

Cezai Şart ile Götürü Tazminatın Karşılaştırılması

I. Giriş

Türk hukuku altında imzalanan sözleşmelerde, borçlunun edimini gereği gibi yerine getirmesini sağlayıcı niteliğe sahip olan ve borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya belirli bir miktar ödemeye zorlandığı cezai şart hükümlerinin uygulaması oldukça yaygındır. Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde, borçluyu alacaklıya belirli bir miktar ödemeye zorlayan hükümlerin tamamı, cezai şart maddesi olarak yorumlanmaktadır. Oysa taraflar bazı durumlarda, alacaklının uğrayacağı zararın sözleşmenin kurulması sırasında önceden hesaplanarak belirlenmesi, yani tazminatı götürü olarak belirlemek amacı ile hareket edebilmektedirler. Tarafların, borçlu üzerinde baskı kurmak niyeti olmaksızın, uğranılabilecek zararı önceden hesaplayarak bu miktarda mutabık kalmaları, Anglo-Amerikan hukuku sistemlerinde yaygın olarak uygulama alanı bulan **götürü tazminat (liquidated damages)**, kurumunu ifade etmektedir. Bu makale ile, cezai şart ile götürü tazminat kurumlarının benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmuştur.

II. Cezai Şart

A. Tanım ve Niteliği

Cezai şart, tanım itibariyle; borçlunun yükümlendiği borcu ihlal etmesi halinde, ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmayı ifade etmekte olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'muzun ("TBK") 179-182. Maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Hukuki niteliği itibariyle cezai şart, bir tür geciktirici koşula bağlı edim borcudur. Kaynağı ise daima, mevcut bir borç ilişkisine bağlı bir ek anlaşma, bir ceza taahhüdüdür. Cezai şart, asıl borç ilişkisine bağlı bir borç niteliğindedir ve bağlı bulunduğu asıl borcun geçersiz olması halinde, cezai şart da bağlı borç niteliği sebebiyle geçersiz olacaktır.

Cezai şart, asıl borcun ifası ile birlikte değil, asıl borcun ifasından vazgeçilerek, yerine talep edilebilecek nitelikte bir borç, yani ifa yerine istenebilecek bir sözleşme cezası olarak veya asıl borcun ifası ile birlikte talep edilebilecek bir borç olarak düzenlenebilir.

¹ Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart, sy. 23

Karşılaşılabilecek bir diğere düzenleme ise; hukuki niteliği itibariyle bir cezai şart olmayan, ancak cezai şartta benzerliği sebebiyle TBK'nın cezai şartta ilişkin maddeleri arasında düzenlenmiş olan dönme cezasıdır. Dönme cezası düzenlenen sözleşmelerde, tarafların anlaşması gereği, taraflardan biri veya her ikisi, belirli bir bedel ödemek şartıyla serbestçe sözleşmeden dönme hakkına sahip olabileceklerdir.

Hangi türde düzenlenirse düzenlensin, cezai şartın en önemli işlevi, borçluyu düzgün ifade bulunmaya zorlayıcı, ve kötü ifadan kaçınması için caydırıcı bir araç olmasıdır².

B. Cezai Şart ile Kusur İlişkisi

TBK; cezai şartın talep edilmesini, borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağlamıştır. Her türlü kusur, belirlenen cezanın istenmesini mümkün kılar. TBK'nın 112. Maddesine uygun şekilde cezai şart söz konusu olduğunda da, borcun ihlal edildiğini ispat eden alacaklının, kusurun ispatı için ayrıca borçlunun kusurlu olmasını ispat etmeyecek, borçlu kusursuzluğunu ispat etmediği takdirde, cezayı ödemek zorunda kalacaktır.

C. Cezai Şart ve Zarar İlişkisi

Her ne kadar cezai şart, cezai şart ödemekle yükümlü borçlunun kusurlu olması halinde talep edilebilecekse de; TBK'nın açık hükmü gereği cezai şartın talep edilebilmesi, alacaklının zarar görüp görmemesine bağlı deđildir³. Bir başka deyimle, alacaklı, borcun kötü veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle zarara uğramamış olsa dahi, borçludan sözleşme kapsamında kararlaştırılan cezai şartı talep etme hakkına sahiptir. Örneğin, yüklenicinin, işin tamamlanmasını geciktirdiği her hafta için 10.000 TL cezai şart ödemekle yükümlü olduğu bir eser sözleşmesi altında, işin tamamlanmasının gecikmesinde işverenin zarara uğramayacak olsa dahi yüklenici, bu cezai şart miktarını işverene ödemekle yükümlü olacaktır.

