorumsuzluk anlaşması niteliği taşırlar. Bu nedenle, götürü tazminat anlaşmalarının, sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uygulama alanı bulan TBK md.115 ve md.116 hükümleri karşısındaki durumuna da dikkat edilmelidir. Çünkü TBK md.115 ve md.116 emredici hukuk kurallarındandır.

Götürü tazminat, ortak özellikleri bulunmakla birlikte, götürü ücretten cayma parasından, dönme cezasından, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden, kefaletten, şarta bağlı borçtan, seçimlik borçtan, seçimlik yetkiden, sorumsuzluk anlaşmasından, sulh sözleşmesinden, davayı kabulden, davadan feragatten ve borç tanınmasından farklıdır. En önemlisi, götürü tazminat anlaşması, oldukça benzemekle birlikte, ceza koşulundan da farklıdır. Gerek ceza koşulu gerekse götürü tazminat, asıl borcun borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde gündeme gelir. Ancak götürü tazminat, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder; ceza koşulundan farklı olarak borçluyu baskı altında tutma ve sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, borçluyu cezalandırma işlevi yoktur. Ayrıca, asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, taraflar arasında bir götürü tazminat ediminin kararlaştırılmış olması, götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için yeterli değildir. Başka bir deyişle, götürü tazminat, ceza koşulunun aksine, zarardan bağımsız değildir. Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için, borçlunun asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. Buna karşılık, ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru aranmaz; borca objektif aykırılık yeterlidir. Götürü tazminat anlaşması, *sui generis* bir yapıya sahiptir. Ceza

koşulu ise, TBK md.179 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş bir kurumdur. Bu nedenle, götürü tazminat anlaşması, genel hükümlere tabidir ve ceza koşuluna ilişkin kuralların özellikle TBK md.182 f.3 hükmünün kıyasen de olsa götürü tazminata uygulanması mümkün değildir.

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi, bir tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmasına bağlıdır. Yani götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için tazminat yükümlülüğüne ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmeden doğan tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için ise sözleşmenin ihlal edilmiş olması, sözleşmenin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kural olarak, borçlunun sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. O halde, taraflar arasında söz konusu olan sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmiş olması, sözleşmenin ihlali nedeniyle bir zarar meydana gelmiş olması, meydana gelen zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması ve sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurlu olması koşullarının gerçekleşmesiyle, götürü tazminat alacağı muaccel hale gelir.

Götürü tazminatın geçersizliği, iki şekilde gündeme gelebilir. Birincisi, asıl borcun geçersiz olması nedeniyle götürü tazminatın da geçersiz olmasıdır. Bu durumda, hem asıl borcun hem de götürü tazminatın geçersizliği söz konusu olur. İkincisi ise asıl borçtan bağımsız olarak götürü tazminatın geçersiz olmasıdır. Götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlı olduğundan, götürü tazminatın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, bağlı bulunduğu asıl borcun da geçerli olması gerekir. Eğer asıl borç geçersiz ise, götürü tazminat da geçersiz olur. Götürü tazminatın geçersizliğinin asıl borca etkisi bakımından, kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK md.27 f.2 hükmünün dikkate alınması gerekir.

Asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen zarar ile karşılaştırılan götürü tazminat miktarının birbirinden farklı olması halinde ne yapılacağı önemli bir husustur. Bu noktada, götürü tazminat ediminin miktarının, bağlı bulunduğu asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin *makul bir tahmin* ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Her tahminin doğası gereği bir miktar hata payını bünyesinde barındırdığı, buna bağlı olarak her iki tarafın da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile karşılaştırılan götürü tazminat edimi arasındaki belirli bir orandaki farklılığa katlanmak, hoşgörü göstermek zorunda olduğu dikkate alındığında, makul bir zarar tahminine dayanan geçerli bir götürü tazminat ediminin söz konusu olduğu hallerde, meydana gelen zararın, götürü tazminat miktarı kadar olduğu varsayılmalı, hakimin müdahalesi dışlanmalıdır. Buna karşılık, makul bir zarar tahminine dayanmayan geçersiz bir götürü