Bununla birlikte alacaklı, borçlunun edim borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle zarara uğramış ise; ayrıca, cezai şart miktarını aşan zararının tazminini de borçludan talep edebilecektir. Aşan zararın tazmini hususu TBK'nın 180/2. Maddesinde düzenlenmiş olup, *“borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü”* olduğunu düzenleyen TBK m.112'deki genel hükümden

² Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, sy. 504

³ Türk Borçlar Kanun: m. 180/1

ayrılmış, ve aksine, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi gerekliliğini şart koymuştur⁴.

D. Cezanın Azaltılması

Kural olarak TBK m. 182/3'de de belirtildiği üzere, hâkim, aşırı bulduğu cezai şart miktarının indirilmesine hükmedebilir. Bu bağlamda, hâkim cezanın aşırılığı tespit ederken olayın bütün özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirir. Ancak belirtilmesi gerekir ki, hâkimin ceza tutarını indirme yetkisi, cezai şartı tamamen ortadan kaldırma yetkisinin var olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

Bunun istisnasını, tacirler arasında kararlaştırılan cezai şart oluşturur. Türk Ticaret Kanunu'nun 22. Maddesi kapsamında tacir sıfatını taşıyan borçlunun, borçlunun ticari işletmesine ilişkin borç ile ilgili olarak aleyhine konulmuş cezai şart miktarının indirilemeyeceği kabul edilmektedir⁵. Cezanın miktarı ne kadar yüksek olursa olsun, ticari işlerde tacir borçlu aleyhine konulmuş ceza şart, hâkim tarafından indirilemez.

III. Götürü Tazminat

A. Tanımı ve Niteliği

Götürü Tazminat, Türk hukukunda cezai şart uygulamasının yaygınlığı ve doktrindeki görüşler ile Yargıtay kararlarının azlığı sebepleriyle daha az uygulama alanı bulan ve borçlunun kötü ifası sonucu alacaklıya ödenecek miktarın, alacaklının uğrayacağı zararın önceden hesaplanması suretiyle belirlenen ve cezalandırmak ve caydırmaktan ziyade, zararın önceden hesaplanması amacını taşıyan bir uygulamadır. Götürü tazminat uygulaması, Anglo-Amerikan Hukuku'nda *liquidated damages* başlığı altında oldukça geniş uygulama alanı bulan bir kurumdur. Bunun en temel sebebi elbette ki, Anglo Amerikan Hukuku sisteminin, cezai şart kurumunu kabul etmemesidir.

Götürü tazminat kurumunun varlığı ve cezai şarttan farklılığı, günümüzde İsviçre ve Alman Hukuku sistemlerinin de dahil olduğu birçok Kıta Avrupası Hukuku sistemine tabi pek çok ülke tarafından açıkça kabul edilmiştir.

Götürü tazminat; önceden çeşitli hesaplama yöntemleriyle tahmini ve oluşabilecek zarara ilişkin bir meblağ belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu kurumda zarar miktarı önceden belirlenir

⁴ Ancak bu hüküm kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanmaz.

⁵ **Kocağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, sy 255-259

ve belirlenen bu muhtemel zarar miktarı dikkate alınır. Burada amaç, cezai şarttan farklı olarak, borçlu üzerinde baskı kurmak değil, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkabilecek zararların karşılanmasıdır.