tazminatın söz konusu olduğu hallerde, hakimin müdahalesi, yani zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanması kaçınılmazdır. Müdahalenin hukuki dayanağı ve ölçüsü ise, tarafların makul zarar tahmininden uzaklaşmasının sebebi ile yakından ilgilidir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız: “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFĐ*, C.59, S.3, 2010, s.345-448.
- Acemoğlu, Kevork: “Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine”, *MHAD*, C.6, S.9, 1972, s.19-29.
- Akkayan Yıldırım, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *İÜHFĐ*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.357-414.
- Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- Altunkaya, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012.
- Aral, Fahrettin: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, s.131-143.
- Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011 (Kötü İfa).
- Arat, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- Arkan, Sabih: “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *BATİDER*, C.XVI, S.4, 1992, s.59-84.
- Aslan, Çiğdem Mine: Gabin, Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.
- Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Atamer, M. Yeşim: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, *İBD*, 1995, C.69, S.10-11-12, s.551-568.
- Atamer, M. Yeşim: “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.487-510.
- Atamer, M. Yeşim: “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Ankara 2004, s.291- 332.
- Atamer, M. Yeşim: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşümeğ: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, İstanbul 2010, s.317-361.
- Atamer, M. Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, Ankara 2012, s.7-73 (Sempozyum).
- Atamer, M. Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999.

- Atamer, M. Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.
- Ayan, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Aydemir, Efrail: Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Ankara 2013.
- Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Ayrancı, Hasan: “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, C.53, S.2, 2004, s.95-120.
- Barlas, Nami: “Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Mütelsil Kefilin BK m.494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s.169-194.
- Barlas, Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXI (9-10 Aralık 2005)*, Ankara 2006, s.39-67.
- Barlas, Nami: “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)*, İstanbul 2012, s.349-361.
- Barlas, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- Barlas, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986.
- Başalp, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- Başoğlu, Başak: “Borcun İfasındaki İmkasızlık”, *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul 2013, s.307-347.
- Başoğlu, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012 (Aynen İfa Talebi).
- Baş, Ece: “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.623-656.
- Başpınar, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *ABD*, S.1, 1999, s.19-34 (Kelepçeleme).
- Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1988 (Kısmi Butlan).
- Baygın, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.

- Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009 (Uyarlama).
- Baysal, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012 (Müterafik Kusur).
- Benjamin, Peter: “Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.
- Bentele, Roland: Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR, Diss. Freiburg 1994.
- Bergsten, Eric: “Methodological Problems in the Drafting of the CISG”, *CISG Methodology*, Eds.: Janssen, Andre/Meyer, Olaf, Sellier European Law Publishers, 2009.
- Berki, Şakir: “Türk Hukukunda Kefalet”, *Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan*, Ankara 1958, s.15-36.
- Beuthien, Volker: “Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe”, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973.
- Birkenfeld-Pfeiffer, Daniela: Schadensersatzpauschalierung zwischen legitimer Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und einseitiger Selbstbevorzugung des Verwenders, Frankfurt am Main 1991.
- Bilge, Necip: Cezai Şart, *Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan*, Ankara 1958, s.37-128.
- Bingöl, İtir F.: Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011.
- Birinci Uzun, Tuba: “CISG Uygulaması Bakımından Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, *DEÜHFD*, C.16, S.1, 2014, s.151-192.
- Birsel, Mahmut T./Sevi, Murat: “3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı”, *DEÜHFD*, C.11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, 2009, s.1029-1070.
- Bozgeyik, Hayri: Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003.
- Brightman, Alvin C.: “Liquidated Damages”, *Columbia Law Review*, Vol.25, No.3, 1925, pp.277-304.
- Buz, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi’nin 26.6.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd) Üzerine Düşünceler”, *BATİDER*, C.XIX, S.4, 1998, s.51-82.
- Can, Mustafa Erdem: “Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları”, *GÜHFD*, C.XI, S.1-2, 2007, s.71-95.
- Cansel, Erol/Özel, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.713-733.
- Chappel, David: Construction Contracts: Questions and Answers, 2nd Edition, 2010.