B. Götürü Tazminat ve Zarar İlişkisi

Cezai Şart ile Götürü Tazminat arasındaki en önemli farkın, zararın varlığı yönünden ortaya çıktığı söylenebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, cezai şartta zararın varlığı aranmamaktadır. Cezai şartın talep edilip edilmemesi, yalnızca borçlunun kusurlu olup olmamasına (ve elbette ki, kusursuzluğunun ispatına) bağlıdır. Götürü tazminatta ise kusurun varlığının yanı sıra, götürü tazminat kavramının tanımı ve öngörülüş amacından kaynaklı olarak, zararın bulunması temel şartlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Öyle ki; Anglo-Amerikan hukuku sisteminden gelen bu kavramın temeli, bir muhtemel zarar bedeli belirleyip, sözleşmeye aykırılık neticesinde ortaya çıkan zarar ile ilişkilendirebilen miktarda bedelin talep edilmesidir. Aksi takdirde, sözleşmede belirlenen bedel, ortaya çıkan zarar o kadar olmasa bile talep edilebilseydi, götürü tazminatın cezai şart kavramından hiç bir farkı kalmazdı. Yine yukarıda açıklandığı üzere, cezai şart uygulamalarında, alacaklının, cezai şart olarak belirlenen meblağı aşan zarara uğraması halinde borçludan, cezai şartı aşan zarar talep edilebilecektir. Götürü tazminatta ise; tarafların sözleşme imzalanırken muhtemel zararı en başta tespit ederek bu konuda mutabık kalmaları sebebiyle, aşan zararın talep edilmesinin söz konusu olmaması gerekir. Götürü tazminatında aşan zararın talep edilememesinin tek istisnası TBK m. 115/1’de düzenlenen “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*” maddesi hükmü gereği, borçlunun ağır kusurundan kaynaklanan zararların talep edilebilmesidir.

Cezai şart ile götürü tazminat arasında zarara ilişkin olarak ortaya çıkan bir diğer farklılık, zarar ne olursa olsun, cezai şartta, cezai şartta ilişkin belirlenen meblağ ne ise o ödenecek olsa da, götürü tazminatta bu hususun tartışmalı olmasıdır. Bazı yazarlar, belirlenen götürü tazminat bedelinin bir tavan sınır olduğu, zarar ne ise o zararın bedel olarak ödeneceği kanısındadır^{6,7}. Ve fakat, bazı yazarlar ise zararın meblağına bakılmaksızın götürü tazminat için belirlenen bedel ne ise, onun ödeneceği görüşündedirler⁸.

⁶ **Kocağa, Köksal:** İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 153

C. Götürü Tazminatta İspat Yükü

Açıklandığı üzere, cezai şartın talep edilebilmesi için, borçlunun borcunu ifasında kusurlu olması yeterlidir. Oysaki götürü tazminatta, ispat yükü hususu tartışmalıdır. Tüm yazarlar ispat yükünün gerekliliğinde hemfikirlerdir ve fakat görüş ayrılığı ispat yükünün kimde olacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. İspat yükünün borçluda olduğu ve borçlunun, alacaklının zarara uğramadığını ispat etmesi gerektiği yönünde görüşler^{9,10} bulunmakla birlikte, ispat yükünün alacaklıda olduğu görüşü de mevcuttur¹¹.

Genel ilke olarak, alacaklının, borca aykırılık halinde meydana gelen zararı talep etmesi, söz konusu zararın ispatına bağlıdır. Bu sebeple, götürü tazminatın söz konusu olması halinde de, yani, tazminatın önceden belirlenmesi halinde de ispat yükünün yer değiştirmemesi ve alacaklının üzerinde kalması gerekmektedir. Bu noktada götürü tazminatın alacaklı açısından faydası; zararın varlığını değil, miktarını ispatlamaktan kurtulma yönünden söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, tazminatın götürü olarak belirlenmesinin, tazminatın miktarına ilişkin olduğu, ancak diğer sorumluluk şartları açısından bir değişiklik ifade etmediğini söylemek uygun olacaktır¹².

D. Tazminatın İndirilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, iki tarafın tacir olduğu durumlar hariç olmak üzere, cezai şartta hâkim müdahalesi söz konusu olabilecektir. Götürü tazminat söz konusu olduğunda ise, tazminatın aşırı olması halinde hâkim müdahalesinin söz konusu olabileceğini yönünde görüşler varken, aksi görüşte olanlar da vardır¹³. Ancak götürü tazminatın yapısı göz önünde bulundurulduğunda, tarafların, zararın miktarını ispattan kurtulmak amacı ile tazminatı götürü surette belirlemiş olmalarından dolayı, tazminatın aşırı olması halinde, hâkim müdahalesinin söz konusu olmaması gerektiği kabul edilmelidir.

⁷ **Yıldırım Akkayan, Ayça:** Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 358

⁸ **Erdem, Mehmet:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy. 109

⁹ **Kocaağa, Köksal:** İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 153

¹⁰ **Yıldırım Akkayan, Ayça:** Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 398

¹¹ **Erdem, Mehmet:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy. 106

¹² **Erdem, Mehmet:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi sy 121

¹³ **Kocaağa, Köksal:** İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 151, dipnot 10 ve 11

IV. Cezai Şart ile Götürü Tazminatın Karşılaştırılması

Hem cezai şart hem de götürü tazminat, asıl sözleşmeye bağlı özellik gösterirler. Asıl sözleşme için öngörülen şekil şartı cezai şart veya götürü tazminatı için de geçerli olup, asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde cezai şart veya götürü tazminatı da geçersiz olacaktır.

Ancak her iki kurum arasında; amaç ve işlev yönünden önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıkların sebebinin; götürü tazminat kurumunun, cezai şartın temel amaçlarını paylaşmaması olduğu söylenebilir. Yukarıda anlatılmaya çalışıldığı üzere, cezai şartın iki temel amacı bulunmaktadır. İlki, borçlu üzerinde baskı kurarak yükümlülüğüne uymasını temin ederek, borcun ifasını teminat altına almaktır. İkincisi ise zarar miktarını önceden tespit ederek, taraflara kolaylık sağlamak, usul ekonomisi ilkesine uygun hareket etmektir.

Oysa götürü tazminatın kararlaştırılmasının sebebi, borçluyu korkutmak veya caydırmak değil, alacaklının, borçlunun kötü ifası sebebiyle gerçekten ne kadar zarara uğrayacağını önceden tahmin edilerek belirlenmesidir. Bu sebeple götürü tazminatın; zararın varlığının ispatı başta olmak üzere, aşan zararın tazmini ile hâkimin müdahalesi hususlarında da, cezai şarttan farklı nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

V. Sonuç

Türk hukukunda oldukça geniş bir uygulama alanı bulan cezai şart, yapısı ve işlevi itibarıyla borçluyu, ifaya zorlayan bir edim niteliğindedir. Cezai şartın bu şekilde sık uygulanması ve içtihatların bu hususa ışık tutmaması sebebiyle, taraflar arasındaki anlaşmanın niteliği ve amacına bakılmaksızın, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle borçlunun alacaklıya belirli bir miktarı ödemesine ilişkin hükümlerin tamamı, cezai şart hükmü olarak değerlendirilmektedir. Oysa bu şekildeki hükümlerden bazıları, borçluyu caydırıcı niteliğe sahip olmaktan ziyade, alacaklının ne kadar zarara uğradığını önceden hesaplayarak, bunu taraflar arasındaki anlaşmaya dâhil etmek suretiyle, zarar miktarını ispat etmekten kurtarmak amacını taşımaktadır.

Ne yazık ki, doktrinde olduğu gibi yargı kararlarında da götürü tazminat kavramına neredeyse hiç yer verilmemektedir. İşbu makalenin yazım tarihi itibarıyla, Yargıtay'ın erişebilir kararlarından oldukça az bir kısmı götürü tazminata ilişkin olup, konu ile ilgili olan tek karar

ise, götürü tazminatın cezai şart olarak nitelendirilmesine ilişkin Hukuk Genel Kurulu kararıdır¹⁴.

Türk Borçlar Hukuk sisteminin dayandığı Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku ise, Türk Hukukunun aksine, gerek doktrin, gerek yüksek mahkeme kararları ile, götürü tazminatın cezai şarttan farklı bir kurum olduğunu çoktan ortaya koymuştur. Türk Borçlar Hukuku'nda da aynı şekilde, iki kurumun birbirinden farklı olduğunun kabulü ile, taraflar arasındaki anlaşmanın bunlardan hangisine ilişkin olduğunun, taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- 1. Erdem, Mehmet:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi - syf. 97, 106, 109, 121
- 2. Günay, Cevdet İlhan:** Cezai Şart, sy. 23
- 3. Kocağa, Köksal:** İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?, Hakemli Makaleler, sy. 151, dipnot 10 ve 11, sy. 153
- 4. Kocağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, sy 255-259
- 5. Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, sy. 504
- 6. Reed Smith:** The Critical Path – Bahar 2008 Sayısı
- 7. Yıldırım Akkayan, Ayça:** Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, sy. 153, 358, 392-393, 398

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu: E. 1984/13-730, K. 1986/416, T. 16.4.1986