- Collin, Thomas J.: *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook*, ABA, 1998.
- Dayınlarlı, Kemal: *Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*, Ankara 2005 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri).
- Dayınlarlı, Kemal: *Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma 2004)*, Ankara 2005 (Roma 2004).
- Dayınlarlı, Kemal: "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", *MHB*, C.23, S.1-2, 2003, s.204-249 (MHB).
- Dayıoğlu, Yavuz: *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul 2011.
- Dirican, Gökhan: *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, İstanbul 2007
- Drake, Joseph H.: "Liquidated Damages and Estoppel by Contract", *Michigan Law Review*, Vol.9, No.7, 1911, pp.588-594.
- Duden: *Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, 3. Aufl., Mannheim 1999.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: *Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2012.
- Dural, Mustafa: "İmkansızlık Kavramı ve Türleri", *BATİDER*, C.VII, S.1, 1972, s.11-58.
- Dural, Mustafa: *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul 1976.
- Edis, Seyfullah: *Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata*, Ankara 1973.
- Edis, Seyfullah; *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1983.
- Eggleston, Brian: *Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts*, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009.
- Eisenberg, Melvin Aron: "The Limits of Cognition and the Limits of Contract", *Stanford Law Review*, Vol.47, No.2, 1995, pp.211-259.
- Ekinci, Hüseyin: *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Ankara 2004.
- Elbir, Halit Kemal: *Türk Pozitif Hukukunda Gabin*, İstanbul 1957.
- Erdem, H.ERCÜMENT: "Saticının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu", *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Ed.: M. Yeşim ATAMER, İstanbul 2008, s.105-163.
- Erdem, H.ERCÜMET: "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", *BATİDER*, C.XVI, S.3, 1992, s.35-105.

- Erdem, H. Ercüment: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, S.1989/1, s.90–107.
- Erdem, H. Ercümet: “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, İstanbul 2010, s.857-895.
- Erdem, Mehmet: “Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.663-684 (Pey Akçesi, Pişmanlık Akçesi, Dönme Tazminatı).
- Erdem, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)*, Ankara 2009, s.97-124 (Götürü Tazminat).
- Eren, Fikret: “Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, *Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara 1972, s.167-178.
- Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2012 (Genel Hükümler).
- Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014 (Özel Hükümler).
- Ergüne, Mehmet Serkan: *Olumsuz Zarar*, İstanbul 2008.
- Erten, Ali: *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, İstanbul 1977.
- Fischer Thomas: *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Diss. Zürich 1988.
- Fischer, Detlev: *Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung*, Diss. Freiburg im Breisgau, Frankfurt am Main 1981.
- Franko, İ. Nisim: *Şeref ve Haysiyete Tecavüzdən Doğan Manevi Zararın Tazmini*, Ankara 1973.
- Fritz, William F.: “Underliquidated Damages as Limitation of Liability”, *Texas Law Review*, Vol.33, No.2, 1954-1955, pp.196-222.
- Gauch, Peter: *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996.
- Genç Arıdemir, Arzu: *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, İstanbul 2008.
- Goetz, Charles J./Scott, Robert E.: “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594.
- Gökçeoğlu, Kamil Haluk: *Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar*, İstanbul 2007.
- Gökyayla, Emre: *Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azil ve İstifasıyla Sona Ermesi*, Ankara 2007 (Azil ve İstifa).
- Gökyayla, Emre: *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009.

- Grassinger, Gülçin Elçin: “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, *İÜHFİM*, C.LV, S.1-2, 1996, s.389-412.
- Grassinger, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Savunma İmkanları, İstanbul 1996.
- Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990.
- Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014 (Tüketici).
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, İstanbul 2013 (C.I).
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3. Bası, İstanbul 2014 (C.II).
- Günel, Yılmaz: “Müterafik Kusur”, *AÜHFD*, C.16, S.1, 1961, s.208-220.
- Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart, Ankara 2001.
- Gündoğdu, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- Heiderhoff, Bettina: “CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından” (Çev.: Ajda Gençsoy), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Ed.: M. Yeşim ATAMER, İstanbul 2008, s.25-36.
- Helvacı, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.
- Hess, Claus: Die Vertragsstrafe, Ein unbekanntes Mittel privater Genugtuung, Berlin 1993.
- İnceoğlu, Murat: “Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı”, *Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan*, İstanbul 2011, s.671-688.
- İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- İyimaya, Ahmet: Tazminatın İrat Şeklinde Belirlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990.
- J.F.H.: “Damages, Penalty or Liquidated Damages”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol.63, No.3, 1915), pp.220-223.
- Jaffey, Peter: “Restitutionary Remedies in the Contractual Context”, *The Modern Law Review*, Vol.76, No.3 2013, pp.429-463.
- Kanışlı, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013.

- Kapancı, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul 2013, s.655-683.
- Kaplan, Phillip R. : “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, *California Law Review*, Vol.50, No.4, 1977, pp.1055-1063.
- Karabağ Bulut, Nil: “Sorumluluk Anlaşması”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, C.I, İstanbul 2009, s.825-883.
- Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 6. Bası, Kırklareli 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler), 6. Bası, Kırklareli 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku (Birinci Kitap: Maddi Tazminat- İkinci Kitap: Manevi Tazminat), İstanbul 1996.
- Karauz, Agah Kürşat: Sulh Sözleşmesi, Ankara 2014.
- Karslı, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.
- Kaya, Cansu: CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 5. Bası, Ankara 2014.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- Kısagün, Adli: “Müterafik Kusur”, *ABD*, S.4, 1961, s.9-14.
- Klas, Gregory: “Contracting for Cooperation in Recovery”, *Yale Law Journal*, Vol.117, No.1, 2007-2008, pp.2-50.
- Knowles, J. Roger: 200 Contractual Problems and Their Solutions, 3rd Edition, Oxford: Blackwell 2009.
- Kocaağa, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 (İnşaat).
- Kocaağa, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, *TBB Dergisi*, S.74, 2008, s.149-157 (Götürü Tazminat).
- Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003 (Cezai Şart).
- Kocaman, Arif: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, *BATİDER*, C.XV, S.3, 1990, s.49-66.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), 6. Bası, İstanbul 2014.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- Koller, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in: Koller, Alfred (Hrsg.): Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996.
- Kostakoğlu, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006.
- Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kürşat, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. I, 14. Aufl., München 1987.
- Lindacher, Walter F.: Phänomenologie der „Vertragsstrafe“, Habil. Würzburg, Frankfurt am Main 1972.
- McCormick, Charles T.: “Liquidated Damages”, *Virginia Law Review*, Vol.17, No.2, 1930, pp.103-128.
- Miller, Lucinda: “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.53, No.1, 2004, pp.79-106.
- Muris, Timothy J.: “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, *Minnesota Law Review*, Vol.65, No.4, 1980-1981, pp.521-590.
- Oertli, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Bası, İstanbul 2012 (C.I).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 11. Bası, İstanbul 2014 (C.II).
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.
- Oktay, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, *İÜHFMD*, C.LV, S.1-2, 1996, s.263-296.
- Olgaç, Senai: Hukuk Davalarında Gabin-Hata-Hile-İkrah (İzahlar-İçtihatlar), Ankara 1975.
- O'malley, J. Terence: “Late-Payment Charges: Meeting the Requirements of Liquidated Damages”, *Stanford Law Review*, Vol.27, No.4, 1975, pp.1133-1148.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *GÜHFMD*, C.III, S.1-2, 1999, 28 Nisan 2015 tarihinde http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf adresinden erişilmiştir.
- Özen, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.

- Özkaya, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Ankara 2013.
- Özkaya, Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 3. Bası, Ankara 2013
(Vekalet).
- Özkaya, Eraslan: Yanılma, Aldatma, Korkutma Davaları, Ankara 2014.
- Özsunar, Erdal: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara 2005.
- Palandt/Heinrichs: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar, Bd. 7, 2. Buch, 2. Abschnitt, 4. Titel: Draufgabe, Vertragsstrafe, 51. Aufl., München 1992.
- Pearce, David/Halson, Roger: “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.28, No.1, 2008, pp.73–98.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pulaşlı, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- Rea, Samuel A. Jr.: “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167.
- Reisoğlu, Seza: “Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara 1989, s.67-79.
- Reisoğlu, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003.
- Reisoğlu, Seza: Garanti Mukavelesi, Ankara 1963.
- Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Saidov, Djakhongir: The Law of Damages in the International Sale of Goods The CISG and Other International Instruments, Oregon 2008.
- Sarı, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)*, İstanbul 2011, s.299-304.
- Schwartz, Alan/Scott, Robert E.: “Contract Theory and The Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, Vol.113, No.3, 2003-2004, pp.541-605.
- Sedgwick, Arthur George: Elements of the Law of Damages, 2nd Edition, Boston 1909.
- Serozan, Rona: “Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, *MHAD*, S.2, 1968, s.108-129.
- Serozan, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, *İÜHFİM*, C. LVIII, S.1-2, 2000, s.231-248.

- Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), 6. Bası, İstanbul 2014.
- Sert, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.
- Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Sirmen, Lale: “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 8 Nisan 2011*, Ankara 2012, s.107-134 (Tüketici).
- Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992 (Şart).
- Soergel/Lindacher: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990.
- Stanley, M. Arndt: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol. 10, No. 1, 1921, pp.8-41.
- Staudinger/Kaduk: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-397 BGB), 12. Aufl., Berlin 1994.
- Steltmann, Isabel: Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens, Diss. Mannheim, Berlin 2000.
- Stole, Lars A.: “The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information”, *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol.8, No.3, 1992, pp.582-606.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2014.
- Sweet, Justin: “Liquidated Damages in California”, *California Law Review*, Vol. 60, No. 1, 1972, pp.84-145.
- Şahan, Gökhan: Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009.
- Talley, Eric L.: “Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule”, *Stanford Law Review*, Vol. 46, No.5, 1994, pp.1195-1243.
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4. Bası, İstanbul 2008 (Özel Borç İlişkileri, C.I).
- Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Bası, İstanbul 2010 (Özel Borç İlişkileri, C.II).
- Tandoğan, Haluk: Garanti Mukavelesi, Ankara 1959.
- Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010.

- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Tiryakioğlu, Bilgin: “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, *AÜHFD*, S.41, 1989-1990, s.192-205.
- Toker, Ali Gümrah: Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.
- Topuz, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.
- Topuz, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hakimin Sözleşmeyi Uyarlaması), Ankara 2009.
- Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Ulusan, İlhan: “Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, *MHAD*, C.5, S.7, 1971, s.149-166.
- Ulus, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011.
- Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I, Ankara 2003.
- Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.II, Ankara 2003.
- Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Ankara 2003.
- Üçer, Mehmet: Roma Hukukunda ve Karşılaştırma Hukukta Sözleşmenin Kısmi Butlanı, Ankara 2013.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2013.
- Webb, Charlie: “Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.26, No.1, 2006, pp.41–71.
- Welser, Rudolf/Welser, Irene: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar” (Çev.: Ayça Akkayan Yıldırım),

- İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1-2, Aralık 2006, s.145-164.
- Wilkinson-Ryan, Tess: “Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment”, *Michigan Law Review*, Vol.108, No.5, 2010, pp.633-671.
- Will, Michael R.: *Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2002.
- Yavuz, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim” (14 Şubat 2009)*, İstanbul 2009, s.133-177.
- Yavuz, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul 2014.
- Yavuztürk, Duygu: “Liquidated Damages and Construction Contracts: English and U.S. Perspective”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.1, 2011, s.225-281.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: “Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.2, 2011, s.29-43.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl: *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*, Ankara 2002.
- Yılmaz, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 10. Bası, Ankara 2011.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Bası, Ankara 2013.
- Zeytin, Zafer: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, *BATİDER*, C.XXIV, S.3, 2008, s. 217-264.
- Zeytin, Zafer: *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Ankara 2011.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Tuba BİRİNCİ UZUN
Doğum Tarihi ve Yeri : 09.05.1985 – Ankara
Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Ankara Gölbaşı Anadolu Lisesi, 2003
Lisans Diploması : Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, Ankara, 2007
Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2011
 European University of Viadrina (Erasmus Y.L.) 2010–2011
Tez Konusu : Uluslararası Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu
Doktora Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2015
Tez Konusu : Götürü Tazminat
Yabancı Dil : İngilizce

Bilimsel Faaliyetler

Hakemli Makale

“Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.100, Aralık 2014.
 “İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Karşılaştırılması”, *TBB Dergisi*, S.115, 2014, s.359-402.
 “Avrupa Birliği’ne Üye Devletler Arasında Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı”, *TAAD*, S.19, 2014, s.997-1037.
 “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, *DEÜHFD*, C.16, S.1, 2014, s.151-192.

Hakemsiz Makale

“Garanti Belgesi Uygulaması, Bu Uygulama İle Tüketiceye Sağlanan Koruma ve Karşılaşılan Sorunlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.46, Haziran 2010.

İş Denevimi**Çalıştığı Kurumlar** :**ÖYP Araştırma Görevlisi**, Akdeniz Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı 2011-Devam Ediyor**Araştırma Görevlisi**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı 2009-2011**Avukat**, Çelik & Özkan & Çelik Avukatlık Bürosu, Antalya 2008–2009**Stajyer Avukat**, Erikel Hukuk Bürosu, Ankara 2007–2008**E-Posta** : tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr