

T.C
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

**İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN
TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN
CEZA KOŞULU**

Yüksek Lisans Tezi

İREM KAYINOĞLU ÖZDOĞAN

İSTANBUL, 2021

T.C
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN
TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN
CEZA KOŞULU

Yüksek Lisans Tezi

İREM KAYINOĞLU ÖZDOĞAN

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

İSTANBUL, 2021



BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

15/09/2021

YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY FORMU

Program Adı:	ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS (TÜRKÇE, TEZLİ)
Öğrencinin Adı Soyadı:	İrem KAYINOĞLU ÖZDOĞAN
Tezin Adı:	İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu
Tez Savunma Tarihi:	13.09.2021

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Lisansüstü Eğitim Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Fatma ÖZKUL
Enstitü Müdürü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Ünvanı, Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı:	Doç. Dr. Öz SEÇER	
2. Üye :	Prof. Dr. Sezer ÇABRİ	
3. Üye :	Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN	

ÖZET

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN CEZA KOŞULU

İrem KAYINOĞLU ÖZDOĞAN

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

Eylül 2021, 175 Sayfa

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda ve sözleşmeye uygun olarak teslim etmesi iş sahibi için büyük bir öneme sahip olduğundan yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlamak ve iş sahibinin yapının zamanında teslim edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek zararlarını karşılamak amacıyla iş sahibi lehine ceza koşulu kararlaştırıldığı görülmektedir. Ceza koşulu, her iki taraf lehine ve her türlü borç ihlali durumu için kararlaştırılabilirse de uygulamada en sıklıkla karşılaşılan durum, yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda teslim etmesini sağlamak amacıyla iş sahibi lehine kararlaştırılmasıdır. Bu nedenle tez çalışmamızda yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulu kayıtları üzerine araştırma ve inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Tez çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yüklenicinin yapıyı teslim borcu, yapıyı teslim borcunda temerrüdünün şartları ve iş sahibinin temerrütten doğan hakları, ikinci bölümde ise ceza koşulu ile ilgili genel bilgilere yer verilmiş, yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ve ceza koşulu arasındaki ilişki saptanmaya çalışılmış ve nihayet iş sahibinin ceza koşulunu aşan zararlarını talep edebilme şartları ile aşırı ceza koşulunun indirilmesi müesseseleri de açıklanarak çalışmamız sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmesi, yapıyı teslim borcu, yüklenici, iş sahibi, temerrüt, ceza koşulu.

ABSTRACT

PENALTY CONDITION REGARDING THE CONTRACTOR'S DEADLINE OF DELIVERY IN CONSTRUCTION CONTRACTS

İrem KAYINOĞLU ÖZDOĞAN

**INSITUTE OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW MASTER PROGRAM**

Thesis Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Öz SEÇER

Sep. 2021, 175 Pages

Since the contractor's delivery of the building at the agreed time and in accordance with the contract is of great importance for the employer in construction contracts, it is seen that a penalty clause is decided in favor of the employer in order to ensure that the contractor delivers the building on time and to cover the damages that may arise if the construction is not delivered on time. Although the penalty clause can be decided in favor of both parties and for any breach of debt, the most common situation in practice is that it is decided in favor of the employer in order to ensure that the contractor delivers the structure at the agreed time. For this reason, in our thesis study, it has been tried to research and examine the records of the penalty clause decided in favor of the employer in case of default of the contractor in the delivery debt of the building.

Our thesis work consists of two main parts. In the first part, the contractor's debt to deliver the structure, the terms of the default in the debt of the construction and the rights of the employer arising from the default, in the second part, general information about the penalty condition is given. Our study was concluded by explaining the conditions for the owner to claim damages exceeding the penalty condition and the institutions of reducing the excessive penalty condition.

Keywords: Construction contract, debt to deliver the building, the contractor, business owner, default, penalty clause.

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
GİRİŞ	ix

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN YAPIYI TESLİM BORCU, YAPIYI TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜN ŞARTLARI VE İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARINA GENEL BAKIŞ

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN YAPIYI TESLİM BORCU VE TESLİM BORCUNDA TEMERRÜT.....	1
A. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcu.....	1
1. Teslim Kavramı.....	6
2. Teslim Borcunun İfa Zamanı.....	10
3. Teslim Borcunun İfa Şekli.....	13
4. Teslim Borcunun İfa Yeri.....	17
B. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesi.....	17
1. Temerrüdün Şartları.....	19
a. Yapıyı Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	19
aa. İfa zamanının belirli olduğu inşaat sözleşmeleri bakımından.....	20
bb. İfa zamanının belirli olmadığı inşaat sözleşmeleri bakımından.....	21
b. Teslimin Gerçekleşmemiş Olması.....	23
aa. İfa zamanında yapının teslim edilmemesi.....	23
bb. Başlangıç vadesi veya ara vadelere uyulmaması.....	23
c. Yapıyı Teslim Borcunun İfasının Mümkün Olması.....	24
aa. İfanın imkansız olması.....	24
bb. İfa imkansızlığına ilişkin özel düzenlemeler (TBK. m. 485 ve 486).....	30
d. İş Sahibinin İhtarda Bulunması.....	35
aa. Genel kural.....	35
bb. İhtarın gerekli olmadığı durumlar.....	38

b1. İfa zamanının sözleşme ile belirlenmiş veya belirlenebilir şekilde düzenlenmiş olması.....	39
b2. İfa zamanının sözleşmede tanınan yetkiye dayanılarak muacceliyet ihbarı ile belirlenmesi.....	40
b3. Dürüstlük kuralı gereğince ihtarın gereksiz olması.....	41
e. Teslimde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması.....	42
aa. Genel olarak.....	42
bb. Teslimde gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmadığı haller.....	43
II. TEMERRÜT HALİNDE İŞ SAHİBİNİN SAHİP OLDUĞU SEÇİMLİK HAKLAR.....	49
A. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı.....	50
1. İş Sahibinin Yapının Tesliminde Israr Etmesi.....	50
2. Gecikmeden Doğan Zararlar.....	52
B. Diğer Seçimlik Haklar.....	54
1. İş Sahibinin Seçimlik Hakkını Kullanması.....	54
a. Ek Süre Verilmesi.....	55
b. İş Sahibinin Beyanı.....	58
2. İfadan Vazgeçme ve Olumlu Zarar Talebi.....	59
a. İş Sahibinin Olumlu Zararları.....	60
b. Olumlu Zararın Hesaplanması.....	62
3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zarar Talebi.....	65
a. İş Sahibinin Olumsuz Zararları.....	65
b. İş Sahibinin Dönme Beyanı ve Sonuçları.....	68
c. Dönmenin Pay Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi.....	75

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ HALİNDE MUACCEL OLAN CEZA KOŞULUNUN VE AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLMESİ, CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

I. CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMASI.....	81
A. Sözleşme Hükümü Olarak Ceza Koşulu.....	81

1. Tanımı	81
2. Amacı.....	83
3. Hukuki Niteliği.....	84
4. Unsurları.....	86
a. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı.....	86
b. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edimin Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılması.....	87
4. Özellikleri.....	89
a. Asıl Borca Bağlı (Fer'i) Bir Borç Olması.....	89
b. Zarardan Bağımsız Olması.....	92
c. Karşılıksız Olması.....	92
B. Kararlaştırılması.....	94
1. Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi.....	94
2. Her Türlü Edimin Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılabilmesi.....	96
3. Tarafların Anlaşması (Ceza Koşulu Anlaşması).....	97
a. Tarafları.....	97
b. Geçerliliği.....	98
c. Sınırları.....	101
aa. Kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık (TBK m. 27).....	101
bb. Hakimin aşırı ceza koşuluna müdahalesi (TBK m. 182/3).....	101
II. CEZA KOŞULUNUN TALEP EDİLMESİ.....	102
A. Ceza Koşulunun Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Şartlar	102
1. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesi.....	102
2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması.....	103
a. Muacceliyet İçin Gerekli Şartlar.....	103
aa. Yapıyı teslim borcunun muaccel olması.....	103
bb. Yapının ifa zamanında teslim edilmemesi.....	104
cc. Yüklenicinin kusurlu olması.....	105
b. Muacceliyet Anı.....	107
III. SÖZLEŞMEDE YER ALAN CEZA KOŞULU TÜRÜNÜN BELİRLENMESİ.....	110
A. Ceza Koşulu Türleri.....	110
1. Seçimlik Ceza Koşulu.....	111
2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu.....	113
B. Ceza Koşulu Türünün Belirlenmesi.....	116
1. Genel olarak.....	116

2. Götürü Tazminattan Ayırt Edilmesi.....	118
a. Götürü Tazminat Kavramı.....	118
b. Ceza Koşulu ile Benzer ve Farklı Yönleri.....	120
c. Ayırt Edici Kistaslar.....	123
3. Saf Garantiden Ayırt Edilmesi.....	125
IV. CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYETİNE İLİŞKİN HÜKÜM VE SONUÇLAR....	126
A. Seçimlik Ceza Koşulu Bakımından Sonuçları.....	126
1. Seçim Hakkının Kullanılması.....	126
2. Yapının Tesliminin veya Seçimlik Ceza Koşulunun İstenebilmesi.....	129
B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Bakımından Sonuçları.....	130
1. Yapının Teslimi ile Ceza Koşulunun Birlikte İstenebilmesi.....	130
2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilemeyeceği Haller.....	131
a. Ceza Koşulunu Talep Hakkından Açıkça Feragat Edilmesi.....	131
b. İfanın Çekince İleri Sürmeksizin Kabul Edilmesi.....	132
3. İş Sahibinin Seçimlik Hakkını Kullanmayı Geciktirmesi.....	136
C. Ceza Koşulunun Seçimlik Hakların Kullanılması İle İlişkisi.....	140
1. Seçimlik Ceza Koşulu Bakımından.....	141
a. Aynen İfa Talep Eden İş Sahibinin Durumu.....	141
b. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararını Talep Eden İş Sahibinin Durumu.....	142
c. Sözleşmeden Dönen İş Sahibinin Durumu.....	143
2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Bakımından.....	144
a. Aynen İfa Talep Eden İş Sahibinin Durumu.....	144
b. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararını Talep Eden İş Sahibinin Durumu.....	145
c. Sözleşmeden Dönen İş Sahibinin Durumu.....	145
V. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLMESİ.....	147
A. Genel Olarak.....	147
B. Şartları.....	148
1. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Varlığı.....	148
2. Borca Aykırılık İle Zarar Arasındaki İliyet Bağı.....	149
3. Yüklenicinin Kusuru.....	150
4. İş Sahibinin Aşan Zararı ile Yüklenicinin Kusurunu İspatı.....	150
VI. AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ.....	153

A. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı.....	153
B. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı ve Hukuki Niteliği.....	156
1. İndirimin Amacı.....	156
2. İndirimin Hukuki Niteliği.....	158
C. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları.....	160
D. Tacirler Hakkında Özel Düzenleme: İndirim Yasağı.....	162
SONUÇ.....	166
KAYNAKÇA.....	176



KISALTMALAR CETVELİ

AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
bkz.	: bakınız
c.	: Cümle
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
D.E.Ü	: Dokuz Eylül Üniversitesi
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

İnşaat sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486 hükümleri arasında düzenlenen eser sözleşmesinin en çok karşılaşılan türlerinden biridir. Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde yer alan eser sözleşmesi tanımından hareketle inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin kararlaştırılan yapıyı inşa etme ve iş sahibinin de bunun karşılığında bedel ödeme borcu altında olduğu sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. İnşaat sözleşmeleri, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, doktrinde farklı görüşler olsa da çoğunluk görüşüne göre ani edimli ve ivazlı bir sözleşmelerdir. Yüklenicinin sözleşmeden doğan asli borcu, sözleşmeye konu yapının meydana getirilmesi ve sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim edilmesidir.

Son yıllarda inşaat sektörünün hızla büyümesi ve inşaat sözleşmelerinin çapının genişlemesi ile sözleşme ilişkilerinin günden güne karmaşık bir hal aldığı görülmektedir. İşte bu karmaşıklaşan düzende tarafların menfaatlerini korumak zorlaşmakta ve bu nedenle ortaya çıkabilecek sorunları kolayca çözümleyebilmek önem arz etmektedir. Özellikle yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda ve sözleşmeye uygun olarak teslim etmesi iş sahibi için büyük bir öneme sahip olduğundan, yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlamak ve iş sahibinin yapının zamanında teslim edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek zararlarını karşılamak maksadıyla iş sahibi lehine ceza koşulu kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu bakımdan ceza koşulunun en yaygın uygulama alanlarından birinin inşaat sözleşmeleri olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Ceza koşulu, her iki taraf lehine ve her türlü borç ihlali durumu için kararlaştırılabilirse de uygulamada en sıklıkla karşılaşılan durum, yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda teslim etmesini sağlamak amacıyla iş sahibi lehine kararlaştırılmasıdır. Bu nedenle tez çalışmamızda yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulu kayıtları üzerine araştırma ve inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Tez çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde yüklenicinin yapıyı teslim borcu, ardından yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdünün şartları ve iş sahibinin temerrüitten doğan hakları açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise taraflarca

yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibine ödeneceği kararlaştırılabilen ceza koşulu ile ilgili genel bilgilere yer verilmiş, yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ve ceza koşulu arasındaki ilişki saptanmaya çalışılmış ve nihayet iş sahibinin ceza koşulunu aşan zararlarını talep edebilme şartları ile aşırı ceza koşulunun indirilmesi müesseseleri de açıklanarak çalışmamız sonlandırılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM: İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN YAPIYI TESLİM BORCU, YAPIYI TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜN ŞARTLARI VE İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARINA GENEL BAKIŞ

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN YAPIYI TESLİM BORCU VE TESLİM BORCUNDA TEMERRÜT

A. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcu

İnşaat sözleşmeleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nda inşaat sözleşmesinin tanımı yer almamaktadır. Ancak doktrinde inşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesinin bir görünümü olduğu kabul edilmektedir¹. Bu sebeple, inşaat sözleşmesinin tanımını yapmak için TBK m. 470 ve devamında düzenleme altına alınan “*eser sözleşmesi*” hükümlerinin incelenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde eser sözleşmesi, “*Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmeler*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak doktrinde isabetli olduğu üzere kanundaki tanımın yüklenicinin eseri teslim borcunu içermediği gerekçesiyle eksik olduğu belirtilmekte ve bu eksiklik giderilerek eser sözleşmesi, “*yüklenicinin bir eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmeyi, bunun karşılığında iş sahibinin de bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği tam iki*

¹ **BİLGETEKİN**, N. Tuğçe, İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve FIDIC Sözleşmelerindeki Görünümü, İstanbul, 2020, s. 8; **ÇAKIROĞLU**, Mehmet, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu, Ankara, 2019, s. 19; **EKEN**, Özge, İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatım Halleri, Ankara, 2021, s. 20; **EKMEN**, Mehmet Cihat, İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2020, s. 20; **EREN**, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 49; **GÖKYAYLA**, K. Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s. 4; **GÖNEN**, Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016, s. 17; **KAPLAN**, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 12-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 123; **KOCAĞA**, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 25; **KURŞAT**, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 4; **TEKELİOĞLU**, Numan, “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, YBHD, S. 2017/2, s. 161; **ZEVLİLER/Aydın**, **GÖKYAYLA/K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013, s. 454.

tarafa borç yükleyen rızai sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır². İşte yüklenicinin meydana getirdiği eserin taşınmaz yapı olması halinde inşaat sözleşmesi gündeme gelecektir. O halde inşaat sözleşmesi, yüklenicinin bir taşınmaz yapının inşa edilmesini ve bu yapının teslim edilmesini; iş sahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği eser sözleşmesi türü olarak tanımlanabilecektir³.

Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini tanımlayan 470. maddesinde bir eserin meydana getirilmesinden bahsedilmektedir. Yapının meydana getirilmesi, mevcut olmayan bir şeyin ortaya çıkarılmasının yanı sıra mevcut bir yapının değiştirilmesi, onarılması, yıkılması veya bu yapıya ilaveler yapılmasını ifade eden geniş bir kavramdır⁴. Bu anlamda

² **ATEŞ**, Zehra Gizem, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 1; **AYAN**, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 23; **BÜYÜKAY**, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 31; **ÇAKIROĞLU**, s. 21; **DAYINLARLI**, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 6; **EKMEN**, s. 22-23; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **GÖNEN**, s. 5; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 1; **KAPLAN**, s. 119; Yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün inşaatı yapma ve bunu iş sahibine teslim etme şeklinde kombine bir yapıdan oluştuğu görüşü hakkında bkz. **KOCAĞA**, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 5; aynı yönde **AYAN**, s. 25; **KURT**, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 27; **PAKET**, Sabure, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020, s. 97; **SEÇER**, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484), 2. Bası, Ankara, 2020, s. 27; **SELİÇİ**, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 4; **TEKELİOĞLU**, s. 161; **TUTKUN**, Ceyda, İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 19-20; **UYGUR**, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, İcra ve İflas Kanununda, Özel Kanunlarda Tahliye, Kira Tespit Davaları ve BK m. 299-355), Cilt 6, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 7553; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 454.

³ **ALDEMİR TOPRAK**, İpek Betül, “İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İş Birliği Eylemleri”, YBHD, Yıl 5, Sayı 2020/2, s. 517; **ARPACI**, Özge, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara, 2019, s. 46; **Z. ATEŞ**, s. 1; **AYAN**, s. 24; **BAŞARAN**, Zeynep Sümeyra, “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1307; **ÇAKIROĞLU**, s. 34; **DAYINLARLI**, s. 6; **EKMEN**, s. 22; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 593; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **ERGİN**, Berkiye Gizem, İnşaat Hukukunda Süre Uzatımı, Ankara, 2021, s. 21; **GÖNEN**, s. 9; **GÜMÜŞ**, s. 1; **İLKGELEN**, Abdullah Cem, “İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 6; **KAPLAN**, s. 119; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 27; **SELİÇİ**, s. 4; **UYGUR**, Cilt 6, s. 7556.

⁴ **ALTAŞ**, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara, 2002, s. 45; **ARDIÇ**, Azmi: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 12-13; **ARPACI**, s. 41-42; **Z. ATEŞ**, s. 4-5; **AVCI**, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22, 2016, s. 305; **AYDEMİR**, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 27; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 749; **BAYRAMOĞLU**, Necati Şükrü, Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedelin Aşılması (TBK m. 482), Ankara, 2020, s. 25; **BÜYÜKAY**, s. 35; **ÇAKIROĞLU**, s. 35-36; **DAYINLARLI**, s. 10-11; **EKEN**, s. 26; **EKMEN**, s. 37; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; **EREN**, Özel, s. 602; **GÖKYAYLA**, s. 8; **GÖNEN**, s. 8; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, Güler, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017, s. 16; **İLKGELEN**, s. 13; **KAHVECİ**, Ali Ziya, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 9; **KAPLAN**, s. 121; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 60-62; **KULAKLI**, s. 7; **KURŞAT**, s. 3;

inşaat sözleşmesine konu yapı da bir eserdir. Ancak, eser sözleşmesine maddi ve manevi özelliğe sahip, bir emeğin ürünü olan her türlü şey konu olabilmekte iken inşaat sözleşmesine yalnızca maddi nitelikteki inşa eserleri konu olabilmektedir⁵.

İnşaat sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz yapılar oluşturmaktadır. Taşınmaz yapı, bir arsada sürekli olarak kalma maksadıyla yapılan ve arsaya fiziksel olarak bağlı yapılardır⁶. İnşaat sözleşmesinin konusunu kural olarak taşınmaz yapılar oluştursa da taşınır yapılar da inşaat sözleşmesine konu olabilmektedir⁷. Taşınır yapılara gösteri çadırı, bungalov, sezonluk çadırlar, film veya gösteri dekoru gibi yapılar örnek olarak verilebilir⁸.

-
- KURŞAT**, Zekeriya, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFM, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 150; **KURT**, s. 35; **ÖZ**, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 3; **ÖZ**, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 2. Tıpkıbası, İstanbul, 2021, s. 15; **PAKET**, s. 37; **SEÇER**, Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484), 2. Bası, Ankara, 2020, s. 32; **SELİÇİ**, s. 6; **ŞAHİN**, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, 2012, s. 42; Meydana getirme denildiğinde önemli olanın eskisinden farklı bir hukuki varlığın ortaya çıkarılması olduğu bu nedenle bir gömleğin ütülenmesi, bir kitabın ciltlenmesi, bir maden ocağından maden çıkarılmasının dahi meydana getirme kavramına gireceği görüşü hakkında bkz. **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü Tıpkıbasımından Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul, 2010, s. 23; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul, 1977, s. 955; **YALÇINDURAN**, Türker, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, s. 46; **YAVUZ**, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018, s. 1248; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, 2019, s. 545; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 460; **Yarg. 15. HD, 25.01.2021, 1788/179**; “Dava, davalı yönetiminde bulunan İş Hanı’nın depreme karşı güçlendirilmesi işinin yapımına ilişkin sözlü eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup...” (E.T.: 12.05.2021, www.kazanci.com.tr).
- ⁵ **ÇAKIROĞLU**, s. 33; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 53; **DAYINLARLI**, s. 9; **SELİÇİ**, s. 6; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 457
- ⁶ **ÇAKIROĞLU**, s. 33; **DEMİR**, Mustafa Duhan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2017, s. 26; **DUMAN**, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2021, s. 99-100; **EKMEN**, s. 35; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 54; **KAPLAN**, s. 120; **KURŞAT**, s. 60; **GÖNEN**, s. 7-8; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 59; **ÖZ**, s. 1; 3194 sayılı İmar Kanunu’nun Tanımlar başlıklı 5. maddesinde yapı; “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*” şeklinde tanımlanmıştır.
- ⁷ **ÇAKIROĞLU**, s. 34; **EKMEN**, s. 36; **GÖNEN**, s. 9; **KURŞAT**, s. 60; **ÖZ**, s. 1.
- ⁸ **EKMEN**, s. 36; Sözleşmenin konusunu taşınır ya da taşınmaz yapının oluşturması sözleşmenin türüne etki etmeyecek, her iki ihtimalde de sözleşmenin türü inşaat sözleşmesi olacaktır. Ancak bu durum sözleşme ilişkisini etkileyecek birtakım hukuki farklar yaratabilecektir. Örneğin, taşınmaz yapılar TMK m. 718/2 gereğince arazinin bütünleyici parçası olarak o arazinin mülkiyetine dahil olduğundan taşınmaz inşaatında kullanılan beton, demir gibi malzemelerin mülkiyetini yüklenici hemen kaybedecek ve bunların sahibi arsa sahibi olacaktır. Taşınır yapı inşaatında ise yapı tamamlanıp yükleniciye teslim edilinceye kadar malzeme sahibi bunların da maliki olarak kalacaktır. Bu durumda sözleşme ilişkisinden dönülmesi halinde yüklenici maliki olduğu yapıyı söktüp derhal götürebilecek, ancak taşınmaz yapıyı inşa eden yüklenici ancak ve ancak arsa sahibi aleyhine açacağı sebepsiz zenginleşme davası ile kaybettiği malzemeleri geri alabilecektir **ÖZ**, s. 1-2; Başkasının arsası üzerinde kalıcı olmaksızın yapılacak kulübe, büfe, çardak, prefabrik gibi yapılar TMK m. 728 uyarınca taşınır mal hükümlerine tabidir. Bu yapılar tapu kütüğüne kayıtlı olmadıklarından *arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine* konu olamazlar **SÜTÇÜ**, Nezih, Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt-1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 33.

İnşaat sözleşmesinin, eser sözleşmesinin bir türü olması sebebiyle inşaat sözleşmesi ile ilgili hususlarda Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri (TBK m. 470-486) doğrudan⁹ uygulama alanı bulacaktır¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini tanımlayan 470. maddesinde yer alan “*eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi... üstlendiği sözleşmedir*” ibaresinden, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli ediminin yalnızca yapıyı meydana getirmek olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Ancak, inşaat sözleşmesi ile amaçlanan iş sahibinin yapıyı elde etmesi olduğundan yüklenicinin yapıyı meydana getirmiş olması tek başına yeterli olmayacak ayrıca meydana getirdiği bu yapıyı iş sahibine teslim etmesi gerekecektir. Başka bir ifade ile yüklenicinin yapıyı meydana getirmesi sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş sayılması için yeterli olmayacak, yüklenici ancak inşaat sözleşmesine konu yapıyı tamamlayıp teslim ettiği anda borcundan kurtulmuş olacaktır¹¹.

Doktrinde birçok yazar tarafından kanundaki bu tanımın eksik olduğu ve yüklenicinin sözleşmeden doğan asli edimini tanımlamada yetersiz kaldığı yönünde haklı eleştirilerde

⁹ Karma nitelikteki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin doğrudan değil, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ancak kıyas yolu ile tatbik edilebileceğini yönünde **AYAN**, s. 40; aynı yönde **C. YAVUZ**, s. 1071.

¹⁰ **AYAN**, s. 24; **ÇAKIROĞLU**, s. 23-24; **EKMEN**, s. 20; **ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul, 2010, s. 8; **GÖNEN**, s.17; **İLKGELEN**, s. 6; İnşaat sözleşmesine öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, sözleşme hükümlerinin bulunmaması halinde eser sözleşmesine ilişkin hükümler ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerle ihtilafın çözülememesi durumunda ise Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca hukukumuzda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gibi kamu ihale mevzuatlarında da inşaat sözleşmelerine ilişkin özel hükümlere rastlanmaktadır **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 28-29; **KULAKLI**, s. 18; **KURŞAT**, s. 16; **PAKET**, s. 97.

¹¹ **Z. ATEŞ**, s. 3; **AYAN**, s. 25; **AYAR BİRKİN**, Zeynep, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Ankara, 2019, s. 78; **BAŞARAN**, s. 1323; **ÇAKIROĞLU**, s. 51; **DİRİCAN**, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 41; **EKEN**, s. 38; **EREN**, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 72; **EREN**, Özel, s. 629; **ERMAN**, s. 33; **GÖKYAYLA**, s. 5; **GÜMÜŞ**, s. 10; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 18; **GÜR**, Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara, 2017, s. 39; **İLKGELEN**, s. 61-62; **KAHVECİ**, s. 10; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 118; **KULAKLI**, s. 6; **KURT**, s. 67; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2015, s. 455; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, s. 68; **PAKET**, s. 66; **PEKTAŞ**, Ahmet, Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Ankara 2021, s. 92; Eser sözleşmelerinde yüklenici ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olduğundan eserin meydana getirilmesi yeterli olmayacak, ayrıca teslimi de gerekecektir **SEÇER**, s. 32; aynı yönde **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 476-477; **ŞAHİN**, s. 44; **ŞAHİNİZ**, Cevdet Salih, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s. 6; **TEKELİOĞLU**, s. 163; **YAKUPPUR**, Sendi, Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009, s. 64.

bulunulmaktadır¹². Gerçekten de yüklenicinin yapıyı teslim borcu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen bu borcun varlığı teslimden bahseden TBK 473/1, 474/1, 475/1, 478 ve 479 gibi birçok maddeden anlaşılmaktadır¹³. Bu nedenledir ki yüklenicinin yapıyı teslim borcu Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen teslim borcunun yüklenicinin asli borcu olduğu kabul edilmekte ve yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan asli borcu, *“sözleşmede kararlaştırılan yapıyı zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlamak ve teslim etmek”* şeklinde tanımlanarak kanundaki bu eksiklik tamamlanmaya çalışılmaktadır¹⁴.

Çalışma konumuz bakımından yüklenicinin yapıyı teslim borcundaki teslim kavramından ne anlaşılması gerektiği, teslimin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı, teslim borcunun ne şekilde ve nerede ifa edileceği gibi hususlar önem arz etmektedir. Zira çalışmamızın İkinci Bölümünde açıklanacağı üzere yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlamak maksadıyla iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağı, ceza koşulunun işleyeceği zaman dilimi ve sair konular bu soruların cevaplandırılması ile anlaşılabilir. Bu nedenle aşağıda teslim kavramı, teslim borcunun ifa zamanı, ifa şekli ve ifa yeri açıklanmaya çalışılacaktır.

¹² ALTAŞ, s. 43; DEMİR, s. 59; ENLİ, İsa, “Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdünün Şartları, Hüküm ve Sonuçları”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 100; EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; GÖKYAYLA, s. 23-24; GÜMÜŞ, s. 28; GÜNEŞ, Zeynep Naz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2014, s. 77; KAHVECİ, s. 37; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 118; KURT, s. 56; OZANOĞLU, s. 67; PAKET, s. 66; SEÇER, s. 145; TEKELİOĞLU, s. 163; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 562; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 476-477.

¹³ TBK m. 473/1, “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, **iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın** sözleşmeden dönebilir”, TBK m. 474/1; “İş sahibi, **eserin tesliminden sonra**, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır”. TBK m. 475/1; “Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: 1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme”, TBK. m. 478; “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, **teslim tarihinden başlayarak**, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”, TBK. m. 479; “İş sahibinin bedel ödeme borcu, **eserin teslimi anında** muaccel olur”.

¹⁴ ALTAŞ, s. 43; AYAN, s. 83; DEMİR, s. 59; ENLİ, Makale, s. 100; EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; GÖKYAYLA, s. 24; GÜMÜŞ, s. 28; GÜNEŞ, s. 77; KAHVECİ, s. 37; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 118; KURT, s. 56; OZANOĞLU, s. 67; PAKET, s. 66; SEÇER, s. 145; TEKELİOĞLU, s. 163; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 562; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 476-477.

1. Teslim Kavramı

Teslim, inşaat sözleşmesine konu yapının sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasından sonra tamamlanmış yapının ifa amacı ile iş sahibine sunulmasıdır¹⁵. Dolayısıyla teslim için öncelikle yapının tamamlanmış olması gerekmektedir¹⁶.

Bu noktada yapının hangi aşamada tamamlanmış sayılacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Yapının tamamlanmasından anlaşılması gereken, tarafların sözleşmede kararlaştırmış olduğu bütün işlerin bitirilmiş olmasıdır¹⁷. Ancak bazen yüklenici sözleşmede kararlaştırılan tüm işleri tamamlamadan yapıyı teslim etmiş olabilir. Bu durumda hukuki anlamda teslimin gerçekleşmiş sayılıp sayılmayacağının tespiti önem arz etmektedir. Şayet yapıdaki eksiklik, bir apartman inşasında yalnızca bir dairenin musluklarının takılmamış olması gibi *önemsiz ve küçük bir eksiklik* ise iş sahibi dürüstlük kuralı gereğince yapıyı teslim almayı reddedemez. Eksiklik, *orta derecede önemli eksikliklerden* ise iş sahibinin bu orta derecedeki eksiklik nedeniyle yapıyı kabul etmediğini açıkça veya örtülü olarak ortaya koyması beklenir. Örneğin, teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına tabi tutulduğu bir sözleşmede yapıyı kullanma izninin alınmamış olması orta derecede önemli bir eksiklik olduğundan iş sahibinin yapıyı bu haliyle kabul etmediği yönündeki iradesini ortaya koyması gerekmektedir; aksi halde yapıyı bu eksiklikle kabul etmiş sayılır. Bu durumda hukuki anlamda teslimin gerçekleşmiş sayılmaması için iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürerek yapıyı kullanmaya başlaması veya zorunluluk nedeniyle yapıyı kullanmaya başladığını kanıtlaması

¹⁵ **AYAN**, s. 155; **BÜYÜKAY**, s. 75; **DAYINLARLI**, s. 46; **EKEN**, s. 38; **EKİNCİ**, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 274; **EREN**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; **EREN**, Özel, s. 629; **ERMAN**, s. 34; **GÖKYAYLA**, s. 191; **GÜMÜŞ**, s. 29; **GÜR**, s. 34; **İLKGELEN**, s. 62; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 118; **KULAKLI**, s. 9; **KURT**, s. 68; Teslim, yüklenicinin sözleşmeye, iş sahibinin sözleşme ile amaçladığı şeye, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde meydana getirdiği eseri iş sahibine arz etmesidir **OLGAÇ**, Samet Can, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 126, 2017, s. 108; **OZANOĞLU**, s. 67; **PAKET**, s. 81; **SELİÇİ**, s. 35; **ŞAHİNİZ**, s. 3; **TANDOĞAN**, s. 125; **TEKELİOĞLU**, s. 163; Teslim, yapının tamamlanması ve iş sahibine arz edilmesi olmak üzere iki alt unsurdan oluşmaktadır **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 478; **Yarg. 15. HD, 20.03.2017, 526/1199**; “Eser sözleşmesinde teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi olarak tanımlanmaktadır” (**ÖZTÜRK**, Muammer/**GÖZÜTOK**, Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Ankara, 2018, s. 133).

¹⁶ **Z. ATEŞ**, s. 17; **BAYRAMOĞLU**, s. 8; **BİLGETEKİN**, s. 44; **ÇAKIROĞLU**, s. 52; **EKEN**, s. 39; **EKİNCİ**, s. 274; **EREN**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; **İLKGELEN**, s. 62; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 118; **KULAKLI**, s. 24; **OZANOĞLU**, s. 73; **SELİÇİ**, s. 37; **ŞAHİN**, s. 62; **TEKELİOĞLU**, s. 163; **TUNÇOMAĞ**, Özel, s. 1012; **YAKUPPUR**, s. 64; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 480.

¹⁷ **BAŞARAN**, s. 1323; **KURT**, s. 70; **OZANOĞLU**, s. 63; **SELİÇİ**, s. 40; **TANDOĞAN**, s. 126.

gerekmektedir¹⁸. Dairenin kapı ve pencerelerinin takılmamış olması gibi *önemli ve büyük eksikliklerde* ise iş sahibinin yapıyı bu hali ile teslim alması dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenemez. Bu durumda iş sahibi yapıyı kullanmaya başlasa veya bu eksikliğe sessiz kalsa dahi hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmaz. Belirtmek gerekir ki bir eksikliğin “önemsiz ve küçük”, “orta derecede önemli” veya “önemli ve büyük” bir eksiklik olup olmadığı meselesi, eksikliğin işin bütünündeki oranına ve önem derecesine bakılarak karar verilmesi ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur¹⁹. O halde iş sahibi, yapıda önemsiz eksiklikler olması durumu haricinde dürüstlük kuralı gereğince yapıyı teslim almaktan kaçınabilecektir²⁰.

Yargıtay yapının tamamlanmış sayılması için “*objektif ölçüler içinde amacına uygun olarak kullanılabilir olması*” ölçütünü kabul etmektedir. Buna göre sözleşmede kararlaştırılan yapı, özgülendiği amaca uygun olarak kullanılmaya elverişli değilse tamamlanmamış sayılacaktır²¹.

¹⁸ **AYAN**, s. 69-70; **KOCAAĞA**, Köksal, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Ankara, 2018, s. 276; **KURT**, s. 71; **Yarg. 15. HD, 28.4.2021, 1701/2007**; “Dosya arasındaki 12/07/1988 tarihli davalı arsa sahipleri ile davalı yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. ve 8. maddelerinden yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınacağı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamında bulunan 18.04.2011 tarihli bilirkişi kurulu raporunda işyeri ve daireler bitmiş vaziyette olup...Belediyesi'nin 07/09/2009 tarihli yazısında ise projeye aykırılık bulunduğundan iskan ruhsatı verilemediği belirtilmiştir. O halde inşaatın yasal olarak tamamlandığından, yüklenicinin yükümlülüğünü yerine getirdiğinden söz edilemez...”; **Yarg. 15. HD, 15.1.2020, 2704/92**; “Sözleşmenin 5. maddesi kapsamında kararlaştırılan sürede iskân izninin de alınmış olacağı belirtildiğinden, yapı kullanma izin belgesi alma yükümlülüğünün yükleniciye bırakıldığı ve teslimin iskân koşuluna tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında, yapı kullanma izin belgesi alma yükümlülüğünün yükleniciye bırakıldığı durumlarda bu belge alınmaksızın bağımsız bölümler arsa sahiplerine teslim edilse dahi arsa sahibi yapı kullanma izin belgesi alınmayan bağımsız bölümleri kullanmaya zorlanamayacağından...” (E.T.: 25.08.2021, www.kazanci.com.tr).

¹⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **AYAN**, s. 65 vd.; bkz. **KURT**, s. 70-71.

²⁰ **AYAN**, s. 58; **BAŞARAN**, s. 1324; **BİLGETEKİN**, s. 44; **ÇAKIROĞLU**, s. 52; **EKEN**, s. 53; **EREN**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; **EREN**, Özel, s. 629; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 119; **KULAKLI**, s. 25; **KURŞAT**, s. 172; **KURT**, s. 70; **TANDOĞAN**, s. 126; **TEKELİOĞLU**, s. 163; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 480; **Yarg. 15. HD, 23.2.2021, 1505/426**; “Arsa sahipleri tarafından kabul edilebilir bir eserin yapıldığından söz edebilmek için; imara, kat karşılığı inşaat sözleşmesine, bilim ve fenne, onaylı projeye uygun olarak yapıldığının bilirkişi raporu ile tespitine ihtiyaç bulunmaktadır. Mahkemece taşınmaz başında yeniden keşif yapılarak uzman bilirkişiden (gerekirse bilirkişi kurulundan) bütün bu yönlerle işaret eden ayrıntılı bir rapor alınarak tüm deliller değerlendirilmelidir” (E.T.: 12.05.2021, www.kazanci.com.tr).

²¹ **BAYRAMOĞLU**, s. 9; **ÇAKIROĞLU**, s. 52; **GÜR**, s. 42; **GÖKYAYLA**, s. 192; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 119; **KURŞAT**, s. 171; **OZANOĞLU**, s. 73; **ŞAHİN**, s. 62; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 478; **Yarg. 15. HD, 16.11.2017, 1622/3997**; “O halde, sözleşme konusu iş-eser, kabulü reddedilemeyecek derecede tamamlanmış olarak yüklenici tarafından eser sahibine teslim edilmiş ise teslim tarihi itibarıyla iş bedelinin saptanması gerekir. Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür...” (E.T.: 08.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 3.3.2015, 2681/1102**; “Mahkemece alınan 13.6.2012 tarihli bilirkişi kurulu raporunda 58022 ve 58021 numaralı sondaj kuyularında sorun olmadığı, 58023 numaralı sondaj kuyusu pompasının değiştirilmesi, test vanası akması imalatının yapılması gerektiği, sondaj kuyularının elektrik imalatlarının projesine uygun olarak yapıldığı belirtilmiştir. O halde, sözleşme konusu iş-eser,

Yüklenicinin teslim etme borcunun karşısında iş sahibinin teslim alma külfeti²² bulunmaktadır. Teslim etme aynı olayı yüklenici bakımından, teslim alma ise iş sahibi bakımından ifade eden kavramlardır²³. O halde teslim alma iş sahibinin, yüklenicinin tamamladığı yapıyı fiili hakimiyeti altına alması olarak tanımlanabilecektir²⁴.

Teslim alma ve kabul farklı kavramlar olup birbiri ile karıştırılmamalıdır. Kabul, iş sahibinin teslim aldığı yapının sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğunu açıklayan irade beyanıdır²⁵. Kabul beyanı ile iş sahibi yapının ayıpsız olduğunu kabul etmiş olacak ve artık ayıp hükümlerine başvuramayacaktır²⁶.

-
- kabulü reddedilemeyecek derecede tamamlanmış olarak yüklenici tarafından eser sahibine teslim edildiğinden teslim tarihi itibarıyla iş bedelinin saptanması gerekir. Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür. Sözleşmede, iş bedelinin belirlenmesi yöntemini belirleyen bir hüküm veya sözleşmenin yollama yaptığı bir düzenleme bulunmadığına göre iş bedeli, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinde öngörülen yasal yönetime göre belirlenmelidir. Anılan Yasa hükmüne göre, yanlarca önceden kararlaştırılmamış veya yaklaşık olarak kararlaştırılmış olan eser bedeli yapıldığı somut olayda ikmal edilip teslim edildiği zamandaki serbest piyasa fiyatlarına göre, bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla yapılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenir..."(E.T.: 09.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 13.01.2014, 6387/204**; "Eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda teslim, yüklenici tarafından sözleşmenin amacına uygun olarak meydana getirilen ve objektif ölçülere göre kullanılabilir olan eserin iş sahibinin kullanımına sunulmasından ibarettir. Bu cümleden olmak üzere, iş sahibi sözleşmenin tümüne oranla önemsiz kalan eksiklik ve ayıplardan dolayı eseri teslim almaktan kaçınmaz. Ancak, bu eksik ve ayıpların tamamlattırılmasını veya bedelden indirilmesini talep edebilir..." (E.T.: 29.11.2020, www.kazanci.com.tr).
- ²² Doktrinde hakim görüşe göre, teslim alma hukuki niteliği itibarıyla bir yükümlülük değil, külfettir. Alacaklının, borçlunun ihtiyaç duyduğu bilgileri ve maddi olguları sağlaması amacıyla gerçekleştireceği hazırlık fiillerinin, alacaklı için bir ifa yükümlülüğü doğurmadığı bu nedenle külfet olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. İş sahibi, külfet niteliğindeki teslim alma fiilini gerçekleştirmez ise hukuki bir yükümlülüğü ihlal etmiş olmayacak; bir külfeti yerine getirmemiş olacaktır. Bu görüşte bkz. **BARLAS**, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992, s. 75-76; **PAKET**, s. 71; **TERCİER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 436; teslim almanın iş sahibi için borç niteliğinde olduğu yönünde aksi görüşte bkz. **ARDIÇ**, s. 253; **AYAN**, s. 36; Teslim alma yükümlülük olarak kabul edilirse borçlu temerrüdü hükümleri; külfet olarak kabul edilirse alacaklı temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır **ALDEMİR TOPRAK**, s. 554; Borç ve külfet kavramları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **EKMEN**, s. 72 vd.; bkz. **ARPACI**, s. 68 vd.
- ²³ **Z. ATEŞ**, s. 16; **AYAN**, s. 50; **BİLGETEKİN**, s. 43; **BÜYÜKAY**, s. 79; **ÇAKIROĞLU**, s. 51; **EREN**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 72; **GÖKYAYLA**, s. 192; **KAHVECİ**, s. 38; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 120; **PAKET**, s. 79-80; **SELİÇİ**, s. 35; **ŞAHİN**, s. 49; **ŞAHİNİZ**, s. 3; **TANDOĞAN**, s. 127; **YAKUPPUR**, s. 68; **YILDIRIM**, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 285; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 479.
- ²⁴ **GÖKYAYLA**, s. 192; **SELİÇİ**, s. 35; **ŞAHİN**, s. 52.
- ²⁵ **ARPACI**, s. 155; **AYAN**, s. 50; **AYAR BİRKİN**, s. 80; **BÜYÜKAY**, s. 75; **ÇAKIROĞLU**, s. 51.
- ²⁶ **ARPACI**, s. 155; **AYAN**, s. 50; **AYAR BİRKİN**, s. 80; **BÜYÜKAY**, s. 75; Eserin kabul edildiğine ilişkin beyan, iş sahibinin mevcut eseri sözleşmeye uygun bulunduğunu açıklayan ve artık açık ayıp iddiasında bulunmasını engelleyecek beyandır **ÇAKIROĞLU**, s. 51; **EKEN**, s. 53; **GÖKYAYLA**, s. 193; **GÜMÜŞ**, s. 29; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 31; **KAHVECİ**, s. 39; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 121; **PAKET**, s. 120; **ŞAHİN**, s. 53; **ŞAHİNİZ**, s. 4; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 479-480.

Yapının tamamlanmış olması ile ayıplı olması da birbirinden farklı kavramlardır. Yapının ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda teslim gerçekleşmiş sayılacaktır. Başka bir deyişle, ayıp kural olarak yapının teslimine engel olmayacaktır²⁷. Bunun yanı sıra sözleşmede kararlaştırılan bütün işler tamamlanmadan iş sahibi inşaatı teslim alsa dahi hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmayacak, bu nedenle ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanamayacaktır²⁸. Ayıptan sorumluluk, çalışma konumuz dışında olduğundan konu ile ilgili bu kadar açıklama yapmakla yetiniyoruz²⁹.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş sahibi kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir (TBK m. 84). Doktrinde bazı yazarlar, iş sahibinin önemsiz sayılabilecek birtakım işlerin henüz tamamlanmadığını ileri sürerek yapıyı teslim almaktan kaçınmasının veya teslim aldığına dair yüklenici nezdinde güven uyandıran iş sahibinin sonradan yapıdaki eksiklikleri göstererek teslimin gerçekleşmemiş sayılacağını iddia etmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağını savunmaktadır³⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yapının sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp teslim edildiğini ispat yükü HMK m. 190³¹ ve TMK m. 6 gereği³² yükleniciye ait olacaktır³³. Teslim hukuki bir fiil olduğundan teslimin gerçekleştirildiği tanık dinlenmesi de dahil olmak üzere

²⁷ ALTAŞ, s. 80; GÜR, s. 36-37; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 119; KURT, s. 68; TANDOĞAN, s. 126; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 482.

²⁸ GÜMÜŞ, s. 117; GÜR, s. 36-37; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 119; KURT, s. 68; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 482.

²⁹ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ACUN, Hüseyin, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Ankara, 2018; CENGİZ, Halis/CENGİZ, Mehmet, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2021; SELÇUK, Tuğba Gül, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, İstanbul, 2021.

³⁰ ÇAKIROĞLU, s. 52; DEMİR, s. 75; İLKGELEN, s. 62; KAHVECİ, s. 38; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 119; USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s. 53; C. YAVUZ, s. 1022; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 480.

³¹ “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”.

³² “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”.

³³ AYAN, s. 81; EKEN, s. 50; ERMAN, s. 34; GÜR, s. 57-58; İLKGELEN, s. 64; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 120; ŞAHİN, s. 76; USTA, s. 55; Yarg. 15. HD, 4.2.2020, 2626/264; “...sözleşmenin 12. maddesine göre sözleşme tarihinden itibaren 30 ay sonra yani 31.01.2009 tarihinde davacı arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümlerin bitmiş vaziyette noksansız olarak fiilen tesliminin kararlaştırıldığı, 1 numaralı parselde inşa edilen bağımsız bölümlerin fiilen kullanıldıkları, ancak henüz iskan ruhsatlarının alınmadığı, kural olarak, sözleşmeye göre bağımsız bölümlerin süresinde teslim edilip edilmediklerinin ispat yükünün davalı yükleniciye ait olduğu, bu nedenle 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinde inşa edilen binadaki davacı arsa sahibine düşen 4 adet bağımsız bölümün süresinde teslim edildiğini savunan yüklenici davalının, bu yöndeki savunmasını ispata yarar tüm delillerinin toplanılarak sonucuna uygun olarak karar verilmesi...” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr).

her türlü delille ispat edilebilecektir³⁴. Ancak, iş sahibi inşaattaki eksikliklere rağmen teslimi kabul etmiş ve ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin yapıyı kullanmaya başlamışsa bu durum, teslimin gerçekleştiği yönünde karine teşkil edecek ve ispat yükü yer değiştirecektir³⁵. Doktrinde AYAN, iş sahibi tarafından tamamlanmamış bir yapının kullanılmaya başlanmasının her zaman hukuki anlamda teslimin gerçekleştiği anlamına gelemeyeceğini, bunun için öncelikle yapının eksik kısımlarının tespit edilmesini, yapıda tespit edilen eksikliklerin çok önemli eksiklikler olması halinde iş sahibi tarafından yapı kullanılmaya başlansa dahi hukuki anlamda teslimin gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğini ve teslimin gerçekleştirildiğinin ileri sürülmesinin hakkaniyete aykırı olacağını savunmaktadır³⁶.

2. Teslim Borcunun İfa Zamanı

İfa zamanı, alacaklının ifa talebinde bulunabilme yetkisini kullanmaya başlayacağı anı başka bir deyişle borcun muaccel olduğu anı ifade etmektedir³⁷. İnşaat sözleşmelerinde

³⁴ **GÖKYAYLA**, s. 192-193; **SELİMOĞLU**, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 139; **SÜTÇÜ**, Cilt 1, s. 704; **USTA**, s. 55; **Yarg. 15. HD, 30.9.2020, 1047/2622**; “Eser sözleşmelerinde teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi olarak tanımlanmaktadır. Teslimi kanıtlama yükü somut olaydaki savunmaya göre taşeronlarda olmakla, bu teslimin nasıl kanıtlanması gerektiği davanın çözüm noktasını oluşturmaktadır. Taşeronun (yüklenicinin) meydana getirdiği eseri teslim ettiği vakiasını, teslim, hukuki işlem değil, hukuki fiil olduğundan kural olarak her tür kanıtla bu arada tanıkla dahi ispat edebilir. Bu açıklamalar ışığında somut olayda taraflarca işin bırakılması ya da durdurulmasından sonra taraflarca delil tespiti yoluyla yapılan imalatların seviyesi belirlenmediğinden, dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında eser sözleşmesinin varlığı halinde taşeronların (yüklenicinin) gerçekleştirip teslim ettiği işlerin, her türlü delille ve bu arada tanık beyanıyla ispatlanabileceklerdir...” (E.T.: 09.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 13.6.2019, 697/2767**; “Eser sözleşmelerinde teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirmesi olarak tanımlanmaktadır. Teslimi kanıtlama yükü somut olaydaki savunmaya göre davacı yüklenicide olmakla bu teslimin nasıl kanıtlanması gerektiği davanın çözüm noktasını oluşturmaktadır. Eserin teslim edilip edilmediğinin ispatında taraflar ispatın hangi delillerle yapılacağı hususunda sözleşmeye hüküm koyabilirler ve teslim konusunda bir delil sözleşmesi yapabilirler. Böyle bir delil sözleşmesi yoksa yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim ettiği vakiasını, teslim hukuki işlem değil, hukuki fiil olduğundan kural olarak her tür kanıtla bu arada tanıkla dahi ispat edebilir. Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisinde yazılı bir sözleşme ve bu sözleşmede yer alan teslim dair bir delil sözleşmesi niteliğinde teslim vakiasının ispatına dair bir hüküm bulunmadığından davacı yüklenici teslim vakiasını her tür delil ile kanıtlayabilecektir...” (E.T.: 09.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁵ **ŞAHİN**, s. 77; İş sahibinin zorunluluktan yapıyı kullanmaya başlaması – örneğin, kira sözleşmesinin bitmesi ve kalacak başka bir yeri olmaması gibi- ifayı kabul ettiği anlamına gelmemelidir. Bu durumda teslim borcunun ifa edilmediği gerekçesiyle yüklenici temerrüde düşürülebilecektir **YAKUPPUR**, s. 67.

³⁶ **AYAN**, s. 65 vd.

³⁷ **AKINTÜRK**, Turgut/ATEŞ Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, İstanbul, 2018, s. 114; **AKKANAT**, Halil, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 8; **BİLGETEKİN**, s. 21; **GÜR**, s. 53; **İLKGELEN**, s. 65; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 310, 456; **OZANOĞLU**, s. 71; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014, s. 328; **SELİMOĞLU**, s. 129; **ŞAHİN**, s. 74; **YAKUPPUR**, s. 71.

yapının teslim zamanı büyük önem taşıdığından çoğunlukla tarafların teslim zamanını sözleşmede kararlaştırdıkları görülmektedir³⁸.

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ifa zamanını eş deyişle yapının teslim zamanını sözleşmede diledikleri gibi kararlaştırabilirler³⁹. Uygulamada genellikle tarafların ifa zamanını 22.04.2020 gibi belirli bir takvim günü şeklinde kararlaştırdığı görülse de farklı şekillerde kararlaştırılmaları da mümkündür⁴⁰.

İfanın gerçekleştirileceği tarih belirli bir olayın gerçekleşmesinin üzerine ilave bir süre eklenerek -sözleşmenin kurulmasından, inşaat ruhsatının alınmasından veya iş sahibi tarafından arsanın yükleniciye tesliminden 1 yıl sonra- şeklinde de belirlenebilir⁴¹. İnşaat süresinin yüklenicinin bir fiili gerçekleştirmesi ile başlayacağı kararlaştırılmış ve fakat yüklenicinin bu fiili ne kadar süre içerisinde gerçekleştirmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda yüklenicinin bu fiili gerçekleştirmeyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde geciktirmesi halinde teslim borcunun muacceliyeti bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu konu çalışmamızın “Yapıyı Teslim Borcunun Muaccel Olması” başlığı altında inceleneceğinden burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz⁴².

İnşaat sözleşmelerinde nadiren görülse de taraflarca ifa zamanının kararlaştırılmamış olması durumunda ifa zamanı TBK m. 90 hükmüne göre belirlenecektir. Söz konusu hüküm, *“İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur”* düzenlemesini içermektedir. Buna göre, sözleşmede ifa zamanına ilişkin boşluk TBK m. 90 uyarınca hukuki ilişkinin özelliğine ve tarafların farazi

³⁸ Z. ATEŞ, s. 14; BİLGETEKİN, s. 25; EKEN, s. 56; EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 73; EREN, Özel, s. 630; GÜR, s. 53; İLKGELEN, s. 65; KURŞAT, s. 131; OZANOĞLU, s. 71; TEKELİOĞLU, s. 173; YAKUPPUR, s. 71.

³⁹ BAŞARAN, s. 1309; DAYINLARLI, s. 47; GÖKYAYLA, s. 197; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 122; KURŞAT, s. 130; KURT, s. 68; REİSOĞLU, s. 329; TANDOĞAN, s. 128; TEKELİOĞLU, s. 163.

⁴⁰ BİLGETEKİN, s. 25; BÜYÜKAY, s. 78; İfa zamanı “nisan ayı içerisinde” şeklinde belirlenmişse nisan ayının son günü mesai bitiminde borçlu ihtara gerek kalmadan temerrüde düşecektir DİRİCAN, s. 43; ERGİN, s. 42; GÜR, s. 54; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 122; KURŞAT, s. 131; OZANOĞLU, s. 71; TEKELİOĞLU, s. 164; YAKUPPUR, s. 71.

⁴¹ AYAN, s. 96; BAŞARAN, s. 1309; DİRİCAN, s. 44; ERGİN, s. 42; GÜNEŞ, s. 78; İLKGELEN, s. 70; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 123; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 461; OZANOĞLU, s. 71; ÖZ, s. 142; ÖZ, Dönme, s. 281, SELİÇİ, s. 66; Teslim süresi belirtilmesine rağmen sürenin başlangıcının belirtilmediği sözleşmede başlangıca esas alınacak tarihin sözleşmenin akdedildiği tarih olacağı yönünde bkz. Yarg. 23. HD, 30.12.1998, 3774/4528 sayılı kararı için bkz. SÜTÇÜ, Cilt-1, s. 705; ŞAHİN, s. 74; TEKELİOĞLU, s. 164; YAKUPPUR, s. 71.

⁴² Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. a.

iradelerine uygun olarak doldurulacaktır⁴³. Madde hükmünde geçen “borcun doğumu ile” ifadesi borcun vakit geçirilmeksizin ifa edilmesini ifade etmekte ise de bu ibare borcun doğumu ile ifaya hazırlık fiilleri arasında hiçbir sürenin geçmeyeceği anlamına gelmemektedir⁴⁴. Bu nedenle dürüstlük kuralına göre ifa için gereken zamanın dikkate alınması gerekecektir⁴⁵. Ancak inşaat sözleşmelerinde hukuki ilişkinin özelliği gereği inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi hazırlık çalışması ve zaman gerektireceğinden yüklenicinin teslim borcu sözleşmenin kurulması ile doğsa da teslim borcunun yapının tamamlanması ile muaccel olacağı kabul edilmektedir. Bu durumda, deneyimli bir uzman tarafından işe zamanında başlanması ve mutad araç, gereç ve iş gücü kullanılması halinde inşaatın yapımının ne kadar sürede tamamlanabileceği dürüstlük kuralı da göz önünde bulundurularak belirlenecek ve teslim borcunun doğduğu sözleşmenin akdedildiği tarihe belirlenen bu süre eklenerek ifa zamanı tespit edilecektir⁴⁶.

Uygulamada özellikle büyük yapı işlerinde işin kontrolünü sağlamak ve teslimin zamanında gerçekleşmesini güvence altına almak için ara vadeler kararlaştırıldığı görülmektedir. Ara vadelerde işin bir kısmı bitirilmekte ancak teslim edilmemektedir. Bu nedenle ara vadeler, kısmi teslim tarihleri ile karıştırılmamalıdır⁴⁷.

Sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinin iş sahibi veya yüklenici tarafından tek tarafı olarak uzatılması veya kısaltılması mümkün olmamaktadır. Meğerki taraflarca sözleşmenin kendiliğinden uzayacağı kararlaştırılmış veya sürenin uzatılmasını gerektiren haller

⁴³ AYAN, s. 96; ERGİN, s. 42; KURT, s. 93; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 563.

⁴⁴ H. AKKANAT, s. 10; BARLAS, s. 27; BAŞARAN, s. 1311; BİLGİN YÜCE, Melek, “İfa Zamanı (TBK m. 90-96)”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu (Editörler: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Murat Develioğlu), İstanbul, 2017, s. 929; EKEN, s. 57; KULAKLI, s. 17; ÖNEN, Turgut, Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, 1975, s. 39; ÖZ, Dönme, s. 282-283; PEKTAŞ, s. 84; YILDIZ, Mustafa Göktürk, Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, 2020, s. 6.

⁴⁵ H. AKKANAT, s. 10; BARLAS, s. 27; BAŞARAN, s. 1310; BİLGİN YÜCE, s. 929; EKEN, s. 57; ÖZ, Dönme, s. 283; PEKTAŞ, s. 84; YILDIZ, s. 6.

⁴⁶ BAŞARAN, s. 1312; BİLGETEKİN, s. 23-24; BÜYÜKAY, s. 202-203; COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara, 2020, s. 217; EKEN, s. 57; EREN, Özel, s. 630; ERGİN, s. 42; ERMAN, s. 62; GÖKYAYLA, s. 197; GÜMÜŞ, s. 35-36; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 30; GÜR, s. 56; İLKGELEN, s. 66; KAHVECİ, s. 75-76; KOCAĞA, Sözleşme, s. 123; KULAKLI, s. 18; KURŞAT, s. 132-133; KURT, s. 93; OZANOĞLU, s. 72-73; ÖZ, s. 143; TANDOĞAN, s. 129; TEKELİOĞLU, s. 164; YAKUPPUR, s. 72; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 563; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 483-484.

⁴⁷ BİLGETEKİN, s. 26; BÜYÜKAY, s. 203; GÖKYAYLA, s. 197; KURŞAT, s. 135; TANDOĞAN, s. 129.

sözleşmede belirtilmiş olsun⁴⁸. Taraflar teslim süresinin ne kadar uzayacağını da sözleşme aşamasında veya gecikme meydana geldikten sonra kararlaştırmış olabilirler⁴⁹. Sürenin ne kadar uzayacağı noktasında taraflar bir anlaşmaya varamamış ise bu boşluk hakim tarafından tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulacaktır. Buna göre, teslim süresinin yüklenicinin çalışmasının kesintiye uğraması nedeniyle yerine getiremediği işleri yapabilmesi için gerekli olan süre kadar uzamasına hükmedilecektir⁵⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yüklenicinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı kural olarak sözleşme süresi uzamayacaktır, bu gecikmeye yüklenici katlanmak zorunda kalacaktır. Sözleşme süresi iş sahibinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı ise kendiliğinden uzayacaktır. Bu durumda başlangıçta belirli olan vade belirsiz vadeye dönüşmüş olacaktır⁵¹. Konu ile ilgili detaylı açıklamalar çalışmamızın “Teslimde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması” başlığı altında yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

3. Teslim Borcunun İfa Şekli

Konusu taşınır bir mal olan eser sözleşmelerinde teslim borcu zilyetliğin devri yani eserin iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi ile ifa edilmektedir⁵². Ancak, inşaat sözleşmelerinin konusunu kural olarak taşınmaz yapılar oluşturduğundan ve çoğunlukla inşaat sözleşmesine konu yapı iş sahibinin arsası üzerinden meydana getirildiğinden zilyetliğin yükleniciden iş sahibine devrinden söz edilemeyecektir⁵³. Zira inşaat iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirildiğinden arsanın bütünleyici parçası olarak iş sahibinin mülkiyetine geçmiş olmaktadır⁵⁴.

⁴⁸ ARPACI, s. 269; AYAN, s. 99; BÜYÜKAY, s. 78, 201; DİRİCAN, s. 44; EKEN, s. 58; GÜR, s. 55-56; KOCAĞA, Sözleşme, s. 123; KURŞAT, s. 130; KURT, Leyla Müjde, “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, 2011, s. 159; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 311; ÖZ, s. 142; SEÇER, s. 146; TANDOĞAN, s. 128.

⁴⁹ ARPACI, s. 269; Sürenin uzamasından bahsedebilmek için inşaat süresinin başlamış olması gerektiği, aksi halde sürenin uzaması değil inşaat süresinin başlama tarihinin ertelenmesi söz konusu olacaktır EKEN, s. 63; ERGİN, s. 47; Bu durumda sözleşme süresi sözleşmede belirlenen süre kadar kendiliğinden uzayacaktır KURT, Süre, s. 159; SEÇER, ÖZ, “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 507.

⁵⁰ EKEN, s. 80; KURT, Süre, s. 165; SEÇER, s. 507.

⁵¹ GÜMÜŞ, s. 36; KURT, Süre, s. 165; TEKELİOĞLU, s. 174.

⁵² AYAN, s. 49; ERGİN, s. 40; KULAKLI, s. 10; ÖZ, Dönme, s. 305; PAKET, s. 91; SELİÇİ, s. 36.

⁵³ AYAN, s. 52; BAŞARAN, s. 1322; GÜR, s. 45; KOCAĞA, Sözleşme, s. 121; ÖZ, s. 145; PAKET, s. 81; ŞAHİNİZ, s. 11; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 481.

⁵⁴ AYAN, s. 52; ÖZ, Dönme, s. 309; ŞAHİNİZ, s. 11.

Teslim borcunun ne şekilde ifa edileceğini iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlar ve yüklenicinin kendi arsası üzerinde yapmış olduğu inşaatlar bakımından açıklamayı uygun görüyoruz. İş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen inşaatlarda iş sahibi arsa üzerindeki yapının başından itibaren zilyedi olduğundan teslim, yüklenici tarafından inşaatın tamamlandığının iş sahibine açık veya örtülü olarak bildirilmesi ile gerçekleşecektir⁵⁵. Eksiksiz olarak tamamlanan inşaat yüklenici tarafından iş sahibinin anlayabileceği şekilde iş sahibinin tasarrufuna bırakıldığı takdirde –örneğin, taşınmaz terk edilir, yapıyı kullanmaya engel durumlar ortadan kaldırılır ve yapı iş sahibinin yararlanmasına hazır hale getirilirse veya bağımsız bölüm anahtarı iş sahibine teslim edilirse- teslim örtülü bir bildirim ile gerçekleşmiş olacaktır⁵⁶.

Doktrinde teslimin gerçekleşmiş sayılması için yüklenicinin bu tarz hareketler ile örtülü bir bildirimde bulunmasının yeterli olduğu, açık bir bildirim ise ancak iş sahibinin yapının teslim hazır olduğunu anlayabilecek durumda olmaması halinde ihtiyaç duyulacağı kabul edilmektedir⁵⁷. İş sahibi teslim zamanı belirli bir inşaat sözleşmesinde yapının ne zaman teslim edileceğini biliyor olacaktır. Ancak özellikle teslim zamanının geçtiği bir inşaat sözleşmesinde teslimin ne zaman gerçekleşeceğine dair bir belirsizlik olduğundan iş sahibinin yapının teslim hazır olduğunu anlayabilecek durumda olmadığı ve bu nedenle açık bir bildirimde ihtiyaç duyulacağı savunulmaktadır⁵⁸.

İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda teslimden söz edebilmek için bildirim yanısıra inşaat iskelesinin sökülmesi, inşaatla kullanılan makinelerin, araç, gereç ve malzemelerinin götürülmesi gibi iş sahibinin yapı üzerinde fiili hakimiyet kurmasını

⁵⁵ ALTAŞ, s. 86; ARDIÇ, s. 252; AYAN, s. 52; AYAR BİRKİN, s. 78; BAŞARAN, s. 1322; BAYRAMOĞLU, s. 9; BÜYÜKAY, s. 77; ÇAKIROĞLU, s. 51; DEMİR, s. 68; EKİNCİ, s. 274; ERMAN, s. 34; ERGİN, s. 41; GÖKYAYLA, s. 194; KAHVECİ, s. 38; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 121; KULAKLI, s. 13; KURT, s. 81; ÖZ, s. 146; PAKET, s. 93; TANDOĞAN, s. 125; YAKUPPUR, s. 65; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 481.

⁵⁶ ARDIÇ, s. 253; Z. ATEŞ, s. 16; BÜYÜKAY, s. 77; ÇAKIROĞLU, s. 51; DEMİR, s. 68; EKİNCİ, s. 274; ERGİN, s. 41; ERMAN, s. 34; GÖKYAYLA, s. 194-195; GÜNEŞ, s. 77; GÜR, s. 40; KAHVECİ, s. 38; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 121; KURŞAT, s. 175; KURT, s. 69; OZANOĞLU, s. 69; ÖZ, s. 146; PAKET, s. 93; TANDOĞAN, s. 125; YAKUPPUR, s. 65; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 481.

⁵⁷ BİLGETEKİN, s. 45; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 31; KAHVECİ, s. 80; KULAKLI, s. 13; KURŞAT, s. 175; ÖZ, s. 146; ÖZ, Dönme, s. 310; ŞAHİN, s. 68.

⁵⁸ BİLGETEKİN, s. 45; KURŞAT, s. 175; KURT, s. 82; ÖZ, s. 146.

engelleyecek durumların ortadan kaldırılması ve anahtarların teslim edilmesi gibi iş sahibinin yapıdan yararlanmasını sağlayacak imkanların da temin edilmesi gerekmektedir⁵⁹.

Yüklenicinin kendi arsası üzerinde yaptığı inşaatlarda ise teslim, sözleşmeye konu yapının tamamlanıp iş sahibi adına tescili ve fiili zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir. Şayet inşaat tamamlanmamışsa mülkiyet iş sahibine geçirilse dahi yüklenici teslim borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır⁶⁰.

Yukarıda yer verilen açıklamalar inşaat sözleşmesinde teslimin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin hüküm bulunmaması halinde geçerlidir. Sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların teslimin ne şekilde gerçekleşeceğini kararlaştırmaları mümkündür⁶¹. Uygulamada yapının tesliminin anahtar teslimi, yapı kullanma izninin alınması, resmi bir kurulun yapacağı muayenenin olumlu çıkması veya işletme ruhsatının alınması gibi şartlara bağlandığı görülmektedir⁶². Bu durumlarda yapının teslim edildiğine ilişkin açık veya örtülü bildirim yapılsa dahi sözleşmede kararlaştırılan bu şart yerine getirilmedikçe hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmayacaktır⁶³. Örneğin, teslimin yapı kullanma izninin alınması

⁵⁹ COŞKUN, s. 218; ÇAKIROĞLU, s. 52; ERMAN, s. 34; GÜR, s. 47; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 121-122; aynı yönde GÖKYAYLA, s. 196; İLKGELEN, s. 63; KULAKLI, s. 14; KURŞAT, s. 174; OZANOĞLU, s. 69; ÖZ, s. 147; Ancak önemsiz ve inşaatın yararlanmayı engellemeyecek alet ve malzemelerin kaldırılmaması teslimi engel teşkil etmeyecektir ŞAHİNİZ, s. 12; Bir evin inşasında tüm işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa dahi bu teslimin gerçekleştiği anlamına gelmemelidir TANDOĞAN, s. 126, aynı yönde GÜR, s. 50; YAKUPPUR, s. 65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 482.

⁶⁰ GÖKYAYLA, s. 195; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 122; KULAKLI, s. 14; ÖZ, Dönme, s. 308-309; PAKET, s. 95-96; ŞAHİNİZ, s. 11; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 481; Yarg. 15. HD, 21.02.2005, 14685/2606; “Taraflar arasında akdedilen 10.12.1997 tarihli sözleşme ile davalının inşa edeceği alışveriş merkezinden 06 numaralı dükkanı davacıya satıp bedelini aldığı, inşa edeceği dükkanın tapusunu devredeceği ve imalatın 210 işgünü içinde bitirileceği bu sürenin mücbir sebepler dışında, gecikmesi halinde satıcı davalının alıcı davacıya günlük 1.000.000 TL. ödeyeceği, alıcının bu bedelin dışında gecikmeden dolayı başka hiçbir talepte bulunamayacağı kararlaştırılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, davalı müteahhit sıfatıyla yaptığı alışveriş merkezindeki dükkanı davacıya sattığı ve ayrıca tapu devride yapıldığı için sözleşme geçerli olup, davacı sözleşme uyarınca kararlaştırılan gecikme tazminatını isteme hakkına sahiptir. Tapu devrinin yapılmış olması dava konusu dükkanın davacıya teslim edildiğini göstermez. Davalı satışa konu dükkanı davacıya teslim ettiğini yazılı delillerle ispat etmek zorunda olup, bu hususu ispatlayabilecek herhangi bir delilde ibraz etmemiştir. Koruma Kurulu kararı davalının edimini yerine getirmesine engel olacak bir mücbir sebep olmadığı gibi, koruma kurulunun 27.9.2001 tarihli kararıyla da taşınmaza iskan izni verilmesinde bir sakınca olmadığına da karar verilmiştir. Değerlenen bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmedeki açık hüküm uyarınca davacının gecikmeden dolayı gecikilen her gün için 1.000.000 TL. cezai şart isteyebileceğinin kabulü gerekir...” (C. GÜNAY, s. 650).

⁶¹ EKEN, s. 52; ŞAHİNİZ, s. 15; USTA, s. 54.

⁶² AYAR BİRKİN, s. 79; BAŞARAN, s. 1322; EKEN, s. 52.

⁶³ COŞKUN, s. 236; Taşınmaz kullanılmaya başlanmasına rağmen yapı kullanma izninin alınmaması sebebiyle ileri sürülecek tazminat talebinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı hakkında bkz. BÜYÜKAY, s. 77; ÇAKIROĞLU, s. 53; EKEN, s. 52; EKİNCİ, s. 274; ERMAN, s. 35; GÜMÜŞ, s. 34; GÜNEŞ, s. 77; KURŞAT, s. 188; KURT, s. 68; OLGAC, s. 108; ÖZ, Dönme, s. 312; SELİÇİ, s. 42; SELİMOĞLU, teslimin yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanması ile yükleniciye yapı kullanma izninin alınması yükümlülüğünün bırakılması arasındaki farkına dikkat etmiştir. Teslimin yapı

şartına bağlandığı bir inşaat sözleşmesinde, yapı kullanma izni alınmadığı sürece hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Yargıtay, anahtar teslimli anlaşmalarda anahtar tesliminin iskan belgesinin alınmasını da kapsadığına, iskan belgesi alınmaksızın salt anahtarların teslim edilmesinin teslim için yeterli olmadığına hükmetmiştir⁶⁴.

Uygulamada çoğunlukla teslimin iş sahibi ile yüklenicinin inşaatı birlikte gezdikten sonra tarafların bir teslim tutanağı imzalaması şeklinde gerçekleştirildiği görülmektedir⁶⁵. Bu nedenle teslim tutanağının kural olarak teslimin gerçekleştiğini kanıtlar bir belge niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁶⁶. İskan izninin alınmış olması ise yapının teslim edildiği yönünde her zaman kesin bir bilgi vermeyecektir⁶⁷.

kullanma izninin alınması koşuluna bağlandığı durumda yapı kullanma izni alınmadan yapının teslimi halinde teslim gerçekleşmemiş sayılacaktır. Ancak teslimin yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmadığı ve fakat yüklenicinin yapı kullanma izninin alınması yükümlülüğü altına sokulduğu bir sözleşmede yapı kullanma izni alınmadan yapılan teslim geçerli olmakla birlikte ayıplı bir teslim olacaktır s. 140; **ŞAHİN**, s. 81; **ŞAHİNİZ**, s. 15; **TANDOĞAN**, s. 127; **TEKELİOĞLU**, s. 163; **USTA**, s. 54; **Yarg. 23. HD, 19.3.2019, 4371/1061**; "...ek sözleşmede inşaatın teslim süresinin anahtar teslim 30.07.2008 tarihi olarak belirlendiği, her ne kadar yüklenici 30.07.2008 tarihli bina teslim tutanağı ile süresinde teslimi gerçekleştirmiş olduğunu savunmuş olsa da, binanın bitmesi ile teslimin farklı hukuki durumlar olup, ancak 12.10.2010 tarihinde alınmış olan iskan ruhsatı ile teslimden bahsedilebileceği, dolayısıyla yüklenicinin 2 yıl 2 ay 12 günlük gecikmesinin söz konusu olup temerrüde düştüğü..." (E.T.: 08.05.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 09.03.2009, 1420/1294**; "...İskan ruhsatının alınması için bir süre verilerek bunun sonucuna uygun bir karar verilmesi, inşaatın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde iskan koşuluna bağlandığı, iskan alınmadığı ve inşaatın ruhsat tasdikli proje ile imara aykırı yapılmış olması sebebiyle hukuken geçerli teslim gerçekleşmediği ve yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekir" (**C. GÜNAY**, s. 1355).

⁶⁴ **Yarg. 15. HD, 8.3.2021, 1963/689**; "Anahtar tesliminden maksat inşaatın hukuken ikmal edilip kat irtifakını kurulmuş olması, iskan raporunun alınmış olması, içinde oturulabilir halde bahçe tanzimi ve aydınlatmanın yapılmış olmasıdır..." şeklinde olup davalı yüklenici vekili tarafından yapı kullanma izin belgesinin 12.05.2014 tarihinde alındığı, dosya kapsamında ise bozma öncesi ve sonrasında yapılan keşif ve alınan raporlardan sözleşmedeki teslim şartına aykırı olabilecek başkaca eksiklik bulunmadığı anlaşılmaktadır..." (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 23. HD, 5.4.2016, 10007/2132**; "Dava, davacı ile davalıların murisi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca ilgili Belediye Başkanlığı'nca kesilen idari para cezasının tahsili istemine ilişkindir. Dosya kapsamından, inşaat ruhsatı sahibi arsa sahibi olduğundan binadaki imara aykırılıklar sebebiyle ilgili Belediye Başkanlığı'nca arsa sahibi aleyhine para cezası ve gecikme zammı tahakkuk ettirildiği, bu cezanın ve gecikme zammının arsa sahiplerince henüz ödenmediği anlaşılmış olup, yüklenici anahtar teslimi, bir başka anlatımla iskan alınmış olarak teslimi üstlendiğinden ve henüz iskan ruhsatı alınmadığından inşaatın hukuken tesliminden söz edilemez" (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁵ **AYAN**, s. 82; **BİLGETEKİN**, s. 45; **EKEN**, s. 52; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 122; **GÖKYAYLA**, s. 195; **GÜR**, s. 52; **KULAKLI**, s. 13; **ÖZ**, s. 146; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481.

⁶⁶ Taraflar arasında imzalanan teslim tutanağı uygulamada çoğunlukla "kabul teslim tutanağı" olarak adlandırılmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken nokta tarafların teslim tutanağı ile neyi amaçladıklarıdır. Tarafların sözleşmede yer verdikleri yapıyı birlikte gezdikten sonra imzalanacak kabul teslim tutanağı ile teslim almayı mı yoksa ayıptan sorumluluğu sona erdiren kabulü mü amaçladıkları somut olayda taraf iradeleri göz önüne alınarak belirlenmelidir **AYAN**, s. 82; **DAYINLARLI**, s. 46; **GÖKYAYLA**, s. 195; Kural olarak teslimin gerçekleşmiş sayılması için arsa sahibinin kabulüne gerek yoktur; ancak taraflarca teslimin iş sahibinin kabulüne tabi tutulduğu sözleşmelerde kabul tutanağının iş sahibince imzalanması ile teslim gerçekleşmiş olacaktır **GÜR**, s. 52; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 122; **KULAKLI**, s. 13; **ÖZ**, s. 146; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 481.

⁶⁷ **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 122; İskan izni alınmış olmasına rağmen teslimin gerçekleşmiş sayılmayacağı haller söz konusu olabilir. Tam tersi olarak, iskan belgesi alınmamış olsa dahi teslimin gerçekleşmiş olacağı

4. Teslim Borcunun İfa Yeri

Niteliği gereğince ifası yalnızca belli bir yerde mümkün olan edimler bakımından ifa yeri, edimin ifasının mümkün olduğu bu yer olacaktır. İnşaat sözleşmelerinin konusunu çoğunlukla taşınmaz yapılar oluşturduğundan inşaat sözleşmesine konu yapı nerede meydana getiriliyorsa pek tabii olarak teslim yeri de orası olacaktır⁶⁸. Ayrıca taşınmaz malın bütünleyici parçaları veya makine gibi teferruatları da taşınmaz yapının bulunduğu yerde teslim edilecek ve takılacaktır⁶⁹.

B. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesi

İnşaat sözleşmesi ile yüklenici, belli bir bedel karşılığında inşaat sözleşmesine konu yapıyı meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. Bu bakımdan inşaat sözleşmesinin başlıca unsuru bir yapının meydana getirilmesidir⁷⁰. Yapıyı meydana getirme unsuru, yapı ve meydana getirme unsuru olmak üzere iki alt unsurdan oluşmaktadır⁷¹.

Yapıyı meydana getirmenin alt unsurlarından biri yapı unsurudur. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 5. maddesinde yapı, *“karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler”* olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise yapı (inşaat) kavramı farklı yazarlar tarafından *“yalnız belirli bir şekil içinde maddi bir varlığa, bir cisme sahip bulunan, insan emeğinin ürünü olan ve başkasına devir ve teslim edilebilen yapılar”⁷²*, *“doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan ve hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine, eşya gibi diğer cansız şeylerin saklanmasına ve korunmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeğiyle suni olarak yapılmış*

durumlar da bulunabilir. Bunun için taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılmalıdır **KULAKLI**, s. 13-14; **KURŞAT**, s. 175.

⁶⁸ **GÖKYAYLA**, s. 198; **GÜR**, s. 53; **KAHVECİ**, s. 39; **KULAKLI**, s. 17; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 320; **OZANOĞLU**, s. 74; **SELİÇİ**, s. 37; **SELİMOĞLU**, s. 142; **TEKELİOĞLU**, s. 164; **YAKUPPUR**, s. 70; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 484.

⁶⁹ **KAHVECİ**, s. 39; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 137; **KULAKLI**, s. 17; **TANDOĞAN**, s. 128; **YAKUPPUR**, s. 70.

⁷⁰ **ALTAŞ**, s. 45; **GÖKYAYLA**, s. 9; **SELİÇİ**, s. 6; **ÇAKIROĞLU**, s. 33; **EKMEN**, s. 36; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; **GÖNEN**, s. 7; **KURT**, s. 35; **SEÇER**, s. 27; **TANDOĞAN**, s. 22 vd.; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 455.

⁷¹ **ÇAKIROĞLU**, s. 33; **EKEN**, s. 25; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 53; **GÖKYAYLA**, s. 9; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 58; **SELİÇİ**, s. 5.

⁷² **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 59; **KURŞAT**, s. 60; **KURŞAT**, Vekalet, s. 148.

veya düzenlenmiş her türlü şey⁷³”, “yüklenicinin iş sahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı üstlendiği sonuç⁷⁴” şeklinde tanımlanmıştır.

Yapıyı meydana getirmenin bir diğer alt unsuru ise meydana getirme unsurudur. Yapma, inşa etme, meydana getirme sözcükleri eş anlamlı olarak kullanılabilir. Biz çalışmamızda daha kapsamlı olduğunu düşündüğümüzden “meydana getirme” sözcüğünü kullanmayı tercih ettik. Meydana getirme, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan sonucu elde etmeye yönelik belli bir zamana yayılmış faaliyetlerini ifade etmektedir⁷⁵.

Yapının meydana getirilmesinin mevcut olmayan bir şeyin ortaya çıkarılması, mevcut bir yapının değiştirilmesi, onarılması, yıkılması veya bu yapıya ilaveler yapılmasını ifade eden geniş bir kavram olduğundan yukarıda bahsedilmişti. Bu bakımdan bir bina, yol, köprü, baraj yapmak yeni bir yapının meydana getirilmesine; mevcut bir yapının alanının genişletilmesi veya daraltılması mevcut bir yapıya ilave yapılmasına; bir binanın iç duvarlarının kırılması veya büyük odaların bölünmesi mevcut bir yapıda değişiklik yapılmasına; bir binanın çatısının onarılması mevcut bir yapının onarılmasına örnek gösterilebilecektir.

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin en büyük menfaati, yüklenici tarafından yapının zamanında teslim edilmesidir. Bu nedenle yüklenicinin yapıyı meydana getirmiş olması tek başına yeterli olmayacak aynı zamanda zamanında teslim etmesi de gerekecektir⁷⁶. Yüklenicinin inşaat sözleşmesine konu yapıyı sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde tamamlayıp teslim edebilmek için gerekiyor ise işçi sayısını arttırmak, fazla mesai yapmak gibi gerekli önlemleri alması gerekecektir⁷⁷.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü ile ilgili Türk Borçlar Kanunu’nda özel hükümler bulunmadığından borçlu temerrüdüne ilişkin 117-122 maddeleri ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemeler içeren 123-125 maddeleri uygulama alanı bulacaktır⁷⁸. Yapıyı teslim borcunun

⁷³ EREN, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 55.

⁷⁴ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 455.

⁷⁵ ALTAŞ, s. 45; BAYRAMOĞLU, s. 25; ÇAKIROĞLU, s. 35; EREN, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 56; PAKET, s. 39; SEÇER, s. 31.

⁷⁶ DEMİR, s. 60; DİRİCAN, s.41; KOCAĞA, Sözleşme, s. 123; KURT, s. 141; ŞAHİN, s. 139; TEKELİOĞLU, s. 164; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 484.

⁷⁷ SELİÇİ, s. 67.

⁷⁸ KOCAĞA, Sözleşme, s. 123; ÖZ, s. 142; TEKELİOĞLU, s. 164.

ifası mümkün ise yapının zamanında teslim edilmemesi halinde ifada gecikme söz konusu olacak ve bu gecikme birtakım şartların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin temerrüdünü gündeme getirecektir⁷⁹. Aşağıda yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi için gerekli olan bu şartlar açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Temerrüdün Şartları

a. Yapıyı Teslim Borcunun Muaccel Olması

Türk Borçlar Kanunu'na göre borçlunun temerrüde düşmesi için borcun muaccel eş deyişle talep edilebilir olması gerekmektedir (TBK m. 117). Borç muaccel olmadan önce borçlunun ifa yükümlülüğünden ve dolayısıyla temerrüdünden söz edilemeyecektir⁸⁰.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle teslim borcunun muaccel olması gerekmektedir. Kanunda muacceliyete ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte doktrinde muacceliyetin *“borçlunun ifayı yerine getirmekle yükümlü olduğu, alacaklının da ifayı talep ve dava edebileceği an”* olarak tanımlandığı görülmektedir⁸¹. O halde teslim borcunun muaccel olması, iş sahibinin tamamlanmış olan yapının teslimini talep edebilmesi olarak tanımlanabilecektir.

⁷⁹ H. AKKANAT, s. 7; BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, s. 100; “Borçlu temerrüdü, zaman bakımından ifası gereken ve yerine getirilebilme olanağı bulunan edimin, zamanında yerine getirilmemesi sonucu olarak borçlunun içine düştüğü sorumluluk durumudur” DAYINLARLI, s. 56; İLKGELEN, s. 68; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 24. Bası, Ankara, 2020, s. 867; OLGAC, s. 100; “Borçlu temerrüdü, borçlunun ifada nitelikli bir gecikmesidir” OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 455; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, s. 469; UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Madde 51-108), Cilt 3, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 3319; YAKUPPUR, s. 74; YILDIRIM, s. 307.

⁸⁰ ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 480; BAŞARAN, s. 1309; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 286; HAVUTÇU, Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 24.

⁸¹ H. AKKANAT, s. 8; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 128; ANTALYA, O. Gökhan, s. 480; Z. ATEŞ, s. 13; AYAN, s. 94; BARLAS, s. 21; Muacceliyet dar anlamda ifanın talep edilebilmesi; geniş anlamda borçlunun ifadan kaçınabilmesini sağlayan def’ilerin bulunmamasını ifade etmektedir BİLGİN YÜCE, s. 927; Muacceliyet, alacağın talep edilebilmesi için kanuni veya sözleşmesel bir engelin kalmaması anlamına gelmektedir DAYINLARLI, s. 56; aynı tanım için bkz. ÖNEN, s. 37; Muacceliyet, alacaklının, borçlu tarafından borçlanılan edimin talep ve dava edebilmesi olarak tanımlanmıştır EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 1092; EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 73; GÜNEŞ, s. 78; İLKGELEN, s. 69; KOCAĞA, Sözleşme, s. 124; Borcun muacceliyeti, alacaklı tarafından borçludan ifanın talep edilebileceği, ifaya zorlanabileceği zamanı ifade etmektedir ÖZ, s. 142; SEÇER, s. 145-146; ŞAHİN, s. 163; “Alacaklı edayı talep ve bu maksatla borçluyu dava edebilecek vaziyette olmalı, onun edayı talep edebilmesine kanuni veya akdi bir mani bulunmamalıdır” TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 470; YAKUPPUR, s. 75; YILDIRIM, s. 308; YILDIZ, s. 4.

Yüklenici, teslim zamanı gelmesine rağmen yapıyı tamamlayamaz veya tamamlamış olmakla birlikte teslim edemez ise gecikmede kusuru olup olmadığına bakılmaksızın temerrüt gerçekleşmiş olacaktır⁸². Ancak unutulmamalıdır ki, yüklenicinin gecikmesini haklı kılacak sebeplerin varlığı, teslim borcunun muacceliyet anının uzamasına sebebiyet verecek ve temerrüdün sonuçlarının doğmasını engelleyebilecektir⁸³. Bu duruma örnek olarak, gecikmeye beklenmeyen hal, mücbir sebep veya iş sahibinin riziko alanında meydana gelen bir olayın sebep olması halleri verilebilir⁸⁴. Konu ile ilgili detaylı açıklamalar “Teslimde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması” başlığı altında yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

aa. İfa zamanının belirli olduğu inşaat sözleşmeleri bakımından

Taraflar teslim borcunun ne zaman muaccel olacağını başka bir deyişle teslim zamanını sözleşmede kararlaştırabilirler. Taraflarca inşaat sözleşmesinde vade tarihi belirlenmiş ise bu tarihin gelmesiyle birlikte yapıyı teslim borcu muaccel olacak ve vade tarihinde yapıyı tamamlayıp teslim edemeyen yüklenici ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşmüş olacaktır⁸⁵.

⁸² Doktrinde çoğunluk borçlunun kusurlu olmasının temerrüdün bir şartı olmadığı ve fakat borçlunun kusurunun temerrüdün sonuçları bakımından önem arz ettiği yönündedir **H. AKKANAT**, s. 44-45; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 478; **AYAN**, s. 168; **BİLGETEKİN**, s. 51; **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 293; **EREN**, s. 1098; **İLKGELEN**, s. 69; **SEÇER**, Öz, “İnşaat Sözleşmelerinde Covid-19’a Bağlı Süre Uzatımı”, Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları (Editör: Kemal Şenocak), Ankara, 2021, s. 164; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 480; **YILDIZ**, s. 76.

⁸³ **BAŞARAN**, s. 1312; **DİRİCAN**, s. 104; **EKEN**, s. 65; **ENLİ**, Makale, s. 101; **GÜNEŞ**, s. 78; **TEKELİOĞLU**, s. 165; **YAKUPPUR**, s. 76; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 485.

⁸⁴ **BAŞARAN**, *süre uzatımına sebep olacak koşulları* şu şekilde özetlemiştir: İnşaat süresi işlemeye başlamış olmalı, inşaat olağan sürede tamamlanarak teslim edilmemiş olmalı, teslimin zamanında gerçekleşmemesi iş sahibinden veya mücbir sebeplerden kaynaklanmalı, yüklenicinin çalışma temposunu artırarak inşaatı zamanında teslim etme yükümlülüğü bulunmamalı, yüklenici işi zamanında bitirememe tehlikesi olduğunu gecikmeksizin iş sahibine bildirmeli, yüklenici bazı davranışlarıyla gecikme tehlikesini yüklenmemiş olmalı s. 1313; süre uzatımı şartları ile ilgili ayrıca bkz. **ERGİN**, s. 54 vd.; bkz. **AYAN**, s. 110 vd.; Bu noktada unutulmamalıdır ki, beklenmeyen hal veya mücbir sebep ifayı imkansız kılınmışa TBK m. 136 gereği yüklenici için kusursuz ifa imkansızlığı gündeme gelecektir. Burada anlatılmak istenen beklenmeyen hal, mücbir sebep veya iş sahibinin davranışının teslim borcunun zamanında ifasına engel olması ve fakat ifanın hala mümkün olması halidir.

⁸⁵ **Z. ATEŞ**, s. 14; **AYAN**, s. 96; **DAYINLARLI**, s. 63; **DEMİR**, s. 61; **DİRİCAN**, s. 43-44; **EKEN**, s. 56; **GÜMÜŞ**, s. 34; **GÜNEŞ**, s. 78; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 124; **KURŞAT**, s. 132; **KURT**, s. 176-177; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 460; **OLGAÇ**, s. 100; **OZANOĞLU**, s. 71; **ÖZ**, s. 142; **SEÇER**, s. 146; **TANDOĞAN**, s. 128; **TEKELİOĞLU**, s. 164; **UYGUR**, Cilt 3, s. 3321; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 563; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 483.

bb. İfa zamanının belirli olmadığı inşaat sözleşmeleri bakımından

İnşaat sözleşmelerinde nadiren de olsa taraflarca yüklenicinin yapıyı ne zaman teslim etmesi gerektiği kararlaştırılmamış olabilir. Çalışmamızın “Teslim Borcunun İfa Zamanı” başlığı altında bahsedildiği üzere, ifa zamanının kararlaştırılmadığı bir inşaat sözleşmesinde ifa zamanı TBK m. 90 hükmüne göre belirlenecektir. Buna göre, sözleşmede ifa zamanına ilişkin boşluk TBK m. 90 uyarınca hukuki ilişkinin özelliğine ve tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurulacaktır. Madde hükmü her borcun doğumu anında muaccel olacağını düzenlemektedir. İnşaat sözleşmelerinde hukuki ilişkinin özelliği gereği teslim borcu doğumu başka bir ifade ile sözleşmenin akdedilmesi ile muaccel olmayacaktır. Zira inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi hazırlık çalışması ve zaman gerektirecek, yüklenicinin teslim borcu sözleşmenin kurulması ile doğsa da yapının tamamlanması ile muaccel olacaktır⁸⁶. Bu durumda deneyimli bir uzman tarafından işe zamanında başlanması ve mutad araç, gereç ve iş gücü kullanılması halinde inşaatın yapımının ne kadar sürede tamamlanabileceği göz önünde bulundurulacak ve teslim borcunun doğduğu sözleşmenin akdedildiği tarihe belirlenen bu süre eklenerek ifa zamanı tespit edilecektir⁸⁷.

Tarafların teslim borcunun ne zaman muaccel olacağını sözleşmede kararlaştırmadığı durumlarda teslim borcunun ne zaman muaccel olacağının tespiti için iki sorunun cevaplanması gerekmektedir: Yüklenici inşaata ne zaman başlayacaktır? Yüklenici inşaatı ne kadar sürede tamamlayacaktır? İşte yüklenicinin yapıyı teslim borcu bu iki sürenin birleşimi ile ortaya çıkan süre sonunda muaccel olacaktır⁸⁸. Aşağıda teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı farklı ihtimallere göre örnekler üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

İlk ihtimal, sözleşmede hem yüklenicinin inşaata ne zaman başlayacağını hem de inşaatı ne kadar bir sürede tamamlayacağını kararlaştırılmış olmasıdır. Bu noktada teslim zamanı belirli gibi görünse de belirsizlik yaratan nokta, yüklenicinin inşaata ne zaman başlayacağını yüklenicinin bir fiili gerçekleştirmesine bağlanmış olması ve fakat bu fiilin yüklenici tarafından ne zaman gerçekleştirileceğinin belirsiz olmasıdır. Örneğin, yüklenicinin sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 3 ay içerisinde inşaat ruhsatını alması ve ruhsatın alındığı tarihten itibaren 36 ay içerisinde de inşaatın teslim edilmesinin kararlaştırıldığı bir

⁸⁶ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

⁸⁷ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

⁸⁸ BİLGETEKİN, s. 22; ERGİN, s. 44; İLKGELEN, s. 71.

sözleşmede inşaat ruhsatı 1. ayın sonunda da 3. ayın sonunda da alınabilir. İnşaat ruhsatı 3. ayın sonunda alınmış ise teslim borcu 39. ayın sonunda muaccel olacaktır. Ancak ruhsat 1. ayın sonunda alınmış ise artan bu 2 aylık süre yapının tamamlanması için kararlaştırılan 36 aylık süreye eklenmeyecek, dolayısıyla teslim borcu 37. ayın sonunda muaccel olacaktır⁸⁹.

Bir başka ihtimal, sözleşmede yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı belirlenmiş ve fakat inşaatı ne kadar sürede tamamlaması gerektiğinin belirlenmemiş olmasıdır. Bu durumda teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı TBK m. 90 hükmüne göre belirlenecektir⁹⁰. Buna göre, deneyimli bir uzman tarafından işe zamanında başlanması ve mutaat araç, gereç ve iş gücü kullanılması halinde inşaatın yapımının ne kadar sürede tamamlanabileceği göz önünde bulundurulacak ve sözleşmede taraflarca kararlaştırılan yüklenicinin işe başlama tarihine bu süre eklenerek teslim borcunun muaccel olacağı an tespit edilecektir⁹¹.

Son ihtimal ise inşaat süresinin yüklenicinin bir fiili gerçekleştirmesi ile başlayacağı kararlaştırılmasına rağmen bu fiilin ne kadar süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiğinin açıkça kararlaştırılmadığı durumlardır. Özellikle bu noktada yüklenicinin bu fiili gerçekleştirmeyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde geciktirmesi halinde teslim borcunun muacceliyeti bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin teslim borcunun yüklenici tarafından inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 36. ayın sonunda muaccel olacağı kararlaştırılmışsa ve yüklenici ruhsatı 20. ayın sonunda ancak alabilmişse teslim borcunun 56. ayın sonunda muaccel olacağının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olacaktır⁹². Bu durumda yine TBK m. 90 gereğince inşaat ruhsatının makul ve iyiniyetli bir yüklenici tarafından ne kadar süre içerisinde alınabileceği gözetilerek ortalama bir süre belirlenecek ve kararlaştırılan 36 aylık sürenin bu tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilecektir⁹³.

⁸⁹ AYAN, s. 98. ERGİN, s. 43.

⁹⁰ Bkz. çalışmamızın “Teslim Borcunun İfa Zamanı” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁹¹ AYAN, s. 101; BİLGETEKİN, s. 23; ERGİN, s. 45.

⁹² AYAN, s. 166; ERGİN, s. 44.

⁹³ AYAN, s. 99; EKEN, s. 57; KURŞAT, s. 134.

b. Teslimin Gerçekleşmemiş Olması

aa. İfa zamanında yapının teslim edilmemesi

Yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi için gereken ikinci şart, ifa zamanında sözleşmeye konu inşaatın teslim edilmemiş olmasıdır⁹⁴. Vadesi geldiği halde yapıyı iş sahibine teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır⁹⁵. Yüklenici teslimi gerçekleştirmedikçe yapıyı tamamlamış olsa dahi temerrüt sona ermeyecektir. Başka bir deyişle yüklenicinin temerrüdü inşaatın tamamlanması ile değil teslim ile sona erecektir.

Çalışmamızın “Teslim Borcunun İfa Şekli” başlığı altında yaptığımız tüm açıklamalar geçerli olmak üzere inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaat sözleşmesine konu yapıyı tamamladığını açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirmediği sürece hukuki anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmayacaktır.

bb. Başlangıç vadesi veya ara vadelere uyulmaması

İnşaat sözleşmesinde tarafların teslim zamanını belirli bir takvim günü şeklinde veya belirli bir olayın gerçekleşmesinin üzerine ilave bir süre eklenmesi şeklinde kararlaştırılabileceğinden çalışmamızda bahsedilmişti⁹⁶. Ancak taraflar bu şekilde yapının tamamlanıp teslim edileceği tarihi belirlemek dışında yapının meydana getirilmesi aşamasındaki çalışmaların düzenli olarak ilerleyip ilerlemediğinin kontrolünü sağlamak amacıyla ara vadeler veya başlangıç vadeleri de kararlaştırabilirler⁹⁷. Başlangıç vadesi ile işe ne zaman başlanacağı kararlaştırılmış olacak, ara vadeler ile ise belirlenen bu ara vadelerde yapının belirlenen aşamalara getirilip getirilmediği kontrol edilmiş olacaktır.

Başlangıç vadesi ve ara vadeler tarafları hukuken bağlayıcıdır. Başlangıç vadesine veya ara vadelere uymayan yüklenici, başlangıç vadesine uymaması veya ara vadelere riayet etmemiş olması nedeniyle yüklenicinin yapıyı meydana getirme borcunda temerrüdünü

⁹⁴ AYAN, s. 154; BAŞARAN, s. 1321; BÜYÜKAY, s. 200; DAYINLARLI, s. 58; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 124; KURT, s. 141; ÖZ, s. 145.

⁹⁵ Z. ATEŞ, s. 15; AYAN, s. 92; BÜYÜKAY, s. 200; DAYINLARLI, s. 58; DEMİR, s. 68; İLKGELEN, s. 73; KAHVECİ, s. 79; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 124; KURT, s. 141; OZANOĞLU, s. 75; ŞAHİN, s. 166.

⁹⁶ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

⁹⁷ KURT, s. 95.

düzenleyen TBK m. 473 hükmündeki yaptırımlara tabi olacaktır. İnşaat sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan TBK m. 473 hükmü ile kanun koyucu, henüz muaccel olmamış teslim borcunun ifa edilemeyeceğinin önceden anlaşıldığı durumlarda iş sahibine sözleşmeden “erken dönme” imkanı tanımaktadır⁹⁸. Örneğin, yüklenicinin 15 Aralık 2015 tarihinde teslim etmesi gereken inşaatın yapımına Ekim 2015 itibariyle halen başlamamış olması ihtimalinde iş sahibi, TBK m. 473/1 uyarınca sözleşmeden dönebilecektir.

Uygulamada bu vadelere uyulmaması ihtimali için ceza koşulu kararlaştırıldığı görülmektedir. Şayet iş sahibi TBK m. 473 hükmüne göre sözleşmeden dönmek istememişse yüklenici, sözleşmede başlangıç vadesine uyulmaması veya ara vadelere riayet edilmemesi ihtimali için kararlaştırılan ceza koşulunu ödemekle yükümlü olacaktır⁹⁹. Ceza koşulu çalışmamızın İkinci Bölümde detaylı olarak anlatılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

c. Yapıyı Teslim Borcunun İfasının Mümkün Olması

aa. İfanın imkansız olması

Yüklenicinin teslim borcunda temerrüdünün söz konusu olabilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri ifanın mümkün olması eş deyişle ifanın imkansız olmamasıdır¹⁰⁰. İfanın imkansız olması, yüklenicinin istese dahi teslim borcunu ifa edemeyecek olmasını ifade etmektedir¹⁰¹. Bu nedenle yüklenicinin yapıyı teslim borcunun ifasının mümkün olmaması durumunda yapının zamanında teslim edilmemesi yüklenicinin temerrüdüne yol açmayacaktır.

⁹⁸ BAŞARAN, s. 1314; DAYINLARLI, s. 100; TANDOĞAN, s. 115; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

⁹⁹ KURT, s. 96.

¹⁰⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 127; H. AKKANAT, s. 1; ANTALYA, O. Gökhan, s. 274; Z. ATEŞ, s. 17; BAŞARAN, s. 1318; BUZ, Dönme, s. 101; BÜYÜKAY, s. 204; DAYINLARLI, s. 58; DEMİR, s. 66; EREN, s. 1092; ERMAN, s. 64; GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014, s. 47; GÜNEŞ, s. 78; HAVUTÇU, s. 24; İLKGELEN, s. 72; KAHVECİ, s. 78; KOCAĞA, Sözleşme, s. 124; KURT, s. 120; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 455; OZANOĞLU, s. 76; ÖZ, s. 144; ÖZ, Dönme, s. 284; REİSOĞLU, s. 372; ŞAHİN, s. 141; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 479; YAKUPPUR, s. 82; YILDIRIM, s. 307; YILDIZ, s. 69.

¹⁰¹ İfa imkansızlığı, borcunun borcunu ifa etmesine engel olan ve bertaraf edilemeyecek bir engelin var olmasıdır AYDINCIK, Şirin, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Nama İfa), İstanbul, 2013, s. 29; İfa imkansızlığı, edimin ifa edilememesi ve cebri icra yolu ile elde edilememesi anlamına gelmektedir ARPACI, s. 195; İmkansızlık, bir şeyin meydana gelebilmesi için gerekli şartların mevcut olmamasıdır GÜNDOĞDU, s. 83; İfa imkansızlığına ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. KURT, Leyla Müjde, Borcunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136), Ankara, 2016, s. 81 vd.; ÖZ, s. 184; UYGUR, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Madde 109-213), Cilt 4, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 4110.

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdünden bahsedebilmek için yapının meydana getirilmesi ve iş sahibine teslimi hem sözleşme kurulurken hem de sözleşme kurulduktan sonra mümkün olmalıdır. Yüklenicinin yapıyı meydana getirme ve teslim borcunun ifası *sözleşme kurulurken* sürekli ve objektif olarak imkansızlaşırsa sözleşme TBK m. 27 gereği batıl olacak ve yüklenicinin teslim borcu hiç doğmamış olacaktır¹⁰². Çalışma konumuz bakımından önem arz eden imkansızlık ise sonradan ortaya çıkan, sürekli¹⁰³ ve objektif¹⁰⁴ imkansızlıklardır. İşte yüklenicinin ediminin sözleşme kurulduktan sonra sürekli ve objektif imkansızlaşması durumunda borç sona ereceğinden yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecek ve temerrüt hükümleri uygulanamayacaktır¹⁰⁵.

Temerrüt ve ifa kavramları bir arada bulunamaz bu nedenle imkansızlık söz konusu olduğunda yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir. Ancak yüklenici temerrüde

¹⁰² **ARIKAN**, Mustafa, “Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2008, s. 268; **AYAN**, s. 155; **BAŞARAN**, s. 1319; **COŞKUN**, s. 117; **DEMİR**, s. 67; **ERMAN**, s. 66; **GÜNEŞ**, s. 83; **KULAKLI**, s. 77; **KURT**, s. 120; **KURT**, İmkansızlık, s. 162; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 443; **ÖNEN**, s. 36; **ÖZ**, Dönme, s. 155; **UYGUR**, Cilt 4, s. 4106; **YAKUPPUR**, s. 125; **Yarg. 23. HD, 15.2.2017, 6532/423**; “İmar planı olmayan bir yerle ilgili olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılamaz. Böyle bir sözleşmenin konusu imkansız olduğundan sözleşme geçersizdir. Somut olayda inşaat yapılacak gayrimenkulün bulunduğu alanda geçerli olan imar planı 18.03.2008’de iptal edilmiş, taraflar arasındaki sözleşme ise 07.11.2008 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli bir imar planı yoktur. Bu haliyle sözleşme konusunun imkansız bulunduğu, bu imkansızlığın da sözleşmenin yapılmasından önce var olan objektif imkansızlık olduğu ortadadır. Bu durumda TBK’nın 27/1 maddesi uyarınca sözleşme batıl olduğundan taraflar edimlerini yerine getirmekten kaçınılabilir ve karşılıklı verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler....” (E.T.: 22.08.2021, www.kazanci.com.tr).

¹⁰³ **H. AKKANAT**, geçici imkansızlığın kural olarak imkansızlığa yol açmadığını, ancak ifanın yalnızca belli bir zamanda ifa edilebileceği gibi istisnai hallerde geçici imkansızlığın sürekli ifa imkansızlığı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağını ileri sürmektedir s. 17-18; Geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine “sözleşmeye tahammül süresi” denilmektedir. İmkansızlık geçici dahi olsa taraflarca katlanılması gerekip gerekmediği her somut olayın özelliğine ve şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir konudur **ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, s. 310; **Z. ATEŞ**, s. 17; **BAŞARAN**, s. 1318; **BUZ**, Dönme, s. 101; **BÜYÜKAY**, s. 204; **EREN**, s. 1090; **ERMAN**, s. 66; İmkansızlığın geçici olması halinde alacaklının borçluya TBK m. 123 gereğince ek süre vermesi, verilen ek süre içerisinde borcunu ifa etmeyen borçluya karşı temerrütten doğan haklar kullanılabilirliğini yönünde bkz. **GÜNDOĞDU**, s. 108.

¹⁰⁴ İnşaat sözleşmelerinde ceza koşulu çoğunlukla para kararlaştırıldığından objektif imkansızlık inşaat sözleşmeleri bakımından nadiren söz konusu olabilecektir. Çünkü para borcu bakımından objektif imkansızlık söz konusu olmaz, kişinin bunu ödeyememesi subjektif imkansızlık içerisinde olduğunu gösterir ki subjektif imkansızlık da TBK m. 27/1 anlamındaki imkansızlığa girmez **KOCAĞA**, s. 170; aynı yönde bkz. **BUZ**, Vedat, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, 1994, s. 25; bkz. **AYAN**, s. 155; subjektif imkansızlığın da borcu hiç ifa edilemez duruma getireceği, bu nedenle subjektif imkansızlık halinde de imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekeceği yönünde aksi görüş için bkz. **AYDINCIK**, s. 34; bkz. **KURT**, İmkansızlık, s. 121-122.

¹⁰⁵ **AYAN**, s. 156; **GÜNEŞ**, s. 78; **KAHVECİ**, s. 78; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 124; **KURT**, s. 120; **KURT**, İmkansızlık, s. 210; **ÖNEN**, s. 36; **PEKTAŞ**, s. 93; **TANDOĞAN**, s. 130; **YAKUPPUR**, s. 82; **YILDIRIM**, s. 307.

düştükten sonra teslim borcunun ifası imkansızlaşmış ise bu durumda temerrüdün teslim borcunun imkansızlaştığı ana kadar doğmuş olan sonuçları saklı kalacaktır. Başka bir deyişle temerrüt tarihinden imkansızlığın ortaya çıktığı ana kadar borçlu temerrüdü hükümleri, borcun imkansızlaşmasından sonra ise imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁶.

İfanın yüklenicinin kusuru ile veya kusuru olmaksızın imkansızlaşmasının bir önemi yoktur, her iki halde de temerrüt hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹⁰⁷. Ancak kusur, ifa imkansızlığı nedeniyle yüklenicinin teslim borcunu ifa edememesinin sonuçları bakımından önem arz edecektir. Zira imkansızlık nedeniyle borcun ifa edilememesinin sonuçları hangi tarafın kusurlu olduğuna göre ifa imkansızlığına ilişkin genel hükümlere (TBK m. 112 ve 136) ya da eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlere (TBK m. 485 ve 486) tabi olacaktır.

Yüklenici ifa imkansızlığına kendi kusuru ile sebebiyet vermişse, -örneğin hiçbir şekilde ruhsat alınamayacak bir arsaya inşaat yapmış, mevcut bir yapıyı onarmış veya onarılabilir bir yapıyı yıkmış ise- bu durumun borç ilişkisine etkisinin ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüş¹⁰⁸, yüklenicinin ifa imkansızlığına kendi kusuru ile sebebiyet vermesi halinde ifası imkansızlaşan edimin yerini zararı tazmin borcunun alacağını ve TBK m. 112 gereğince yüklenicinin, iş sahibinin olumlu zararını karşılamakla yükümlü olacağını savunmaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde ifaya olan menfaati olumlu zarar ile karşılanan iş sahibinin de

¹⁰⁶ H. AKKANAT, s. 48; AYAN, s. 156; BAŞARAN, s. 1320; CANSER/ÖZEL, Genel, s. 287; DEMİR, s. 68; GÜNDOĞDU, s. 50-51; GÜNEŞ, s. 83; İLKGELEN, s. 73; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 124; KURŞAT, s. 374; KURT, İmkansızlık, s. 210; ÖZ, s. 144; ÖZ, Dönme, s. 293; ŞAHİN, s. 147; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 481; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 912; YAKUPPUR, s. 83.

¹⁰⁷ EREN, s. 1105; İLKGELEN, s. 72; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 124; ÖZ, s. 144; ŞAHİN, s. 142; YILDIZ, s. 74.

¹⁰⁸ AYDINCIK, s. 34; A. KILIÇOĞLU, s. 1078; KURT, İmkansızlık, s. 178; REİSOĞLU, s. 349; TERCİER/ PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 460; aynı yönde YHGK, 1.12.2020, 14-1755/964; “Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescili, mümkün olmadığı takdirde satış vaadi sözleşmesine konu dairenin rayiç değerinin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ilişkindir. Resmî şekle uygun olarak geçerli bir biçimde kurulan bu sözleşmede yer alan davalının yapı ruhsatı olmadan inşa edilen bağımsız bölümün mülkiyetini devir taahhüdünün ilgili kurumlardan gerekli onayların alınması taahhüdünü de içerdiği, binaya ilişkin yapı ruhsatı ve onaylı mimari projesi bulunmaması ve imar planında kısmen ayrıntılı jeoteknik etüt gerektiren alan, kısmen dere taşkın alanı, Mesire Alanı ve kısmen 25 metrelik yol olarak planlanması nedeniyle edimin ifasının olanaksız olması karşısında, davalının taşınmazın mülkiyetini devir vaadine ilişkin aynen ifanın yerini tazminat borcu alacaktır”; Yarg. 14. HD, 28.6.2006, 6051/7724; “Bina, uygulamadaki tabiri ile imara aykırı yapılmış ve aykırılığın giderilme olanağı yoksa davacı ifadaki imkansızlık nedeniyle bağımsız bölüm tescilini değil davalının sübjektif kusuru nedeniyle akdin icra edilmemesinden kaynaklanan bütün zararlarını isteyebileceğinden dava reddedilmelidir...” (E.T.: 22.08.2021, www.kazanci.com.tr).

kendi edimini ifa etmesi gerekecektir. Bir diğer görüş ise¹⁰⁹ sonradan ortaya çıkan imkansızlık hallerinde yüklenicinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın her halükarda borç ilişkisinin sona ereceğini ve TBK m. 136/1 uyarınca yüklenicinin yapıyı meydana getirme ve teslim borcundan, iş sahibinin ise yapımı ve teslimi imkansız hale gelen kısma ilişkin bedel ödeme borcundan kurtulacağını, imkansızlığın ortaya çıkmasında yüklenici kusurlu ise yüklenicinin iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etme borcunun olacağını ileri sürmektedir¹¹⁰. Ancak, yapının tamamlanması *iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay* nedeniyle imkansızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecek (TBK m. 485/1)¹¹¹, imkansızlığın ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa yüklenici, ayrıca tazminat isteyebilecektir (TBK m. 485/2).

Türk Borçlar Kanunu’ un Kısmi İfa İmkansızlığı başlıklı 137/ f. 2 hükmü, “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır*” düzenlemesini haizdir. Bir görüş¹¹², TBK m. 84 gereğince borçlunun kısmi ifayı kabul etme zorunluluğu olmadığından, yapının bir kısmının tamamlanması ve teslim edilmesinin imkansızlaşması halinde borçlu yüklenicinin tam imkansızlık hükümlerinin uygulanmasını isteyebileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüş ise¹¹³, bölünebilen bir edim¹¹⁴ söz konusu ise

¹⁰⁹ GÜNDOĞDU s. 198; KULAKLI, s. 104; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 448.

¹¹⁰ Z. ATEŞ, s. 19; DAYINLARLI, s. 98; DEMİR, s. 57; GÜNDOĞDU, s. 45; GÜNEŞ, s. 83; KAHVECİ, s. 78; KULAKLI, s. 57; OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt I, s. 440, 446; ŞAHİN, s. 142; UYGUR, Cilt 4, s. 4106-4107; YAKUPPUR, s. 126; YILDIZ, s. 74; Yarg. 15. HD, 16.9.2020, 1557/2455; “İfa imkansızlığında kusurun bulunmaması halinde TBK 136/II. maddesi hükmünce borcundan kurtulan davalı almış olduğu şeyleri sebpsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybetmiştir. Sözleşme dava dışı üçüncü kişinin idare mahkemesine açtığı dava sonucu işlemin idari yargı kararı ile iptâl edilmiş olması üzerine davalı tarafça feshedilmiş olup, davacıya kusur izafe edilmediği gibi davalı da yargı kararına uyma zorunluluğu nedeniyle sözleşmeyi feshettiği fesihte kusurlu olmadığı ve kusursuz imkânsızlık nedeniyle davacının müspet zararlarından sorumlu tutulamayacağından davacı yüklenicinin müspet zarar kapsamında kâr kaybını talep etmesi mümkün değildir” (E.T.: 10.05.2021, www.kazanci.com.tr).

¹¹¹ BUZ, Vedat, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, 1994, s. 26 vd.; “Bu değere girmeyen değerler” ile yapının meydana getirilmesinde kullanılan harç, beton, cam, beton gibi malzemeler, araç-gereçlerin temin edilmesi için yapılan masraflar ve yapının inşası için yapılan sair harcamalar kastedilmektedir KULAKLI, s. 98.

¹¹² Bölünemeyen bir edimin söz konusu olduğu hallerde edimin bir kısmının imkansızlaşması durumunda tam imkansızlık hükümlerinin uygulanacağı ve alacaklının TBK m. 112 uyarınca borcun hiç ifa edilmemesinden doğan zararlarını talep edebileceği ve fakat edimin bölünebilir olduğu hallerde alacaklının kalan kısmın ifa edilmesinde menfaati bulunmuyorsa kısmi ifayı kabul etmesi beklenemeyeceğinden ifayı kabul etmeyen alacaklının temerrüdüne düşmesinin söz konusu olmayacağı yönünde bkz. GÜNDOĞDU, s. 113-114.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 453.

alacaklı iş sahibinin kısmi ifayı kabul ederek ifa edilmeyen kısma için tazminat talep edilebileceğini ileri sürmektedir. İnşaat sözleşmeleri bakımından yapının meydana getirilmesine ilişkin yapma ediminin kural olarak bölünemez nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Örneğin, bir apartmanın yapılması kararlaştırılmışsa apartmanın birkaç katının yapılmış olması iş sahibinin inşaat sözleşmesi ile elde etmeyi amaçladığı menfaati kısmen dahi karşılamayacaktır. Ancak bazı durumlarda yüklenicinin ediminin bölünebilir olduğu söylenebilecektir. Örneğin, inşaat sözleşmesinin konusunun iki bloktan oluşan bir sitenin meydana getirilmesi olduğu bir sözleşmede bir bloğun inşa edilmesi ve fakat diğer bloğun meydana getirileceği arsanın kamulaştırılması sebebiyle bu bloğun inşa edilememesi durumunda kısmi imkansızlık söz konusu olacaktır¹¹⁶.

İfa imkansızlığının yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesine engel olabilmesi için imkansızlığın objektif ve sürekli olması gerekmektedir. İmkansızlığın objektif olması ile kastedilen bu imkansızlığın tüm yükleniciler bakımından söz konusu olması, hiçbir yüklenici tarafından inşaatın teslim edilebilmesinin mümkün olmamasıdır¹¹⁷. Bunun yanı sıra imkansızlığın süreklilik arz etmesi de gerekmektedir. Zira kötü hava koşulları, arsayı su basması gibi ifayı geçici olarak imkansız hale getiren engeller kural olarak imkansızlığa değil, borçlu temerrüdüne sebep olacaktır¹¹⁸. Doktrinde Covid-19 salgını, halk ayaklanması gibi ne zaman sona ereceği kesin olarak öngörülemeyen hallerin sürekli nitelikte bir ifa imkansızlığı

¹¹⁴ Bölünebilen edimler, edimin niteliğinde bir değişiklik veya değerinde bir azalma olmaksızın parçalara ayrılabilen edimlerdir. Bu nedenle bölünemeyen edimlerde kısmi ifa söz konusu olmayacaktır **YILDIRIM**, s. 42; aynı yönde **GÜNDOĞDU**, s. 115.

¹¹⁵ **KULAKLI**, s. 80; **KURT**, s. 396.

¹¹⁶ **KULAKLI**, s. 80; Detaylı bilgi için bkz. **KURT**, İmkansızlık, s. 132 vd.

¹¹⁷ **ARIKAN**, s. 267; **AYAN**, s. 91; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 24; **EREN**, Özel, s. 705; Detaylı bilgi için bkz. **GÜNDOĞDU**, s. 128 vd.; **HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2017, s. 270; Tamamlanmış olduğu halde henüz teslim edilmemiş inşaatın tesliminin imkansızlaşması halinde de TBK m. 485'in uygulanması gerektiği görüşü hakkında bkz. **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 237; **KULAKLI**, s. 71; Yapının meydana getirilmesi ve tesliminin başka yükleniciler bakımından mümkün olması - örneğin, yüklenicinin maddi sıkıntılar nedeniyle yapıyı tamamlayamaması - halinde başka bir yüklenici bu yapıyı tamamlayabileceğinden burada sübjektif imkansızlığın gündeme geleceği, objektif imkansızlıktan söz edilemeyeceği yönünde **KURT**, s. 123; **KURT**, İmkansızlık, s. 95; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 444; **ŞAHİN**, s. 154.

¹¹⁸ **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 24; **EREN**, s. 1092; İfanın imkansız olup olmadığını tespitinde öncelikle borcun ifa edileceği zaman diliminin belirlenmesi gerekecektir. Borcun ifa edileceği zaman dilimi ve borcun bu zaman dilimi içerisinde ifa edilmediği tespit edildikten sonra ifa engelinin imkansızlık yaratıp yaratmadığı değerlendirilecektir **GÜNDOĞDU**, s. 103; **KULAKLI**, s. 75; Edim mutlak kesin vadede ifa edilmediği takdirde bunun imkansızlık olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. **KURT**, İmkansızlık, s. 110; **KURT**, s. 126; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 452.

sayılıp sayılamayacağı noktasında ise bu engelin yakın gelecekte sona ermesi beklenemiyorsa sürekli nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁹.

İnşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif ve sürekli nitelikteki bu imkansızlıklar maddi bir olaydan veya hukuki bir olaydan kaynaklanmış olabilir. İmkansızlığa sebep olan maddi olaylara, yapının inşa edileceği arazinin toprak kayması nedeniyle yok olması örnek verilebilir. Hukuki olaya ise imar düzenlemesinde sonradan yapılan değişiklik nedeniyle arsa üzerinde inşaat yapılmasının yasaklanması, yükleniciye teslim edilmek üzere ithal edilecek malzemelerin sonradan ilan edilen ithal yasağı nedeniyle temin edilememesi örnekleri verilebilir¹²⁰. Ancak yüklenici basiretli bir iş adamı olduğu için kendisinden gerekli özeni göstermiş ve bu hukuki imkansızlıkları biliyor olması beklenir. Bu nedenle yüklenici bu hukuki engelleri biliyorsa veya gerekli özeni göstermesi halinde öğrenebilecek durumda ise bu imkansızlık nedeniyle iş sahibinin uğrayacağı zararları TBK m. 112 gereğince karşılamakla yükümlü olacaktır¹²¹.

Ayrıca temerrüde düşen yüklenici, yapıyı teslim borcunun ifasının beklenmeyen halden dolayı imkansızlaşmasından da sorumlu olacaktır (TBK m. 119). *Beklenmeyen hal*, yüklenicinin temerrüdü sırasında, borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkan ve ifayı imkansız kılan tüm sebeplerdir. Türk Borçlar Kanunu'nun 119. maddesinde düzenlenen yüklenicinin sorumlu olacağı beklenmeyen hal kavramı, mücbir sebep ve beklenmedik kazaları da kapsar şekilde geniş anlamda kullanılmıştır¹²². Bu durumda yüklenici ancak temerrüde düşmede

¹¹⁹ KULAKLI, s. 75; KURT, s. 126; Geçici imkansızlığın temerrüdün diğer şartlarını da sağlamak koşulu ile borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet vereceği yönünde bkz. KURT, İmkansızlık, s. 169-170; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 452.

¹²⁰ ANTALYA, O. Gökhan, s. 287; AYAR BİRKİN, s. 34; BÜYÜKAY, s. 69-70; EREN, Özel, s. 705; GÜNDOĞDU, s. 124; Farklı örnekler için bkz. KULAKLI, s. 50-54; KURT, s. 133; İmkansızlık türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. KURT, İmkansızlık, s. 92 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 445; ÖZ, s. 25; Yüklenicinin inşaatı projeye aykırı şekilde yürütmesi –örneğin, projeye aykırı bağımsız bölümler yapmış olması nedeniyle temel üstü ruhsatının alınamaması gibi- hallerde imkansızlığın söz konusu olmayacağı ve gecikme yüzünden temerrüdün gündeme geleceği yönünde bkz. ÖZ, Dönme, s. 301.

¹²¹ KURT, s. 133; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 445; Hukuki imkansızlığın taraflarca her zaman ileri sürülebileceği, imar mevzuatına aykırı şekilde inşa edilmiş bir yapının kullanılmaya başlanmış olması ve hatta üçüncü kişilere satılmış olması ihtimalinde dahi dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin geçerli kılınamayacağı görüşü hakkında bkz. ÖZ, s. 25.

¹²² ANTALYA, O. Gökhan, s. 505; TBK m. 119 düzenlemesi esasen “temerrütten itibaren hasarın borçluya ait olmasını” ifade etmektedir Z. ATEŞ, s. 37; CANSEL/ÖZEL, Genel, s. 297; DAYINLARLI, s. 69; Beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KURT, İmkansızlık, s. 191 vd.; REİSOĞLU, s. 374.

kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir (TBK m.119/2)¹²³.

bb. İfa imkansızlığına ilişkin özel düzenlemeler (TBK. m. 485 ve 486)

Yüklenici tarafından inşaatın tamamlanması, iş sahibinden veya yükleniciden kaynaklanan bir sebepten dolayı imkansız hale gelebilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 485. maddesi iş sahibinden, 486. maddesi ise yükleniciden kaynaklanan sebeplerden dolayı ifanın imkansızlaşmasını düzenlemektedir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 485. maddesi, “*Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir (f.1). İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır (f.2)*” düzenlemesini haizdir. Buna göre, yüklenicinin ediminin sözleşmenin kurulmasından sonra iş sahibinin şahsında veya hakimiyet alanında ortaya çıkan beklenmedik bir olay nedeniyle imkansızlaşması halinde yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecektir¹²⁴.

Kanunun 485. maddenin uygulanabilmesi için ilk şart, inşaatın yapımına veya yapımına başlanmışsa tamamlanmasına engel olan ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir imkansızlığın var olmasıdır¹²⁵. Buradaki imkansızlık, yukarıda bahsedildiği üzere¹²⁶ sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif ve sürekli imkansızlıklardır.

İkinci şart ise imkansızlığın iş sahibi ile ilgili bir beklenmedik olaydan kaynaklanmış olmasıdır¹²⁷. Bu imkansızlığın maddi veya hukuki imkansızlık olabileceği ve bu imkansızlık

¹²³ H. AKKANAT, s. 45; ANTALYA, O. Gökhan, s. 510; ARIKAN, s. 279; CANSAL/ÖZEL, Genel, s. 297; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 282; KULAKLI, s. 116-117; KURT, s. 189 vd.; KURT, İmkansızlık, s. 184; ÖZ, s. 159; ŞAHİN, s. 216; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 483; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 927; YILDIZ, s. 113.

¹²⁴ COŞKUN, s. 234; EREN, Özel, s. 706; ERMAN, s. 70; GÜMÜŞ, s. 108; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 237; KULAKLI, s. 66; SEÇER, s. 257; YAVUZ, s. 1302-1303; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 550.

¹²⁵ ALTAŞ, s. 189-190; ARIKAN, s. 277; BUZ, İmkansızlaşma, s. 26; EREN, Özel, s. 705; KULAKLI, s. 68; KURT, s. 134; SEÇER, s. 258; TANDOĞAN, s. 327.

¹²⁶ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. c. aa.

¹²⁷ BUZ, İmkansızlaşma, s. 27; KULAKLI, s. 66; KURT, s. 134; SEÇER, s. 258; TANDOĞAN, s. 327.

hallerine ilişkin örnekler bir önceki başlık altında açıklandığından¹²⁸ burada ayrıca bahsedilmeyecektir.

Kanun'un 485. maddesinde yer alan *iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay*, iş sahibinin hakimiyet alanında ve onun şahsında meydana gelen beklenmedik olayları ifade etmektedir¹²⁹. Başka bir deyişle, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olaylar denildiğinde iş sahibinin yalnızca kusuru ile sebebiyet verdiği olaylar anlaşılmamalıdır. İş sahibinin kusurundan bahsedebilmek için iş sahibinin kasti veya ihmali bir hareket ile imkansızlığa sebebiyet vermiş olması gerekmektedir¹³⁰. Örneğin, hukuka aykırı olduğu açık olan bir kamulaştırma işlemine itiraz etmeyerek ihmalde bulunan iş sahibi, yapının meydana getirilmesine kusuruyla sebebiyet vermiş olacaktır¹³¹. Bunun gibi iş sahibinin kendi kusuru ile imkansızlığa sebebiyet verdiği hallerde TBK m. 485/1 hükmü yerine TBK. m. 485/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, TBK m. 485/2'nin "*İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır*" açık düzenlemesi gereğince sonraki ifa imkansızlığının ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru bulunuyorsa yüklenici olumlu zararını isteyebilecektir¹³². Olumlu zarar hesaplanırken yüklenicinin ifadan kurtulması nedeniyle yapmaktan kurtulacağı masraflar düşülecektir¹³³.

¹²⁸ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. c. aa.

¹²⁹ **ARIKAN**, s. 278; **ARPACI**, s. 196; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 27; **EREN**, Özel, s. 705; **GÜMÜŞ**, s. 108; **KULAKLI**, s. 82; **KURT**, s. 134.

¹³⁰ **YAVUZ**, s. 1303.

¹³¹ Kamulaştırma işleminde her ne kadar iş sahibinin kusuru yoksa da imkansızlığa sebep olan olay iş sahibinin arsası ile ilgili olduğundan iş sahibinin hakimiyet alanında gerçekleştiği kabul edilmektedir **COŞKUN**, s. 235; Burada iş sahibi iş birliği yapma borcunu ihlal etmektedir. *İş sahibinin iş birliği yapma borcu*, yapının inşaat sözleşmesine uygun olarak meydana getirilebilmesi ve zamanında teslim edilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken faaliyetler ve işlerin ifa etmesini ifade etmektedir **ARPACI**, s. 127, ayrıca detaylı bilgi için bkz. 133 vd.; İş sahibi yapması gereken iş birliğini yapmaz ise yüklenici alacaklı temerrüdünden doğan haklarını kullanabilir. Şayet iş sahibinin iş birliği yapma borcu, yüklenicinin yapıyı tamamlama ve teslim borcunun ifasını imkansızlaştırıyor ise yüklenici TBK. m. 485 uyarınca yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini; iş sahibi kusurlu ise ayrıca tazminat da isteyebilecektir **ÜNAL**, Akın, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi", **ERÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2019, s. 444; İş birliği yapma borcu, inşaatın tamamlanması için gerekli olan tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Başka bir deyişle, iş sahibinin iş birliği yapma borcu kapsamında yerine getirmesi gereken fiiller, sözleşmenin kurulması ile tamamlanmış yapının teslimi arasında yüklenicinin yapıyı tamamlama ve teslim borcunun ifasını sağlayan ve kolaylaştıran her türlü davranıştır **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 486; İş sahibinin iş birliği yapma borcuna ilişkin eylemlerine örnek olarak, inşaat arsasının hazırlanması ve teslimi, gerekli izin veya onayların sağlanması, planların verilmesi, eserin imali için gerekli malzemenin sağlanması verilebilir **ALDEMİR TOPRAK**, s. 529.

¹³² **ARIKAN**, s. 280; **ARPACI**, s. 199; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 28; **EREN**, Özel, s. 706; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 238; Ayrıca iş sahibinin yardımcı kişilerinin davranışı sonucu ortaya çıkan imkansızlıklardan da iş sahibi sorumlu olacaktır **KURT**, s. 134-135.

¹³³ **ALTAŞ**, s. 196; **ARIKAN**, s. 280; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 32; **GÜMÜŞ**, s. 110; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 240; Detaylı bilgi için bkz. **KURT**, s. 264 vd.; **TANDOĞAN**, s. 331; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 550.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde inşaat sözleşmesi fesih beyanına gerek olmaksızın, kanunun 485. maddesinden kaynaklı olarak ileriye etkili olarak sona erecektir¹³⁴. Bu durumda yüklenici 485/1 gereğince sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecektir. Örneğin, yüklenici yapıyı meydana getirmeye henüz başlamamış olmakla birlikte ifaya hazırlık için birtakım masraflar yapmışsa bu giderleri de iş sahibinden talep edebilecektir. Bu durumda yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödeyen iş sahibi, inşaatın tamamlanan kısmının kendisine iadesini isteyebilecektir¹³⁵.

Ancak yüklenici, ifayı imkansız hale getirecek durumu TBK m. 472/3 gereğince¹³⁶ gecikmesizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür, aksi halde yüklenici özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacak ve yüklenicinin kusuru söz konusu olacaktır. Bu durumda yüklenici sözleşmeden doğan özen borcuna aykırı davranmış olacağından TBK m. 485 değil, TBK m. 112 uygulama alanı bulacaktır¹³⁷.

Öte yandan ifanın imkansızlaştığı dönemde yüklenici aynı zamanda temerrüt içerisinde bulunuyorsa yine TBK m. 485/1 değil, yukarıda bahsettiğimiz temerrüde düşen borçluyu beklenmedik halde sorumlu tutan TBK m. 119 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, temerrüde düşen yüklenici, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumlu olacaktır (TBK m. 119/1). Ancak yüklenici TBK m. 119/2'deki kurtuluş kanıtı ile temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir (TBK m.119/2).

Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesi, yapının tamamlanmasının iş sahibine isnat edilebilen sebeplerden ötürü imkansız hale gelmesini düzenleme altına almıştır. Ancak yapı

¹³⁴ ARPACI, s. 201; BUZ, İmkansızlaşma, s. 29; EREN, Özel, s. 706; KULAKLI, s. 91; SEÇER, s. 259.

¹³⁵ ARPACI, s. 202; BUZ, İmkansızlaşma, s. 30; GÜMÜŞ, s. 109; KAHVECİ, s. 162; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 239; KURT, s. 135-136; SEÇER, s. 261; TANDOĞAN, s. 329-330.

¹³⁶ TBK m. 472/3; "Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur". Sözleşmenin lafzından yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün sözleşme kurulduktan sonra söz konusu olacağı sonucu çıkarılmaktadır. Ancak yüklenicinin sözleşme öncesinde TBK m. 472/3'e dayalı olmasa da culpa in contrahendoya dayalı bildirim yükümlülüğünün bulunduğu unutulmamalıdır SEÇER, Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, 2016, s. 741.

¹³⁷ BUZ, İmkansızlaşma, s. 31; GÜMÜŞ, s. 109; SEÇER, s. 261-262.

tamamlanmış olmakla birlikte yalnızca yapının teslimi imkansız hale gelmiş olabilir. Bu durumda 485. maddenin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹³⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nun 485. maddesi ile ilgili son olarak belirtmek gerekir ki, inşaatın yapımının veya tamamlanmasının imkansız olmadığını ispat bunu iddia eden tarafa, iş sahibi ile beklenmedik bir olay yüzünden kaynaklandığını ispat ise yükleniciye ait olacaktır¹³⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 486. maddesi ise inşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi halinde inşaatın tamamlanmasının imkansızlaşmasını düzenleme altına almıştır. Bu durumda sözleşme kendiliğinden sona erecektir. Burada 485. maddenin aksine edimin ifasının yüklenicinin şahsında ortaya çıkan beklenmedik olay nedeniyle imkansızlaşması söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin uygulanabilmesi için ilk şart, sözleşmenin yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınarak yapılmış olmasıdır. Şayet yüklenicinin kişisel özellikleri, uzmanlığı, bilgi düzeyi, tecrübesi gibi unsurlar önem arz etmiyorsa başka bir deyişle işin başkası tarafından ifası da mümkünse 486. madde uygulama alanı bulamayacaktır¹⁴⁰. Heykel, tablo gibi bir eserin yapımında yüklenicinin yeteneği, tekniği, tarzı gibi kişisel özelliklerinin ön planda olacağı açıktır. Ancak, inşaat sözleşmeleri bakımından net bir çıkarım yapabilmek bu derece kolay olmayacaktır. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kişisel yeteneklerinin göz önünde tutulup tutulmadığına her somut olayın özelliği dikkate alınarak karar verilmesi gerekecektir¹⁴¹. Örneğin, bir binanın yıkım işini gerçekleştirecek yüklenicinin ölmesi ihtimalinde sözleşmesinin TBK. m. 486 uyarınca kendiliğinden sona ereceğini söylemek doğru olmayacaktır zira bu iş, özel bir yetenek

¹³⁸ KOCAĞA, Sözleşme, s. 237; KURT, s. 136; Tamamlanan bir yapının tesliminin imkansızlaşmasına örnek olarak yapının inşa edildiği araziye ilişkin olarak kamulaştırma kararı verilmesi, yapının inşa edildiği arazinin toprak kayması sonucu yok olması örnekleri verilebilir. Örnekler için bkz. TANDOĞAN, s. 327-328.

¹³⁹ BUZ, İmkansızlaşma, s. 29; KAHVECİ, s. 162; KOCAĞA, Sözleşme, s. 239; SEÇER, s. 260.

¹⁴⁰ ARAT, Ayşe, Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2018, s. 83; ARIKAN, s. 280; Z. ATEŞ, s. 20; AYDINCIK, s. 37; BUZ, İmkansızlaşma, s. 35; COŞKUN, s. 235; EREN, Özel, s. 708; GÜMÜŞ, s. 111; KAHVECİ, s. 167; KOCAĞA, Sözleşme, s. 242; KULAKLI, s. 124-125; KURT, s. 137; Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınmadan yapılan bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ölümü halinde sözleşme kendiliğinden sona ermez; yapıyı meydana getirme borcu mirasçılara geçer SEÇER, s. 265; ŞAHİN, s. 158; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 550; Yarg. 15. HD, 25.10.2001, 2694/4801; "...Oysa somut olayda yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez" (C. GÜNAY, s. 1402).

¹⁴¹ AYDINCIK, s. 14; KURT, s. 137.

gerektirmemektedir. Ancak tarihi bir yapının restorasyon işini gerçekleştirecek yüklenicinin tecrübesi, bilgi düzeyi, konuya hakimiyeti gibi kişisel özelliklerinin dikkate alındığını ve bu yüklenicinin ölümü halinde m. 486'nın uygulama alanı bulacağını söyleyebiliriz.

İkinci şart ise yüklenicinin ölümü¹⁴² veya inşaatı tamamlama yeteneğini kaybetmesidir¹⁴³. Örneğin, yüklenicinin geçirdiği bir trafik kazası sonucu sakat kalması nedeniyle çalışma yeteneğini veya işi kendi denetimi altında yaptırma borcu altında ise bu organizasyonu yönetebilme yetisini kaybetmesi inşaatın kendisi tarafından tamamlanmasını imkansız kılmış olabilir. Ancak yüklenicinin mali sıkıntıya düşmesi veya iflas etmesi gibi durumların bu anlamda imkansızlık sayılmayacağını belirtmek isteriz¹⁴⁴.

İmkansızlığın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusurunun bulunması durumunda 486. maddenin uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴⁵, imkansızlığın yüklenicinin kusuru ile ortaya çıkması ihtimalinde de sözleşme TBK m. 486 uyarınca sona erecektir. Diğer görüşü savunan yazarlara göre ise¹⁴⁶ TBK m. 486'nın uygulama alanı bulabilmesi için yüklenicinin kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Burada kusurlu ifa imkansızlığı söz konusu olacağından genel düzenleme olan TBK m. 112'ye başvurulmalıdır demektedirler. Kanaatimizce TBK m. 486'nın açık düzenlemesi gereği yüklenicinin çalışma yeteneğini kaybetmesinde kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Bu nedenle ikinci görüşe katılmaktayız.

Türk Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin lafzından anlaşılabileceği üzere, inşaat sözleşmesi fesih beyanına gerek olmaksızın ileriye dönük olarak sona erecektir¹⁴⁷. Sözleşmenin sona ermesi ile birlikte tarafların inşaatın tamamlanamayan kısmına ilişkin hak ve borçları sona erecektir. Ancak iş sahibi, inşaatın yapılan kısmından yararlanabilecek ise

¹⁴² Tüzel kişi yükleniciler bakımından ölüm, tüzel kişiliğin sona ermesi olarak anlaşılmalıdır **EREN**, Özel, s. 709; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 242; **KURT**, s. 138.

¹⁴³ Uygulamada yüklenicinin ölümü halinde inşaatı mirasçılarının devam edeceğine yönelik hükümler konulduğu görülmektedir **ARAT**, s. 83; ayrıca bkz. **AYAR BİRKİN**, s. 241; **ARIKAN**, s. 281; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 35-36; **EREN**, Özel, s. 709; **KULAKLI**, s. 128; **SEÇER**, s. 266.

¹⁴⁴ **ARIKAN**, s. 281; Detaylı bilgi için bkz. **AYAR BİRKİN**, s. 237 vd.; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 36; **GÜMÜŞ**, s. 112; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 242; **KULAKLI**, s. 135; **KURT**, s. 123; **SEÇER**, s. 266.

¹⁴⁵ **KURT**, s. 139, 244. dipnottaki yazarlar.

¹⁴⁶ **EREN**, Özel, s. 710; **GÜNEŞ**, s. 84; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 243; **KULAKLI**, s. 128; **KURT**, s. 139-140.

¹⁴⁷ **ALTAŞ**, s. 206; **ARIKAN**, s. 281; **AYAR BİRKİN**, s. 240; **BUZ**, İmkansızlaşma, s. 36; **BÜYÜKAY**, s. 248; **EREN**, Özel, s. 710; **GÜMÜŞ**, s. 112; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 243; **KULAKLI**, s. 139; **SEÇER**, s. 268; **TANDOĞAN** s. 332.

onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü olacaktır (TBK m.486/c. 2). İş sahibi inşaatın tamamlanan kısmından yararlanamayacağını ispat edebilirse yapıyı kabul edip bedelini ödemekten kurtulabilecek, aksi takdirde teslim aldığı kısmın kararlaştırılan toplam ücretteki karşılığını ödemek zorunda kalacaktır¹⁴⁸.

Kanun'un 485. maddesinin aksine 486. maddede yüklenicinin tazminat ödeme yükümlülüğünden bahsedilmemektedir. O halde iş sahibinin 486. maddeye dayanarak ifa imkansızlığını ileri sürmesi ve yükleniciden tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak, yüklenicinin yeteneğini kaybetmesinde kusuru bulunuyorsa –bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre- TBK m. 112 gereğince iş sahibinin olumlu zararını yükleniciden talep edebilmesi mümkün olacaktır¹⁴⁹.

d. İş Sahibinin İhtarda Bulunması

aa. Genel kural

Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin ilk fıkrası, “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*” düzenlemesi ile borçlunun temerrüde düşmesi için borcun talep edilebilir olmasını yeterli görmeyerek, alacaklının borcun muaccel olduğu ve ifa edilmesi gerektiği yönünde borçluya ihtarda bulunması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Uygulamada çoğunlukla inşaat sözleşmelerinde teslim zamanı kararlaştırıldığı için TBK m. 117/2 gereği, yüklenici sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonunda ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olacaktır¹⁵⁰. İfa zamanının sözleşmede belirlenmediği ve TBK m. 90 uyarınca belirleneceği durumlarda ise yapıyı teslim borcunu ifa etmeyen yüklenicinin temerrüde düşmesi için iş sahibinin temerrüt ihtarında bulunması gerekecektir (TBK m. 117)¹⁵¹.

¹⁴⁸ ARIKAN, s. 282; BUZ, İmkansızlaşma, s. 37; GÜMÜŞ, s. 112-113; KOCAĞA, Sözleşme, s. 244; KULAKLI, s. 140; KURT, s. 140.

¹⁴⁹ Yüklenicinin kendini öldürmesi veya iş görme yeteneğini bilerek ve isteyerek kaybetmesi durumunda kusurlu kabul edilmeyeceği fakat yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kurtulmak için bunlara sebebiyet vermiş olması durumunda kusurlu kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. BUZ, İmkansızlaşma, s. 37; DİRİCAN, s. 46; A. KILIÇOĞLU, s. 889; KOCAĞA, Sözleşme, s. 244.

¹⁵⁰ DİRİCAN, s. 43; A. KILIÇOĞLU, s. 873; KOCAĞA, Sözleşme, s. 123; GÜMÜŞ, s. 36; GÜNEŞ, s. 78; OZANOĞLU, s. 76; ÖZ, s. 143; TANDOĞAN, s. 132; TEKELİOĞLU, s. 165.

¹⁵¹ H. AKKANAT, s. 20; Z. ATEŞ, s. 14-15; BAŞARAN, s. 1325; DEMİR, s. 70; GÜNEŞ, s. 78; KOCAĞA, Sözleşme, s. 125; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 460; OZANOĞLU, s. 71; ÖNEN, s. 41; ÖZ, s. 143; SEÇER, s. 148; TEKELİOĞLU, s. 164; Temerrüt ihtarının borcun muaccel olmasından önce

TBK m. 90 hükmüne göre ifa zamanının ne şekilde belirleneceğinden çalışmamızda bahsedilmişti¹⁵². TBK m. 90'a göre belirlenen bu sürenin geçmesi üzerine teslim borcu kendiliğinden muaccel olmayacak; iş sahibinin muacceliyet ihbarında bulunarak ifayı talep etmesi gerekecektir¹⁵³. Muacceliyet ihbarında bir süre verilmişse bu sürenin sonunda yüklenici kendiliğinden temerrüde düşecek ve fakat muacceliyet ihbarında bir süre verilmemişse iş sahibinin ayrıca temerrüt ihtarında bulunması gerekecektir¹⁵⁴. İşte temerrüt ihtarının yükleniciye ulaşması ile borçlu temerrüde düşürülmüş olacaktır¹⁵⁵.

Temerrüt ihtarı, iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmek için yükleniciden yapıyı kendisine teslim etmesini talep ettiği beyandır¹⁵⁶. Bu ihtarında iş sahibinin yükleniciden yapının teslimini talep ettiğini ve teslimin gerçekleşmesini istediği zamanı açıkça belirtmesi gerekmektedir¹⁵⁷. Bu şekilde iş sahibinin ifanın gerçekleştirilmesi için belli bir süre verdiği ihtarlarda bu sürenin sonunda, belli bir süre vermediği ihtarlarda ise yüklenici derhal ifada bulunmadıkça temerrüde düşmüş olacaktır¹⁵⁸.

yapılıp yapılamayacağı yönünde tartışma için bkz. **YILDIZ**, s. 26-27; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 483.

¹⁵² Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

¹⁵³ Muacceliyet ihbarında sözleşme ile taraflardan birine veya 3. bir kişiye verilen bir yetki ile borcun muaccel olmasının sağlanması söz konusudur **BİLGİN YÜCE**, s. 946; **İLKGELEN**, s. 70; **KAHVECİ**, s. 78.

¹⁵⁴ Muacceliyet ihbarı ile temerrüt ihtarının birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Muacceliyet ihbarı borcun muaccel olması eş deyişle talep edilebilir olmasını; temerrüt ihtarı ise muaccel hale gelen borç için borçlunun temerrüde düşürülmesini sağlamaktadır **ÖZ**, s. 143.

¹⁵⁵ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 128; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 481; **Z. ATEŞ**, s. 22; **BÜYÜKAY**, s. 207; **DIRİCAN**, s. 43; **A. KILIÇOĞLU**, s. 868; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 125; **KURT**, s. 173; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 457; **REİSOĞLU**, s. 370; İhtarın amacı, alacaklının borçludan ifayı istediğini ve ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesidir **UYGUR**, Cilt 3, s. 3323; **YAKUPPUR**, s. 78; **YILDIZ**, s. 13.

¹⁵⁶ **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 482; **AYAN**, s. 160; **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 288; **EREN**, s. 1093; **GÜNEŞ**, s. 78; **A. KILIÇOĞLU**, s. 870; **KURT**, s. 174; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 457; **ŞAHİN**, s. 168.

¹⁵⁷ Açıklık konusunda aşırı şekilci davranılmaması gerektiği, önemli olanın alacaklının ifayı talep ettiğinin anlaşılması olduğu görüşünde bkz. **H. AKKANAT**, s. 30; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 482; **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 288; **EREN**, s. 1093; Temerrüt ihtarının yüklenicinin temerrüdün sonuçlarından sorumlu olacağına dair ikazı da içermesi gerektiği yönünde bkz. **GÜNEŞ**, s. 79; **A. KILIÇOĞLU**, s. 871; **KURT**, s. 174; Borçlunun borç ile ilgili herhangi bir beyanı değil ancak ve ancak borcun yerine getirilmesini talep ettiği beyanı ihtar niteliği taşıyacaktır **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 458; **ŞAHİN**, s. 171; **YILDIRIM**, s. 309; İhtarın açık olması ile ihtarın örtülü olarak yapılamaması kastedilmemektedir. İfade edilmek istenen alacaklının ifayı talep ettiğinin kesin ve net şekilde ortaya konulması gerekliliğidir **YILDIZ**, s. 29.

¹⁵⁸ Derhal ifa ile anlaşılması gereken, yüklenicinin yapının zilyetliğini iş sahibine geçirmek için gerekli olan makul süredir. Ancak bu süre yapının tamamlanması için gerekli olan süreyi kapsamamaktadır **KURT**, s. 176.

Temerrüt ihtarının yükleniciye veya yetkili temsilcisine yapılması gerekmektedir¹⁵⁹. Alt yükleniciye yapılan ihtar geçerli olmayacaktır¹⁶⁰. Aynı şekilde birden fazla yüklenicinin iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu olduğu hallerde de yüklenicilerden birine yapılan ihtar diğer yüklenicileri temerrüde düşürmeyecektir¹⁶¹.

Temerrüt ihtarı, hukuki işlem benzeri bir fiildir¹⁶². Zira ihtara bağlı sonuçlar, doğrudan kanun tarafından düzenlenmiş olup ihtarda bulunan alacaklı tarafından bilinmese veya öngörülme dahi muhatabına ulaştığı anda sonuçlarını doğuracaktır¹⁶³. Başka bir deyişle, iş sahibi temerrüt ihtarında bulunduktan sonra yüklenicinin temerrüde düşeceğini bilmese ve istemese dahi bile kanun bu beyana temerrüt sonucunu bağlamıştır. Ayrıca iş sahibinin

¹⁵⁹ BAŞARAN, s. 1327; HAVUTÇU, s. 27; ÖNEN, s. 42; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 474; UYGUR, Cilt 3, s. 3323; YAKUPPUR, s. 78; YILDIZ, s. 23.

¹⁶⁰ İnşaat sözleşmelerinde yüklenici tarafından işin farklı yüklenicilere verildiği görülmektedir. Bu şekilde asıl yüklenici tarafından işin kendisine bırakıldığı yükleniciye “alt yüklenici”; asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmeye ise “alt yüklenicilik sözleşmesi” denilmektedir. Alt yüklenicilik sözleşmesi, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinden bağımsız olup kural olarak alt yüklenici yalnızca asıl yükleniciye karşı sorumlu olmaktadır. Ancak iki istisnai halde iş sahibi doğrudan alt yükleniciye başvurabilmektedir. Bunlardan ilki, alt yüklenicinin kendisine verilen işi eksiksiz ve zamanında teslim edeceğini iş sahibine taahhüt etmesi, ikincisi ise alt yüklenicilik sözleşmesinin iş sahibi lehine yapılmış tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde akdedilmesidir. Alt yüklenici, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki ilişkide asıl yüklenicinin ifa yardımcısı konumunda olduğundan asıl yüklenici, alt yükleniciden kaynaklanan gecikmelerden dolayı iş sahibine karşı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. M. Ö. AVCI, s. 307-309; ARPACI, s. 51; BAYRAMOĞLU, s. 38; EKMEK, s. 43; EREN, Özel, s. 615; GÖNEN, s. 37; GÜMÜŞ, s. 8; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 33; PAKET, s. 45; SELİÇİ, s. 34; Makale, s. 470; TANDOĞAN, Haluk, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 3, 1986, s. 65-70; TUTKUN, s. 33-36; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 468-469; Alt yüklenicilik sözleşmesinin iş sahibi lehine yapılmış tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılması halinde iş sahibi sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen alt yüklenicinin esas yükleniciye karşı borçlandığı edim üzerinde doğrudan alacak hakkına sahip olacaktır ÇAKIROĞLU, s. 42-43; Alt yüklenicilik sözleşmesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıması halinde iş sahibi, alt yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda alt yükleniciden aynen ifa talebinde bulunabileceği gibi ifadan vazgeçip tazminat da talep edebilecektir SEÇER, s. 41-42; Alt yüklenicinin kendisine verilen işi eksiksiz ve zamanında teslim edeceği hususunda iş sahibine taahhütte bulunması halinde alt yüklenici, iş sahibine karşı sözleşmeden doğan bir taahhüt altına gireceğinden bu borcunu ihlal etmesi durumunda akdi sorumluluğu doğacaktır YALÇINDURAN, s. 169-170.

¹⁶¹ İLKGELEN, s. 77; ÖZ, s. 151; YAKUPPUR, s. 78.

¹⁶² H. AKKANAT, s. 21; ANTALYA, O. Gökhan, s. 486; BARLAS, s. 36; BAŞARAN, s. 1325; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 166; BUZ, Dönme, s. 102; CANSEL/ÖZEL, Genel, s. 289; DAYINLARLI, s. 60; DEMİR, s. 58; EREN, s. 1094; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 276; HAVUTÇU, s. 27; İLKGELEN, s. 77; KAHVECİ, s. 82; A. KILIÇOĞLU, s. 61; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 125; ÖZ, s. 151; PEKTAŞ, s. 85; REİSOĞLU, s. 370; ŞAHİN, s. 170; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 471; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 914; YAKUPPUR, s. 78; YILDIRIM, s. 308-309.

¹⁶³ Temerrüt ihtarının muhatabına ulaştığı anda mı yoksa muhatabın ihtarı öğrenme anında mı sonuçlarını doğuracağına yönelik doktrindeki farklı görüşler için bkz. H. AKKANAT, s. 23-24; BAŞARAN, s. 1326; ŞAHİN, s. 170; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 914.

yükleniciye karşı ifa davası açması ve ödeme emri göndermesi de temerrüt ihtarı yerine geçmektedir¹⁶⁴.

Temerrüt ihtarı kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmasa da her iki tarafın tacir olduğu inşaat sözleşmelerinde noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekecektir (TTK m. 18/3)¹⁶⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, temerrüt için ihtar şartını öngören TBK m. 117/2 hükmü emredici nitelikte olmadığından tarafların aralarında anlaşarak ihtar şartını kaldırabilmesi mümkündür¹⁶⁶.

bb. İhtarın gerekli olmadığı durumlar

TBK m. 117/2 hükmü; *“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır”* düzenlemesini

¹⁶⁴ H. AKKANAT, s. 28-29; BARLAS, s. 45-46; BAŞARAN, s. 1326; HAVUTÇU, s. 26; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 458; REİSOĞLU, s. 370; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 471; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 914; Alacaklının borçluya fatura göndermesinin ihtar yerine geçmeyeceği fakat faturanın ödenmiştir kaydını içermesi halinde ihtar niteliği taşıyacağı yönünde bkz. UYGUR, Cilt 3, s. 3323.

¹⁶⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 129; H. AKKANAT, s. 27; ANTALYA, O. Gökhan, s. 487; Z. ATEŞ, s. 23; BAŞARAN, s. 1326; BÜYÜKAY, s. 207; DAYINLARLI, s. 62; DEMİR, s. 71; DİRİCAN, s. 43; İLKGELEN, s. 77; KAHVECİ, s. 83; Kanun koyucunun TTK m. 18/3 hükmü ile ispat şartı getirmeyi amaçladığı ve fakat maddede sayılan ispat vasıtaları dışında bir vasıta ile hukuki işlemin ispatının pek mümkün olamayacağı, bu nedenle esasen amaçlananın aksine ihtar ve ihbarların geçerlilik şeklinden kurtarılamadığı görüşünde bkz. KARABAĞ BULUT, Nil, “Tacirler arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, 2015, s. 236, geçerlilik şekli ve ispat şeklinin doğuracağı hukuki sonuçlar için ayrıca bkz. s. 233-237; A. KILIÇOĞLU, s. 869; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 125; KURT, s. 174; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 459; ÖZ, s. 151; SELİMOĞLU, s. 304; ŞAHİN, s. 170; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 471; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 915; UYGUR, Cilt 3, s. 3324; YAKUPPUR, s. 79; YILDIRIM, s. 309; YILDIZ, s. 15-16; YHGK, 28.3.2019, E. 2017/13-595, K. 2019/364; “Temerrüt için aranan ihtar hukuki işlem benzeri fiil mahiyetinde olup, alacaklının alacak miktarını belirterek borçludan borcun ifasını istemesi, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesi anlamına gelir. İhtar kural olarak şekle tabi olmayıp, yapılmadığı itirazı vaki olursa aksinin ispatı, niteliği gereği alacaklıdan beklenir” (E.T.:04.04.2021, www.kazanci.com.tr).

¹⁶⁶ H. AKKANAT, s. 36; ANTALYA, O. Gökhan, s. 494; BARLAS, s. 60.

içermektedir. Görüleceği üzere, TBK m. 117/1 hükmünde borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarı öngörülmüş, 2. fıkarda ise ihtara gerek duyulmayan haller sayılmıştır.

Buna göre ihtara gerek duyulmayan haller; ifa zamanının sözleşme ile belirlenmiş veya belirlenebilir şekilde düzenlenmiş olması, ifa zamanının sözleşmede tanınan yetkiye dayanılarak muacceliyet ihbarı ile belirlenmesi ve dürüstlük kuralı gereğince ihtarın gereksiz olmasıdır. Aşağıda bu haller kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

b1. İfa zamanının sözleşme ile belirlenmiş veya belirlenebilir şekilde düzenlenmiş olması

Taraflar teslim borcunun ne zaman muaccel olacağını başka bir deyişle teslim zamanını sözleşmede diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflarca inşaat sözleşmesinde vade tarihi belirlenmiş ise bu tarihin gelmesiyle birlikte borç muaccel olacak ve vade tarihinde inşaatı tamamlayıp teslim edemeyen yüklenici ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşmüş olacaktır (TBK m. 117/2)¹⁶⁷. Zira bu durumda yüklenici, yapıyı ne zaman teslim etmesi gerektiğini kesin olarak biliyor olacaktır¹⁶⁸.

Tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ifa zamanını, belirli bir takvim günü olarak veya yapının meydana getirilmesi için gereken sürenin kararlaştırılması şeklinde kararlaştırılabileceğinden, ifa zamanının sözleşmede kararlaştırılmamış olması durumunda ise bu boşluğun TBK m. 90 uyarınca hukuki ilişkinin özelliğine ve tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurulacağından “Teslim Borcunun İfa Zamanı” başlığı altında bahsedilmiş olup burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır¹⁶⁹.

¹⁶⁷ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 129; H. AKKANAT, s. 33; ANTALYA, O. Gökhan, s. 491; Z. ATEŞ, s. 14; AYAN, s. 162; BARLAS, s. 55; BAŞARAN, s. 1328; DAYINLARLI, s. 63; DİRİCAN, s. 43-44; GÜMÜŞ, s. 34; GÜNEŞ, s. 78; HAVUTÇU, s. 28; İnşaat süresinin yüklenicinin bir fiili gerçekleştirmesi ile başlayacağı kararlaştırılan inşaat sözleşmelerinde teslim süresinin ne zaman işlemeye başlayacağının sözleşme kurulurken belli olmaması nedeniyle belirli vade olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. KURT, s. 178; KAHVECİ, s. 84; A. KILIÇOĞLU, s. 873; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 124; KURŞAT, s. 132; KURT, s. 176-177; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 460; OZANOĞLU, s. 71; ÖNEN, s. 44; ÖZ, s. 152; REİSOĞLU, s. 371; SEÇER, s. 146; TANDOĞAN, s. 128; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 475; TEKELİOĞLU, s. 164; YAKUPPUR, s. 80; YILDIZ, s. 40; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 483;

¹⁶⁸ H. AKKANAT, s. 33.

¹⁶⁹ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

Kanun'un 117/2 hükmünde yer verilen ihtarın gerekli olmadığı bu durum için önemli olan teslim tarihinin belirli ya da belirlenebilir olmasıdır¹⁷⁰. Belirli veya objektif olarak belirlenebilmesi mümkün olan vadede teslim gerçekleşmezse, yüklenici ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş olacaktır. Sözleşmede borcun ifa edileceği gün açıkça belirlenmiş¹⁷¹ ya da belirlenen günün hangi takvim gününe karşılık geleceği borçlu tarafından kesin olarak tespit edilebiliyorsa¹⁷² vade belirli demektir¹⁷³. Objektif olarak belirlenebilmesi mümkün olan vade ile kastedilen ise TBK m. 90 uyarınca belirlenecek olan vadelerdir¹⁷⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki ifa zamanı sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenebilir olmayıp daha sonra ortaya çıkacak bir olgunun gerçekleşmesi ile belirli hale gelecek ise¹⁷⁵ bu durumda vadenin belirli olmadığı kabul edilmektedir¹⁷⁶.

b2. İfa zamanının sözleşmede tanınan yetkiye dayanılarak muacceliyet ihbarı ile belirlenmesi

İş sahibine veya yükleniciye tek taraflı bir muacceliyet ihbarı ile ifa zamanını tayin edebilme yetkisinin verildiği hallerde bu yetkiye dayanılarak ihbarda bulunulduğu takdirde ihbarın ulaşması ya da ihbarla bir süre belirlenmişse bu sürenin dolması ile yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır¹⁷⁷. Örneğin, iş sahibi yaz ayı boyunca yapının inşa edilmesini ve yaz ayı sonunda yapının kendisine teslim edilmesini isteyeceğini belirtmişse teslim borcu iş

¹⁷⁰ **BARLAS**, s. 54-55; **EREN**, s. 1095-1096; **HAVUTÇU**, s. 28; **A. KILIÇOĞLU**, s. 873; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 460-461; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 475.

¹⁷¹ Örneğin, 01.06.2021 tarihinde gibi.

¹⁷² Örneğin, sözleşmenin akdedilmesinden itibaren 1 yıl içerisinde veya sözleşmenin imzalanmasından sonraki 15. günde gibi.

¹⁷³ **AYAN**, s. 163; **BARLAS**, s. 55-56; **HAVUTÇU**, s. 28-29; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 461; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 475.

¹⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

¹⁷⁵ Örneğin, arsanın iş sahibi tarafından temizlenmesinden itibaren 1 yıl içerisinde veya malzemelerin tesliminden sonraki 365. günde gibi.

¹⁷⁶ **H. AKKANAT**, s. 34; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 492; **İLKGELEN**, s. 78; **YILDIZ**, bu görüşü savunmakla birlikte iş sahibi tarafından malzemelerin teslimi, arsanın temizlenmesi gibi ne zaman gerçekleşeceği belirsiz olgunun, sözleşmeden doğan muacceliyet ihbarı yetkisinin kullanılması olarak değerlendirilebileceğini, bu durumda ayrıca bir temerrüt ihtarına gerek olmayacağını savunmaktadır s. 41.

¹⁷⁷ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 130; **H. AKKANAT**, s. 35; **AYAN**, s. 167; **BAŞARAN**, s. 1329; Bu durumda borçlu borcunu ne zaman ifa etmesi gerektiğini biliyor olacağından ayrıca bir temerrüt ihtarına gerek olmayacak; muacceliyet ihbarı, temerrüt ihtarının yerine geçecektir **BARLAS**, s. 59; aynı yönde **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 290; **DİRİCAN**, s. 44; **A. KILIÇOĞLU**, s. 874; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt -1, s. 461; **ÖNEN**, s. 45; **UYGUR**, Cilt 3, s. 3325; **YAKUPPUR**, s. 81; **YILDIRIM**, s. 310; Bu durumda muacceliyet ihbarı, temerrüt ihtarının yerini almış olacaktır **YILDIZ**, s. 44.

sahibinin ihbarıyla muaccel olacaktır. Yüklenici de muacceliyet ihbarında belirtilen süre sonunda teslimi gerçekleştirilmemişse temerrüde düşmüş olacaktır¹⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki tek taraflı bir muacceliyet ihbarı ile ifa zamanını tayin edebilme yetkisinin iş sahibine verildiği durumlarda, iş sahibinin inşaat sözleşmesinin niteliğini ve yapının tamamlanması için gereken makul süreyi göz önüne alarak bir süre belirmesi gerekeceği unutulmamalıdır¹⁷⁹.

b3. Dürüstlük kuralı gereğince ihtarın gereksiz olması

Kaynağını dürüstlük kuralından¹⁸⁰ alan bu istisnai hal, TBK m. 124’de belirtilmemiştir. İş sahibinin yükleniciye ihtarla bulunmasının dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenemeyeceği hallerde yüklenicinin ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği kabul edilmektedir¹⁸¹. Yüklenicinin yapıyı teslim edemeyeceğini açık ve kesin olarak ifade etmesi¹⁸², yüklenicinin iş sahibinin ihtarla bulunmasını veya ihtarın kendisine ulaşmasını dürüstlük kuralına aykırı olarak engellemesi, ihtarın faydasız kalacağını anlaşılmaması gibi haller dürüstlük kuralı gereğince ihtarın gereksiz olacağı hallere örnek verilebilecektir¹⁸³.

¹⁷⁸ **BARLAS**, s. 29; **BAŞARAN**, s. 1329; **DİRİCAN**, s. 44; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 462; **ÖZ**, s. 152; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 918.

¹⁷⁹ **BAŞARAN**, s. 1329; **DİRİCAN**, s. 44.

¹⁸⁰ Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağından türetilmiştir. Buna göre eğer bir kişi amacına ulaşmak için farklı olanaklara sahipse diğer tarafa en az zarar veren yolu seçmek zorundadır **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı, İsviçre- Türk Öğretisi, Ankara, 2015, s. 6.

¹⁸¹ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 130; **H. AKKANAT**, s. 39; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 495; **BARLAS**, s. 62 vd.; **BAŞARAN**, s. 1329; **EREN**, s. 1097; **A. KILIÇOĞLU**, s. 875; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 462-463; **YAKUPPUR**, s. 81.

¹⁸² **AYAN**, s. 167; Yapma borcunun ifa edilmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda bunun kusurlu ifa imkansızlığı olduğu, TBK m. 112 uyarınca yüklenicinin iş sahibinin olumlu zararını tazmin borcunun doğacağı ve temerrüt hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığı görüşü hakkında bkz. **ÖZ**, s. 152; bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 445; Borçlunun ifada bulunmayacağını borcun muacceliyet tarihinden önce beyan ettiği ihtimalde temerrüdün yine de bu beyan ile değil, muacceliyet tarihinden itibaren başlayacağı yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 918.

¹⁸³ **H. AKKANAT**, s. 39-40; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 495; İhtarın faydasız kalıp kalmayacağı inşaatın geldiği aşamaya, inşaatın genel durumuna, yüklenicinin tutumu gibi hususlara bakılarak karar verilecektir **Z. ATEŞ**, s. 24; **BARLAS**, s. 47 vd.; **BAŞARAN**, s. 1330; **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 291; **DAYINLARLI**, s. 64; **DİRİCAN**, s. 45; **ÖNEN**, s. 45-46; **YILDIRIM**, s. 310; **YILDIZ**, s. 49.

e. Teslimde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması

aa. Genel olarak

Yüklenici, teslim zamanı gelmesine rağmen yapıyı tamamlayamaz veya tamamlamış olmakla birlikte teslim edemez ise gecikmede kusuru olup olmadığına bakılmaksızın temerrüt gerçekleşmiş olacaktır¹⁸⁴. Fakat, kural olarak inşaatın teslimine kadarki süreçte tüm riskler yüklenicide olmasına rağmen¹⁸⁵ yüklenicinin gecikmesini objektif olarak haklı gösterecek sebeplerin varlığı halinde sözleşmede belirlenen teslim zamanı geçmiş olsa da temerrüdün sonuçlarının doğmayacağı ve teslim borcunun muacceliyet anının uzayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁶.

Yapıyı teslim borcunda gecikmenin hangi hallerde borca aykırılık teşkil edeceği ve temerrüde yol açacağı, hangi hallerde gecikmenin haklı sebep teşkil edeceği hususunda Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu soruların cevaplanması önem arz etmektedir. Buna göre gecikmenin ya yüklenicinin ya da iş sahibinin risk alanına girmesi gerekmektedir¹⁸⁷. Buna “*risk dağılımı*” denilmekte olup risk dağılımı her somut olayın kendine özgü koşulları incelenerek karar verilmesi gereken bir sorundur¹⁸⁸. Gecikme yüklenicinin risk alanına giriyorsa ve temerrüdün diğer şartları da mevcut ise yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü gündeme gelecek, gecikme iş sahibinin risk alanına giriyor ise yukarıda ifa etmeye çalıştığımız üzere bu sebep objektif olarak borca aykırı olmayan haklı bir gecikme olacak dolayısıyla yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Bkz. 161 no.lu dipnot.

¹⁸⁵ TBK'nın 483. maddesi; “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez....*”; AYAN, s. 108; BİLGETEKİN, s. 51; KURT, s. 141; Bu yüklenicinin yapıyı tamamlama ve teslim borcunun bir sonuç taahhüdü olmasından kaynaklanmaktadır SEÇER, Covid, s. 165.

¹⁸⁶ AYAN, s. 107; DİRİCAN, s. 104; ENLİ, Makale, s. 101; GÜNEŞ, s. 78; KOCAĞA, Sözleşme, s. 124; KURŞAT, s. 148; KURT, s. 141; Muacceliyet anının uzamasını gerektiren haller taraflarca sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi ifa sırasında ortaya çıkan bir neden de olabilecektir ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 311; TEKELİOĞLU, s. 165; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 485.

¹⁸⁷ AYAN, s. 109; EKEN, s. 62; ERGİN, s. 81; GÖKYAYLA, s. 324; KURT, Süre, s. 166; SEÇER, Covid, s. 165.

¹⁸⁸ Risk alanı, inşaat sözleşmesinde yapının kararlaştırılan zamanda teslim edilmesine engel olan duruma ait riskin hangi tarafça üstleneceğini ifade etmektedir BİLGETEKİN, s. 89; KULAKLI, s. 88; KURT, s. 153; Risk alanı kavramı kusurdan bağımsız olup yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmaması tek başına gecikmeyi haklı kılan bir sebep değildir. Zira gecikmeyi objektif olarak haklı kılan sebep, tarafların kusuruyla değil risk alanları ile ilgili bir meseledir SEÇER, Covid, s. 168; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 484.

¹⁸⁹ ARPACI, s. 268; BAŞARAN, s. 1333; BİLGETEKİN, s. 88; EKEN, s. 62; ERGİN, s. 61; KURT, Süre, s. 166; SEÇER, Covid, s. 165.

Gecikmenin hem iş sahibine hem yükleniciye isnat edilebilen sebeplerden ortaya çıkması durumunda ise her iki taraf da etki oranlarına göre gecikmenin sonucuna katlanacaktır¹⁹⁰. Örneğin, yüklenici yavaş çalışmış bunun yanı sıra iş sahibi de inşaat alanını geç hazır etmişse durum böyledir.

bb. Teslimde gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmadığı haller

Aşağıda yüklenici bakımından teslimde gecikmeyi haklı kılacak başka bir deyişle teslimde gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmadığı başlıca sebepler açıklanmaya çalışılacaktır.

Gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmadığı başka bir deyişle gecikmeyi yüklenici bakımından haklı kılacak sebeplerden ilki, yüklenicinin ifadan kaçınmasını haklı kılan def'ilere sahip olmasıdır¹⁹¹. Bilindiği üzere def'i, borçlunun geçerli bir borç ilişkisini kabul etmekle birlikte özel bir sebebi öne sürerek ifadan kaçınmasını sağlayan bir haktır¹⁹². Örneğin, iş sahibinin bedel ödeme borcunu yüklenicinin teslim borcundan önce ifa edeceğinin kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde yüklenici, edimini yerine getirmeyen iş sahibine karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir¹⁹³. TBK'nın 479. maddesinin, "*İş sahibinin bedel*

¹⁹⁰ Gecikmenin hem iş sahibine hem yükleniciye isnat edilebilen sebeplerden ortaya çıkması durumunda risk dağılımının ne şekilde yapılacağına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **BİLGETEKİN**, s. 159 vd; **ÖZ**, s. 150.

¹⁹¹ **H. AKKANAT**, s. 42; Ödemezlik veya diğer bir tabirle ifadan kaçınma hakkı, karşı tarafa baskı yapan ve kişinin hakkını güvence altına alan bir kurum olup diğer tarafın ediminin ifa etmesi veya ifayı önermesi ile bu hak sona erer **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 107; **ARDIÇ**, s. 334; **Z. ATEŞ**, s. 26; **AYAN**, s. 168; **BARLAS**, s. 68; **BİLGETEKİN**, s. 107; **BUZ**, Dönme, s. 104; **BÜYÜKAY**, s. 218; Ödemezlik def'indeki temel düşünce; karşı tarafın kendi edimini ifa etmeden veya ifayı önermeden karşı taraftan edimini ifa etmesini istemesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak olmasıdır **CANSEL/ÖZEL**, Genel, s. 246; **DEMİR**, s. 72; **ERGİN**, s. 73; **EKEN**, s. 70; **HAVUTÇU**, s. 25; **İLKGELEN**, s. 75; **KAHVECİ**, s. 81; **KURŞAT**, s. 160; Def'ilerden başlıcaları; ödemezlik def'i, borç ödemedi aciz def'i, zamanaşımı def'idir. Detaylı bilgi için bkz. **KURT**, s. 153 vd.; **KURT**, Süre, s. 168; Ödemezlik def'i; taraflara, karşı taraf edimini ifa edinceye kadar kendi borcunu ifa etmekten kaçınma imkanı sağlamaktadır. Bu bakımdan ödemezlik def'i, tarafların kendi edimlerini karşılıksız olarak ifa etmesini engellemiş olması yönünden teminat işlevine; karşı tarafın edimini yerine getirmesini sağlaması bakımından ise baskı aracı olma işlevine sahiptir **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 336; **ÖZ**, s. 149; **PEKMEZ**, Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul, 2019, s. 421; Ödemezlik def'i, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur. Bunun için ifa talep eden tarafın kendi edimini borcuna uygun şekilde ifa etmemiş veya ifayı önermemiş olması gerekir **REİSOĞLU**, s. 333; **SEÇER**, Covid, s. 166; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 481; **UYGUR**, Cilt 3, s. 3322; **YILDIZ**, s. 65.

¹⁹² **BİLGETEKİN**, s. 108; **EREN**, s. 71; **A. KILIÇOĞLU**, s. 36; **KURT**, Süre, s. 168; Ödemezlik def'i ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 335 vd.; ayrıca bkz. **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 107 vd.; **REİSOĞLU**, s. 40; **YILDIRIM**, s. 19; **YILDIZ**, s. 65.

¹⁹³ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 118; **DİRİCAN**, s. 88-90; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 11; **KURT**, s. 153-154; **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 514.

ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur” düzenlemesinde açıkça görüleceği üzere kanun koyucu, TBK m. 97’deki esastan ayrılmayarak inşaat sözleşmeleri bakımından da aynı anda ifa kuralını benimsemiştir¹⁹⁴. Örnek vermek gerekirse, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde¹⁹⁵ kararlaştırılan bedelin peşin ödenmesi gereken kısmının iş sahibince ödenmemesi nedeniyle yapıyı zamanında teslim edemeyen yüklenicinin gecikmesi, iş sahibinin bedeli ödememesinden kaynaklanacağı için temerrüt söz konusu olmayacaktır¹⁹⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, yüklenicinin bu def’iye sahip olması tek başına temerrüde engel olmayacak, ancak- ileri sürüldüğü takdirde bir anlam ifade edecektir¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. **PEKMEZ**, s. 80 vd.; **Yarg. 23. HD, 4.6.2018, 6384/3497**,” Mahkemece yapılacak araştırma neticesinde, dairenin davacı yüklenici hesabına satıldığının anlaşılması halinde bu dairenin teminat dairesi olduğu kabul edilerek, davalı arsa sahiplerinin dairelerindeki eksik işler bedelinin tespiti ile bunun depo edilmesine ya da birlikte ifa kuralı uyarınca aynı anda ifaya karar verilmesi; söz konusu dairelerin davalı arsa sahipleri hesabına satıldığının anlaşılması halinde ise, yine eksik işler bedelinin tespiti ile bu miktarın dairenin değerinden mahsubu ile kalan miktarın davacı yükleniciye iadesine karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı, karar verilmesi doğru görülmemiştir” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 14. HD, 6.6.2017, 16693/4758**; “Somut olaya gelince; davalı yüklenici ile davacı arasındaki temlik sözleşmesi uyarınca davacının ödemesi gerekli olan 90.000 TL satış bedelinin 20.000 TL’ sini ödediği geri kalan 70.000 TL sinin ödenmediği tarafların kabulündedir. Anılan sözleşmenin ödemeler başlıklı 4. maddesinde yapılacak bina kredi kullanmaya uygun hale geldiğinde kredi kullanılacağı öngörülmüştür. Davalı tarafça davaya konu taşınmazın 2011 yılı Ağustos ayında bitirilip davacıya teslim edildiği ve davacı tarafça o tarihten bu yana konutta ikamet edildiği, kural olarak edimlerin aynı anda ifasının gerekeceği...” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr).

¹⁹⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; yüklenicinin inşaat yapma borcuna karşılık olarak iş sahibinin yükleniciye bir miktar para ödemek yerine maliki olduğu taşınmaz payından bir kısmının mülkiyetini devretme borcu altına girdiği sözleşmelerdir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı meydana getirme borcu eser sözleşmesine, arsa sahibinin arsa payını devretmesi ise satım sözleşmesine ait unsurlar olup yüklenici eser sözleşmesinin karakteristik edimini, iş sahibi ise satım sözleşmesinin karakteristik edimini yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çift tipli karma sözleşmeler olduğu kabul edilmektedir **ARAT**, s. 72; **ARIKAN**, Mustafa/**ERDOĞAN**, Kemal, “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 34, 2015, s. 147; **ARPACI**, s. 47; **Z. ATEŞ**, s. 4; **AYAN**, s. 30-31; **AYAR BİRKİN**, s. 40; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 778; **BAYRAMOĞLU**, s. 31; **BERBEROĞLU YENİPİNAR**, Filiz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 64; **BÜYÜKAY**, s. 37; **COŞKUN**, s. 401; **ÇAKIROĞLU**, s. 22,37; **DAYINLARLI**, s. 17; **DEMİR**, s. 26; **DUMAN**, İlker Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir, 3. Baskı, Ankara, 2020, s. 13; **EKMEN**, s. 27; **ENLİ**, İsa, “Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdünün Şartları, Hüküm ve Sonuçları”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 98 vd.; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **ERMAN**, s. 1; **GÖKYAYLA**, s. 11; **GÖNEN**, Doruk, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016, s. 15; **GÜMÜŞ**, s. 113; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 16; **GÜNEŞ**, s. 69 vd.; **GÜR**, s. 21; **KAHRAMAN**, Zafer, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Almış Olan Üçüncü Kişilerin Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s. 426; **KAHVECİ**, s. 8; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 65; **KULAKLI**, s. 30; **KURT**, s. 37; **KURŞAT**, s. 7; **OLGAÇ**, s. 96-97; **SELİÇİ**, s. 8; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 2018, s. 91; Doktrindeki tanımlarda genellikle arsanın belli bir kısmının devrinden bahsedilse de sözleşmenin konusu arsanın tamamı da olabilir **SÜTÇÜ**, Cilt-1, s. 32; **ŞAHİN**, s. 120, **USTA**, s. 9; **UYGUR**, Cilt 6, s. 7558; **YAŞAR**, Halis, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, TBB Dergisi, C. 102, 2012, s. 291; **YAVUZ**, s. 1248; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 465.

¹⁹⁶ **BÜYÜKAY**, s. 219; **KAHVECİ**, s. 77; **ÖZ**, s. 91.

¹⁹⁷ **H. AKKANAT**, s. 42; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 497; **AYAN**, s. 120; Farklı görüşler ve gerekçeler için bkz. **BARLAS**, s. 69 vd.; Ödeme borcu def’inin kullanımının sınırını TBK m. 2 dürüstlük kuralı teşkil

Gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmadığı bir diğer sebep, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesidir¹⁹⁸. Bilindiği üzere alacaklı temerrüdü, sözleşmeye uygun olarak sunulan ifanın haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmemesidir¹⁹⁹. Bu nedenle sözleşmeye uygun olarak tamamlanan ve ifa amacıyla sunulan yapının iş sahibi tarafından teslim alınmaktan kaçınılması halinde alacaklı temerrüdü söz konusu olacak ve yüklenicinin teslim borcunda gecikmesi haklı bir sebebe dayanmış olacaktır²⁰⁰.

Sunulan ifanın iş sahibi tarafından haklı bir sebep olmaksızın kabul edilmemesinin yanı sıra yüklenicinin ediminin ifasına katılım faaliyetlerinin yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi ihtimalinde de alacaklı temerrüdü söz konusu olacaktır. Örneğin, inşaat ruhsatı alınması veya yapı tamamlandıktan sonra yapı kullanma izninin alınması gibi hukuki işlemlerin iş sahibince yerine getirileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen iş sahibi tarafından bunların yerine getirilmemesi, birtakım hukuki işlemlerin yerine getirilmesi için yükleniciye vekalet verileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen yükleniciye vekalet verilmemesi, plan veya projelerin yükleniciye teslim edilmemesi veya inşaat yapılacak arsaya yüklenicinin sokulmaması örnekleri verilebilir²⁰¹. Bazı hallerde iş sahibinin bu hazırlık fiillerini yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi kendi kusuru yerine üçüncü kişilerin fiilinden kaynaklanmış olabilmektedir²⁰². Örneğin, inşaata başlanmadan önce idari izinlerin iş sahibi tarafından alınacağı kararlaştırılmış fakat idari merciler tarafından süreç uzatılmışsa bu noktada inşaatın geç teslim edilmesinde ne iş sahibinin ne yüklenicinin kusuru bulunmaktadır. Görüleceği üzere, burada iş sahibinin kusuru bulunmamasına rağmen idari mercilerden bu

etmektedir. Konu ile ilgili bkz. **BİLGETEKİN**, s. 109; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 456; **PEKMEZ**, s. 200; **REİSOĞLU**, s. 369; **SEÇER**, Covid, s. 166.

¹⁹⁸ **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 496; **ARPACI**, s. 271; **AYAN**, s. 114; **EKEN**, s. 66; **ERGİN**, s. 86; **KURT**, Süre, s. 169.

¹⁹⁹ **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 188; **ARDIÇ**, s. 253; **DAYINLARLI**, s. 134; **EREN**, s. 1010; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 261 vd.; **A. KILIÇOĞLU**, s. 851; **KURT**, s. 157; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 349; **REİSOĞLU**, s. 336.

²⁰⁰ **ARPACI**, s. 271-272; **AYAR BİRKİN**, s. 79; **EKEN**, s. 38; **GÖKYAYLA**, s. 192; **GÜR**, s. 35; **KAHVECİ**, s. 81; **KURT**, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü halleri iş sahibinin yapıyı teslim almaması ve iş sahibinin gerekli hazırlıkları yerine getirmemesi şeklinde ikiye ayırarak iş sahibinin kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesini veya geç yerine getirmesini de alacaklı temerrüdü kapsamına sokmuştur s. 158 vd.; **ÖZ**, s. 146; **SEÇER**, Covid, s. 167; **SELİÇİ**, s. 37; **ŞAHİNİZ**, s. 3; **TUNÇOMAĞ**, Özel, s. 1013; **YAKUPPUR**, s. 68.

²⁰¹ İş sahibinin edimin ifasına katılım faaliyetleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **ARPACI**, s. 133 vd.; **EKMEN**, s. 72 vd.; Ayrıca bkz. **KURT**, Süre, s. 170 vd.; **İLKGELEN**, s. 76; **KURŞAT**, s. 153; **KURT**, s. 167 vd.; **OLGAÇ**, s. 97; **SEÇER**, s. 186.

²⁰² **AYAN**, s. 116; **BAŞARAN**, s. 1334; **BİLGETEKİN**, s. 118; **ERGİN**, s. 90; **KURT**, s. 161; **KURT**, Süre, s. 179 vd.

izin zamanında alınamaması iş sahibinin risk alanında gerçekleşen bir gecikme olduğundan yüklenici temerrüdün sonuçlarından sorumlu olmayacaktır²⁰³.

Yüklenicinin ifadan kaçınmasını haklı kılan def'iler ve iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi dışında gecikmenin iş sahibine isnat edilebilen sebeplerden kaynaklanması durumunda da yüklenicinin teslimde gecikmesi objektif olarak borca aykırı olmayacaktır²⁰⁴. Doktrinde gecikmenin iş sahibinin risk alanında doğmuş olması, “isnat edilebilme” kavramı ile ifade edilmekte, isnat edilebilme kavramının yalnızca iş sahibinin kusuruyla gecikmeye sebebiyet vermesi olarak anlaşılmaması ve beklenmedik olay ile mücbir sebepleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁵. Beklenmedik olay, ifaya geçici olarak engel olan ve yüklenicinin kendisinden beklenen önlemleri olsa dahi önleyemeyeceği bir olay iken mücbir sebep hiç kimse tarafından öngörülemez ve karşı konulamayacak bir dış olaydır²⁰⁶. İş sahibinin risk alanında meydana gelen beklenmeyen olaylara ve mücbir sebeplere örnek olarak, arazinin ıslahının hava koşulları sebebiyle uzun sürmesi, hava koşullarının inşaat faaliyetlerini zorlaştırması, deprem, grev, terör olayları, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan mevzuat değişiklikleri, sözleşme kurulduktan sonra getirilen inşaat yasağı verilebilir²⁰⁷.

Gecikmeyi objektif olarak haklı kılan iş sahibine isnat edilebilen sebeplerden bir diğeri, yapılan ek işlerdir²⁰⁸. İş sahibinin risk alanında doğan ek işler nedeniyle yapı zamanında

²⁰³ İnşaatın yapılacağı arsa ve inşaat için gerekli idari izinlerin, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça iş sahibi tarafından alınması gerektiği yönünde bkz. **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 495; **YAKUPPUR**, s. 77.

²⁰⁴ **Z. ATEŞ**, s. 27; **DEMİR**, s. 72; **EKEN**, s. 65 vd.; **KOCAGA**, Sözleşme, s. 125; **KURT**, s. 153 vd.; **KURT**, Süre, s. 179; **ÖZ**, s. 150; **TANDOĞAN**, s. 130; **YAKUPPUR**, s. 76.

²⁰⁵ Beklenmeyen hal ve mücbir sebebin sözleşmenin hangi tarafının risk alanına dahil olduğu, başka bir deyişle beklenmeyen hal ve mücbir sebebin sebep olduğu gecikmenin haklı bir gecikme teşkil edip etmeyeceği yönündeki tartışma için bkz. **EKEN**, s. 75-76; **KURŞAT**, s. 150; **KURT**, s. 142-143; **KURT**, Süre, s. 182-183. Bu noktada unutulmamalıdır ki, beklenmeyen hal veya mücbir sebep ifayı imkansız kılmışsa TBK m. 136 gereği yüklenici için kusursuz ifa imkansızlığı gündeme gelecektir. Burada anlatılmak istenen beklenmeyen hal, mücbir sebep veya iş sahibinin davranışının teslim borcunun zamanında ifasına engel olması ve fakat ifanın hala mümkün olması halidir.

²⁰⁶ **ALTAŞ**, s. 66; **EKEN**, s. 73-74; **KULAKLI**, s. 84; **KURT**, İmkansızlık, s. 197; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1000.

²⁰⁷ **ARPACI**, s. 275; **AYAN**, s. 116; **DİRİCAN**, s. 100-102; **PEKTAŞ**, s. 98; **Yarg. 23. HD, 4.2.2019, 1503/268**; “Dosyada bulunan belgelerden davacı ile davalı şirket arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğu, sözleşmeye göre, inşaat süresince arsa sahibi davacıya kira yardımı yapılacağının kararlaştırıldığı, ancak sözleşmenin imar değişikliği nedeniyle ifasının imkansız hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sözleşmenin ifasının imkansız hale geldiği...” (E.T.: 22.08.2021, www.kazanci.com.tr).

²⁰⁸ **AYAN**, s. 124; “Ek iş, yüklenicinin yapıyı meydana getirme borcunun kapsamı dışında kalan işlerdir” **BAYRAMOĞLU**, s. 90; “Ek iş, sözleşmenin kurulduğu sırada iş kapsamına dahil olmayan bir işin, işin kapsamına dahil edilmesidir” **BİLGETEKİN**, s. 114; **EKEN**, s. 72; **KURT**, s. 162; Ek iş, sözleşmenin

teslim edilemediğinde sözleşme süresinin uzadığı kabul edilmekte ve yapılan ek işlerin teslim süresine olan etkisi dikkate alınarak yeni vadenin belirlenmesi gerekmektedir²⁰⁹. Bir ek işin iş sahibinin risk alanında olduğunun kabul edilebilmesi için bu ek işin iş sahibinin talimatı ile gerçekleştirilmesi, ek işin idarenin getirdiği yeni kurallar sebebiyle yapılmak zorunda kalınması, ek işin yükleniciye zarar verici tehditlerin giderilmesi maksadıyla yapılmış olması, ek işin iş sahibinin arsasından kaynaklı sorunlar nedeniyle veya iş sahibinin hazırlamış olduğu plan ve projelerin aynen uygulanamayacağının ortaya çıkması gibi sebeplerle yapılmış olması gerekmektedir²¹⁰. Bu ek işlerin yüklenicinin risk alanında doğduğunun kabul edilebilmesi için ise yüklenicinin TBK m. 472/3 uyarınca bildirim borcunu yerine getirmiş olması²¹¹ ve yüklenicinin iş temposunu hızlandırma yükümlülüğünün bulunmaması gerekmektedir²¹². Buna karşılık ek işin yükleniciye isnat edilebilen sebeplerle veya iş sahibinin talimatı dışında yapılmış olması ihtimalinde teslim süresinin uzamayacağını belirtmek isteriz²¹³. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda²¹⁴, yapılan ek işin sözleşme süresini uzatıp uzatmayacağına karar verilirken yapılan bu ek işin yalnızca iş sahibi yararına mı yoksa her iki tarafın yararına

kurulması aşamasında kararlaştırılmayan ve fakat sonradan yapılmasına karar verilen işlerdir **GÖKYAYLA**, s. 35 vd.; **GÜMÜŞ**, s. 31.

²⁰⁹ **AYAN**, s. 124; **ENLİ**, Makale, s. 103-104; **ERGİN**, s. 82; **GÖKYAYLA**, s. 202; **ÖZ**, s. 141,143; **PEKTAŞ**, s. 103.

²¹⁰ **AYAN**, s. 125 vd.; **BİLGETEKİN**, s. 115-117; **EKEN**, s. 72; **ERGİN**, s. 83 vd.; **GÖKYAYLA**, s. 324 vd.; **KURT**, s. 162 vd.; **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 514

²¹¹ Yüklenicinin iki halde bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlar; yüklenicinin ifayı tehlikeye düşüren durumları bilmesi ve bilmesi gereken durumlardır. Yüklenicinin ifasını tehlikeye düşüren durumun açık olması veya ortalama bir yüklenicinin yapacağı bir inceleme ile tespit edilebilecek olması durumlarında yüklenicinin ifayı tehlikeye düşüren durumu bilmesi gerektiği kabul edilmektedir **SEÇER**, Bildirim, s. 731, yükümlülüğün kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. s. 732 vd.; ayrıca bkz. **AYAN**, s. 133 vd.

²¹² İş sahibine isnat edilebilen sebeplerle yapılmak zorunda kalınan ek işler nedeniyle kural olarak yüklenicinin iş temposunu hızlandırma yükümlülüğü bulunmamakla birlikte 2 halde bu yükümlülüğünün olduğu söylenmektedir: 1. Ek iş nedeniyle sözleşme süresinin uzatılmayacağının sözleşmede kararlaştırılmış olması, 2. Ek işe rağmen dürüstlük kuralı gereğince yapının zamanında teslim edilmesi gerekiyorsa. Bu duruma örnek olarak, 5 yıl gibi uzunca bir teslim süresinin söz konusu olduğu inşaat sözleşmelerinde ek iş nedeniyle 1 aylık bir gecikme olsa yüklenicinin dürüstlük kuralı gereğince iş temposunu arttırarak 1 aylık süreyi örtbas edebilmesi beklenir **GÖKYAYLA**, s. 326, diğer örnekler için bkz. s. 327-328; Detaylı bilgi için bkz. **BİLGETEKİN**, s. 140 vd.; ayrıca bkz. **AYAN**, s. 140 vd.

²¹³ **GÖKYAYLA**, s. 201; **KURT**, s. 165.

²¹⁴ **Yarg. 15. HD, 14.11.2005, 6662/6041**; “Dava, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılardan daha geniş daire yapması nedeniyle davacı arsa sahibinin eksik iş bedeli, cezai şart ve kira tazminatı istemesinin iyi niyet kurallarına uygun düşmeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Yüklenicinin tüm daireleri geniş yapması sadece arsa sahipleri yararına yapılmış olan değer artırıcı işlem olmayıp sözleşmedeki paylaşım oranına göre her iki tarafın yararına olan imalatlardandır. Yükleniciye ait dairelerde daha büyük yapılmış ise bu imalatlardan sadece arsa sahipleri değil yüklenici de yararlanmış ve onun bakımından da yapı değeri artmış olacağından bunun fazla iş kabulü mümkün olmadığından bedeli istenemeyeceği gibi bu halin arsa sahibinin açtığı davanın red gerekçesi olarak kabulü de mümkün değildir. Bu durumda yükleniciye ait dairelerin de aynı büyümeden yararlanıp yararlanmadığı saptanarak, aynı büyümeden kendisi de yararlanmış ise davacı arsa sahibine ait bağımsız bölümlerdeki imalatlardan eksik ve ayıplı yapılanların tespiti ve bedeline hükmedilmesi, ayrıca teslim kanıtlanamadığına göre dairelerin büyük yapılmasının inşaat süresine etkisi tespit edilerek belirlenecek teslim süresine göre sözleşmedeki cezai şart ve BK’nın 159/2. maddesi uyarınca cezayı aşan zarara (gecikme nedeniyle kira tazminatına) hükmedilmesi gerekir” (**C. GÜNAY**, s. 670).

yapılmış değer artırıcı işlem olup olmadığının da değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.

Gecikmeyi objektif olarak haklı kılan iş sahibine isnat edilebilen diğer sebeplere gecikmenin iş sahibinin talimatlarından veya iş sahibi tarafından sağlanan araç, gereç ve malzemelerden kaynaklanmış olması veya iş sahibinin sağladığı arsa üzerinde meydana gelen miting, gösteri, terör eylemleri ve benzeri gösterilebilir. Örneğin, iş sahibine arsadaki çalışanları temizleme ve arsayı inşaatı hazır hale getirme veya malzeme sağlama yükümlülüğü getirilmesine rağmen iş sahibi tarafından bunun yerine getirilmemesi, iş sahibi tarafından araç ve gereç ve malzemeler teslim edilmiş olsa dahi bunların inşaatın yapılabilmesi için elverişli olmaması nedeniyle inşaatı geç başlanmak zorunda kalınması²¹⁵, birden fazla yüklenici çalıştırılması halinde yükleniciler arasındaki koordinasyonun sağlanamaması veya iş sahibinin sağladığı arsa üzerinde meydana gelen miting, gösteri, terör eylemleri nedeniyle inşaatı bir süre ara verilmek zorunda kalınması örnekleri verilebilir²¹⁶. Bu sebeplerden inşaatı geç başlanmak zorunda kalınmışsa veya yapımına başlanan inşaatı ara verilmek zorunda kalınmışsa yüklenicinin inşaatı teslimde gecikmesi haklı bir nedene dayanacağı için teslim borcunda temerrüt söz konusu olmayacaktır²¹⁷.

²¹⁵ Bu noktada yüklenicinin sözleşmenin uzman tarafı olarak iş sahibi tarafından sağlanan malzemeleri denetleme ve kontrol etme yükümlülüğünün bulunduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle iş sahibi tarafından sağlanan malzemelerin inşaatın yapılabilmesi için elverişli olmaması nedeniyle inşaatın tesliminin gecikmesi halinde yüklenicinin süre uzatımına hak kazandığının söylenebilmesi için öncelikle yüklenicinin dikkat, özen ve denetim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespiti gerekmektedir **ERGİN**, s. 73; ayrıca bkz. **AYAN**, s. 117; **EKEN**, s. 67-69; **EKMEN**, s. 73 vd.

²¹⁶ **AYAN**, s. 115; **BAŞARAN**, s. 1333; **BÜYÜKAY**, s. 223-224; **COSKUN**, s. 222-223; **EKEN**, s. 67-69; **ERGİN**, s. 89-90; **İLKGELEN**, s. 76; **KURŞAT**, s. 153; **KURT**, s. 167 vd.; **KURT**, Süre, s. 181; **OLGAÇ**, s. 97; **SEÇER**, s. 186.

²¹⁷ **BAŞARAN**, s. 1333; **BÜYÜKAY**, s. 223-224; **EKEN**, s. 67-69; **ERGİN**, s. 89-90; **İLKGELEN**, s. 76; **KURŞAT**, s. 153; **KURT**, s. 150; **OLGAÇ**, s. 97; **SEÇER**, s. 186; Bu noktada Covid-19 salgınının sözleşme süresine etkisinden kısaca bahsetmeyi uygun görüyoruz. Covid-19 salgını, Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmiş olup taraflarca önceden öngörülemeyen ve ifa güçlüğü yaratan olağanüstü bir durum olarak değerlendirilmektedir. Covid-19 salgını nedeniyle yüklenici işe devam edemez veya işi Covid-19 salgınına bağlı aksaklıklar nedeniyle mevcut tempo ile tamamlayamayacak duruma gelmiş olabilir. Normal şartlarda inşaatın teslimine kadarki süreçte tüm riskler yükleniciye ait olduğundan teslim kadarki süreçte işin durmasına ve yavaşlamasına sebep olan risklerin sonuçlarına yüklenici katlanmak zorunda olacak; normal temposunu hızlandırarak ve işçi sayısını arttırarak başka bir deyişle olağan iş temposunu hızlandırarak işi zamanında yetiştirmeye çalışacaktır. Ancak Covid-19 salgını gibi kaçınılmaz ve öngörülmez olağanüstü hallerde yükleniciden dürüstlük kuralı uyarınca bunu yapması beklenemeyecektir. Bu nedenle Covid-19 salgını nedeniyle inşaatı bir süre ara verilmek zorunda kalınması halinde inşaat süresi, inşaatı ara verilen tarih ile yüklenicinin inşaatı yeniden başladığı tarih arasındaki gün kadar uzamış sayılacaktır. Covid-19 salgını nedeniyle inşaat faaliyetlerinin durmayıp yalnızca yavaşlaması halinde ise Covid-19 salgını nedeniyle iş yavaşlamasaydı inşaatın getirileceği durum ile Covid-19 salgınının etkisi ile işin yavaşlaması nedeniyle inşaatın getirildiği mevcut durum arasındaki fark hesaplanacak, teslim süresine eklenmesi gereken makul süre tespit edilecek ve yüklenici ancak belirlenen bu yeni süre sonunda teslimi gerçekleştirmediği takdirde temerrüde düşmüş olacaktır **SEÇER**, Covid, s. 174-185; İş sahibinin sayılan bu iş birliği yapma faaliyetlerini külfet olarak değerlendiren görüşe göre, bu

Tüm bunların yanı sıra, yüklenicinin sadakat borcunun bir uzantısı olarak inşaatın teslim süresi içerisinde yapılmasını engelleyecek her türlü durumu vakit geçirmeksizin iş sahibine ihbar etme yükümlüğü bulunmaktadır²¹⁸. Yüklenicinin ortaya çıkan durumları iş sahibine derhal ihbar etmemesi ihtimalinde işin zamanında teslim edilmesini engelleyen bu durum iş sahibinin risk alanında doğmuş olsa dahi yüklenici süre uzatım hakkını kaybedecektir²¹⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki gecikmenin objektif olarak haklı sayılması için iş sahibine isnat edilebilen sebep ile gecikme arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir²²⁰. Örneğin, iş sahibi arsayı 2 ay gecikmeli olarak teslim etmiş fakat yüklenici de inşaatı 10 ay gecikmeli olarak başlamişsa artık iş sahibinin arsayı 2 ay gecikmeli teslim etmesi ile inşaatın zamanında tamamlanamaması arasındaki illiyet bağının kesildiği kabul edilmektedir²²¹.

II. TEMERRÜT HALİNDE İŞ SAHİBİNİN SAHİP OLDUĞU SEÇİMLİK HAKLAR

Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen özel hükümlere yer verilmemiştir. Yüklenicinin temerrüdüne ilişkin olarak borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117-125 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kanun, borçlu temerrüdünün genel sonucu olan gecikme tazminatı

faaliyetlerin yerine getirilmemesi durumunda iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşeceği, bunun sonucu olarak da yüklenicinin temerrüde düşmekten kurtulacağı kabul edilmektedir **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 497, iş birliği yapmanın hukuki niteliğine ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. s. 487-489; bkz. **BİLGETEKİN**, s. 111; **SELİMOĞLU**, s. 131.

²¹⁸ **ALTAŞ**, s. 104; **EKEN**, s. 78; **EREN**, Özel, s. 628; **KURT**, s. 169; **PAKET**, s. 63; **SEÇER**, Bildirim, s. 728; **TANDOĞAN**, s. 54 vd.

²¹⁹ **EKEN**, s. 79; **KURT**, s. 169.

²²⁰ **AYAN**, s. 113; **EKEN**, s. 65.

²²¹ Örnek için bkz. **AYAN**, s. 113; **YHGK**, 6.10.2020, 2017/23-845, K. 2020/723; “Bu ilke ve açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; arsa sahibi davacılar ile yüklenici arasında 14.06.2005 tarihinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmış olup inşaatın süresinin sözleşme tarihinden itibaren 6 ay içinde inşaat ruhsatı alınmak kaydıyla ruhsat tarihinden itibaren 18 ay olduğu, inşaatın turizm yasağı nedeniyle belediye tarafından durdurulması ya da savaş, deprem, seferberlik gibi elde olmayan nedenlerle inşaatın durması hâlinde geçecek olan sürenin inşaat süresine ilave edileceği, inşaatın süresinde bitmemesi halinde yüklenicinin arsa sahiplerine her daire için aylık 500 TL kira ödeyeceği kararlaştırılmıştır...İmar planının iptal edilmesinin davacı yönünden mücbir neden sayılabileceği ancak davalının mücbir nedenden önce temerrüde düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerektiği, her ne kadar İdare Mahkemesince dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde imar planı iptal edilmiş ise de, söz konusu iptal kararının daha önce alınan inşaat ruhsatının geçerliliğini etkilemeyeceği inşaat ruhsatı düzenlendikten sonra imar planının iptal edilmesinin arsa sahipleri yönünden kazanılan hakkı engellemeyeceği...” (E.T.: 04.08.2021, www.kazanci.com.tr).

yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından alacaklıya iki seçimlik hak daha tanımıştır. Bu bölümde yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sahip olduğu bu seçimlik haklar açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

1. İş Sahibinin Yapının Tesliminde Israr Etmesi

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi, inşaat sözleşmesine konu yapıyı tamamlayıp iş sahibine teslim etme borcunu yapının tamamlanması imkansızlaşmadığı süreçte ortadan kaldırmaz. İş sahibi yapıyı teslim borcunda temerrüde düşülmesi halinde herhangi bir işlem yapmaksızın aynen ifada ısrar edebilir. Başka bir deyişle iş sahibi, yapının teslimini yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olmasa dahi her zaman isteyebilecektir²²².

İş sahibinin yapının tamamlanması ve teslim edilmesi için yükleniciye ek süre vermesi ve bu sürenin sonunda hiçbir bildirimde bulunmaması aynen ifayı talep ettiği yönünde karine teşkil edecektir²²³. Bu nedenle iş sahibinin ek süre dolduktan sonra gecikmeksizin yapının teslim edilmesini istemediğini başka bir deyişle aynen ifadan vazgeçtiğini ve hangi seçimlik hakkını kullanacağını yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Ancak, iş sahibinin yükleniciye ek süre verirken ek sürenin sonunda yapının teslim edilmemesi halinde hangi seçimlik hakkı kullanacağını bildirebileceği unutulmamalıdır²²⁴.

²²² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 131; ANTALYA, O. Gökhan, s. 557; AYAN, s. 172; DAYINLARLI, s. 86; EREN, s. 1099; ERMAN, s. 86; HAVUTÇU, s. 37; Aynen ifa talebi, sözleşmeyi sona erdirmekten ziyade sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapının teslimine yönelik taleptir KAHVECİ, s. 87; A. KILIÇOĞLU, s. 886; KOCAĞA, Sözleşme, s. 126; OZANOĞLU, s. 77; ÖNEN, s. 69; ÖZ, s. 143; Gecikme tazminatının talep edilebilmesi için yapının teslim edildiği anda bu hakkın saklı tutulmasına gerek yoktur ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 316; SELİÇİ, s. 70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 920.

²²³ ANTALYA, O. Gökhan, s. 557; DAYINLARLI, s. 114; DİRİCAN, s. 108; HAVUTÇU, s. 60; KAHVECİ, s. 86; ŞAHİN, s. 238; TANDOĞAN, s. 134; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 491; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 955; YAKUPPUR, s. 97; Yarg. 15. HD, 12.6.2007, 3707/3971; “Taraflar arasındaki 14.10.2003 tarihli sözleşme ve sipariş formuna göre, işin teslimi gereken tarih, 15.11.2003’tür. Davacı bu tarihte işi teslim etmediğine göre temerrüde düşmüş ise de davalı iş sahibi sözleşmeden döndüğünü derhal bildirmeyip 31.03.2004 tarihine kadar beklemekle ifayı istemiş sayılır...” (E.T.: 04.04.2021, www.kazanci.com.tr).

²²⁴ Yarg. 23. HD, 5.12.2019, 7390/5155; “Taraflar arasında imzalanan 02.07.2010 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde her ne kadar sözleşme tarihinden itibaren 4 ay içinde ruhsat alınacağı ruhsat tarihinden itibaren 24 ay içinde inşaatın bitirileceği kararlaştırılmış ise de ruhsat alımı için verilen 4 aylık sürede ruhsat alınamazsa yükleniciye 2 ay ek süre verileceği bu sürede de ruhsat alınamazsa sözleşmenin feshine karar verileceğinin kararlaştırıldığı...” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde işe devam edip inşaatı teslim etme ihtimali düşükse ya da yüksek enflasyon ve artan fiyatlar nedeniyle ifanın gerçekleştirilmesini beklemek iş sahibinin durumunu ağırlaştıracak ise iş sahibi ifayı beklemek yerine işin bir an önce tamamlanması sağlamak maksadıyla hakimden izin alarak ifanın kendisi tarafından yapılması veya üçüncü kişiye yaptırılması yolunu seçebilir²²⁵. İşte Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinde düzenlenen nama ifa kurumu, yapma borcuna konu olan edimin ifa edilmemesi üzerine alacaklının hakimden izin alarak ifanın kendisi tarafından yapılmasına veya üçüncü kişiye yaptırılmasına imkan sağlamaktadır²²⁶. İş sahibi nama ifaya ilişkin açacağı davada inşaat sözleşmesine aykırılığın tespitini, yapının kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanmasına izin verilmesini, gerekli masrafların yükleniciden tahsilini, gecikmeden doğan zararının karşılanmasını, yüklenicinin yapıyı tamamlayıp teslimi gerçekleştirseydi malvarlığının alacağı durum ile üçüncü kişi tarafından yapının tamamlanması sebebiyle malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı isteyebilecektir²²⁷.

2. Gecikmeden Doğan Zararlar

İnşaat sözleşmesi bakımından gecikmeden doğan zararlar, iş sahibinin yapının zamanında tamamlanıp teslim edilmemesi nedeniyle onu kullanamaması ve getireceği gelirden faydalanamaması nedeniyle ortaya çıkan zararlardır²²⁸. Gecikmeden doğan zarar, hukuki niteliği itibarıyla olumlu bir zarar olup iş sahibinin malvarlığının temerrüde düşülmeden

²²⁵ AYDINCIK, s. 80; EKİNCİ, s. 314; KAHVECİ, s. 90; ÖZ, s. 153; SELİMOĞLU, s. 295; ŞAHİN, s. 242.

²²⁶ Nama ifanın aynen ifanın bir görünümü mü yoksa iş sahibinin olumlu zararının tazminini sağlayan bir tazminat hükmü mü olduğu hususunda doktrinde fikir ayrılığı bulunmaktadır. Nama ifayı TBK m. 113 uyarınca işin masrafları borçluya ait olmak üzere başkasına yaptırılması başka bir deyişle yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla sağlanması olarak nitelendiren görüş için bkz. ANTALYA, O. Gökhan, s. 224-225; ARDIÇ, s. 227; AYAN, s. 179; DİRİCAN, s. 51; DUMAN, s. 99; EKİNCİ, s. 314; A. KILIÇOĞLU, s. 886; aksi görüş için ise bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 375; ÖNEN, s. 71; ÖZ, s. 153-154; Nama ifanın hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. AYDINCIK, s. 88 vd.

²²⁷ Nama ifaya izine ilişkin prosedür hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDINCIK, s. 216 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 923.

²²⁸ KURT, s. 210; SELİMOĞLU, s. 303; Yarg. 15. HD, 15.04.2008, 774/2436; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin sözleşmeden doğan hakkı, inşaatın zamanında bitirilip teslim edilmesini isteme hakkıdır. Yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi nedeniyle arsa sahibinin gecikmeden kaynaklanan kira tazminatını talep hakkı ise kanundan doğan bir haktır. (eBK m. 106/1) Yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi nedeniyle talep edilebilecek olan kira tazminatı, teslimde gecikilen her ay için ödenecek bir miktar paradır. Kira tazminatı miktarı sözleşme yapılırken kararlaştırılabilir, bu şart geçerlidir. Tarafların maktu olarak belirledikleri miktar talep edilebilecek olan miktardır. Sözleşmede böyle bir şartın bulunmaması halinde ise talep edilebilecek tazminat miktarı, tespit edilecek rayiçlere göre belirlenir.” (KURT, s. 211).

önceki durumu ile yüklenicinin gecikmiş ifası sonucu oluşan durum arasındaki farka ilişkin zararını ifade etmektedir²²⁹.

Bu noktada gecikme tazminatının işleyeceği zaman aralığını ve dolayısıyla tazminat miktarını tespit edebilmek için “*gecikmiş ifa*” kavramından ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Gecikmiş ifa, yüklenicinin temerrüde düştükten sonra ifada bulunması halinde söz konusu olacaktır. Vadesi belirli veya belirlenebilir bir inşaat sözleşmesinde vadenin gelmesi ile yüklenici kendiliğinden temerrüde düşecek ve vadeden sonra teslim gerçekleştirildiği takdirde bu ifa gecikmiş ifa olacaktır. Ancak temerrüt için ihtarın gerekli olduğu hallerde yüklenici, teslim borcunun muaccel olması ile iş sahibi tarafından yapılacak temerrüt ihtar ile temerrüde düşürülmesi arasında ifada bulunursa bu gecikmiş ifa olmayacaktır. Dolayısıyla iş sahibi bu dönem için gecikme tazminatına hak kazanamayacaktır²³⁰. Aynı şekilde iş sahibi ek süre verme zorunluluğu olmamakla birlikte temerrüde düşen yükleniciye ek süre vermişse temerrüt bu ek süre boyunca devam edecek ve dolayısıyla bu dönem için de gecikme tazminatına hak kazanacaktır²³¹.

Gecikme tazminatının kapsamına fiilen uğranılan zararlar ile yoksun kalınan kazanç kayıpları girmektedir²³². İş sahibinin inşaatın zamanında tamamlanamaması nedeniyle fazladan ödemek zorunda kaldığı kira bedelleri, inşaat sözleşmesine konu yapıyı geç satmış olmasından kaynaklanan zararlar, ihtar ve icra takibi giderleri, geç ifa nedeniyle üçüncü kişilere verilen sözün yerine getirilememesi nedeniyle ödenmek zorunda kalınan ceza koşulu gibi bedeller fiilen uğranılan zararlara; iş sahibinin zamanında teslim edilmeyen yapıyı kiraya verememesinden kaynaklanan kaybı ise yoksun kalınan kazanç kaybına örnek verilebilecektir²³³.

²²⁹ ANTALYA, O. Gökhan, s. 502; AYAN, s. 184; AYDEMİR, s. 538; BUZ, Dönme, s. 104; DİRİCAN, s. 49; DUMAN, s. 99; EREN, s. 1102; KAHVECİ, s. 97; KARAKURT, s. 33; A. KILIÇOĞLU, s. 888; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 481; OZANOĞLU, s. 78; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 482; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 925; YAKUPPUR, s. 100; YILDIZ, s. 97-98.

²³⁰ KAHVECİ, s. 103; YAKUPPUR, s. 99.

²³¹ ARPACI, s. 269; DEMİR, s. 88; SELİMOĞLU, s. 289; ŞAHİN, s. 262; aksi görüşte TANDOĞAN alacaklının borçluya ek süre vermesinin temerrüdü sona erdirdiğini, dolayısıyla belirlenen bu ek süre içerisinde temerrüdün sonuçlarının doğmayacağını savunmaktadır TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 481.

²³² AYAN, s. 187; DİRİCAN, s. 48; Z. ATEŞ, s. 31; ENLİ, Makale, s. 104 vd.; GÖKYAYLA, s. 199; GÜMÜŞ, s. 37; KAHVECİ, s. 99 vd.; A. KILIÇOĞLU, s. 888; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 126-127; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 481; ÖNEN, s. 73; REİSOĞLU, s. 373; ŞAHİN, s. 255-256; YAKUPPUR, s. 100; YILDIZ, s. 101 vd.

²³³ Z. ATEŞ, s. 31; AYAN, s. 187-188; DAYINLARLI, s. 77; DİRİCAN, s. 59; DUMAN, s. 99-100; ENLİ, Makale, s. 103; EREN, s. 1104; GÖKYAYLA, s. 199; GÜMÜŞ, s. 37; KAHVECİ, s. 99-100; A. KILIÇOĞLU, s. 888; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 126-127; KURT, s. 211; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt -1, s.

Gecikme tazminatı sadece aynen ifada ısrar edilmesi halinde talep edilebilecektir. Başka bir deyişle ifadan vazgeçen veya sözleşmeden dönen iş sahibi gecikme tazminatını talep edemeyecektir²³⁴. Ancak doktrinde ifadan vazgeçilerek olumlu zararın talep edilmesi halinde gecikmeden doğan zararların, olumlu zarar kapsamında talep edilebileceği savunulmaktadır²³⁵.

İş sahibi aynen ifayı ve yüklenicinin kusurlu olması şartı ile gecikme tazminatını isteyebilecektir²³⁶. İş sahibinin gecikme tazminatı talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasının yanı sıra iş sahibinin gecikmeden dolayı zarara uğramış olması ve bu zarar ile gecikme arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir²³⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi gereği temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispat

479; **OZANOĞLU**, s. 78; **REİSOĞLU**, s. 373; **ŞAHİN**, s. 255-256; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 482-483; **YAKUPPUR**, s. 100; **YILDIZ**, s. 101-107; **Yarg. 23. HD, 7.12.2017, 4406/3638**; "Sözleşmenin 9/C maddesinde, işin 24.04.1998 tarihine kadar teslim edileceği, teslimde gecikme olması halinde, arsa sahibine ait her bir daire için 200 DM kira tazminatı ödeneceği, gecikmenin hiç bir şekilde 8 ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, sözleşmenin bu hükmü dikkate alınarak 8 aylık süre için kira tazminatı hesaplanmış ise de arsa sahibi, her zaman aynen ifa ile birlikte teslimin gerçekleştiği tarihe kadar, zamanaşımı süresi içerisinde, kira tazminatı isteme hakkına sahiptir....bu itibarla, 26.06.2009 tarihinden geriye doğru 5 yılın sona erdiği 26.06.2004 tarihinden önceki döneme dair kira tazminatı alacaklarının zamanaşımına uğradığının kabulü gerekir. Bu durumda, davacı arsa sahipleri ancak 26.06.2004 tarihi ile teslimin gerçekleştiği 31.12.2004 tarihi arasındaki dönem için kira tazminatı talep edebilirler..." (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 15.1.2020, 2704/92**; "Dava, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi gereğince davacıya verilen bağımsız bölümün kararlaştırılan küçük olması sebebiyle eksik iş bedeli ve teslimdeki gecikmeden kaynaklanan kira kaybı alacağının tahsili istemine ilişkindir. İlgili belediyeden inşaatın genel yapı kullanma izin belgesi ile davacıya ait bağımsız bölümlerin yapı kullanma izin belgesinin hangi tarihte alındığı sorulduktan sonra davacıya ait bağımsız bölümün hangi tarihte tamamlanıp teslim edilmesi gerektiği, bu tarihten itibaren yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarihe kadar ne kadarlık gecikme olduğu ve gecikme süresine göre teslimi gereken tarihten itibaren 12 aylık süre için daha az olamayacağından mahalli piyasa rayıçlarına göre mahrum kalan kira alacağı karşılığı gecikme tazminatı ile 12 ayı aşan gecikme nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan kira bedeli karşılığı gecikme tazminatı miktarı konusunda davacının talebinin hangi tarihe kadar olduğu da gözetilerek gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu gecikme tazminatı isteminin tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir" (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr);

²³⁴ **AYDEMİR**, s. 537; **DİRİCAN**, s. 50; **KAHVECİ**, s. 105; **YAKUPPUR**, s. 99.

²³⁵ **DAYINLARLI**, s. 124-125; Bu görüşü savunan yazarlar, ifadan vazgeçen iş sahibinin gecikmiş ifayı talep ettiği ihtimalden daha kötü duruma düşmemesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadırlar **DİRİCAN**, s. 59; **EREN**, s. 1119; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 508; **TANDOĞAN**, s. 140; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 962; **YAKUPPUR**, s. 111.

²³⁶ **AYAN**, s. 184; **AYDEMİR**, s. 539; **BARLAS**, s. 116; **COŞKUN**, s. 251; **DAYINLARLI**, s. 70; **DİRİCAN**, s. 56; **A. KILIÇOĞLU**, s. 888; **KOCAGAĞA**, Sözleşme, s. 126; **ÖZ**, s. 155; **ŞAHİN**, s. 254; Borcun zamanında ifa edilebilmesi için gerekli önlemleri kasti veya ihmali davranışı ile almayan borçlu kusurlu kabul edilir **REİSOĞLU**, s. 374; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 482; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 961; **YILDIRIM**, s. 316.

²³⁷ **DAYINLARLI**, s. 70; **DEMİR**, s. 79; **EREN**, s. 1104; **KOCAGAĞA**, Sözleşme, s. 126; **ÖZ**, s. 156; **ŞAHİN**, s. 253; **YAKUPPUR**, s. 99.

ise yükleniciye ait olacaktır²³⁸. Örneğin, inşaat ruhsatının alınması için yetkili mercilere zamanında başvurmasına rağmen haksız engeller sonucunda inşaatın geciktiğini veya ithal edilecek malzemelerin sonradan getirilen kurallar gereğince zamanında temin edilemediğini kanıtlayarak yüklenici kusursuzluğunu ispat edebilecektir²³⁹.

B. Diğer Seçimlik Haklar

1. İş Sahibinin Seçimlik Hakkını Kullanması

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen 470-486 hükümleri arasında yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen özel hüküm mevcut değildir²⁴⁰. Bu nedenle borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117-119 ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m. 123-125 hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁴¹.

Kanun koyucu, alacaklıya temerrüde düşmede kusurlu olan borçludan ifanın yanında gecikme tazminatı talep etme hakkı tanımıştır (TBK m. 118, TBK m. 125/1). *Gecikme tazminatı*, her türlü borç ilişkisinde geçerli olan borçlu temerrüdünün genel bir sonucudur²⁴². Bunun yanı sıra kanun koyucu alacaklıya tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından edimin aynen ifasından vazgeçerek ifa yerine olumlu zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini isteme şeklinde iki seçimlik hak daha tanımıştır (TBK m. 125/2). İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan iş sahibi, TBK m. 125'in birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen bu seçimlik hakları da kullanabilecektir²⁴³.

²³⁸ AYAN, s. 185; DAYINLARLI, s. 70; A. KILIÇOĞLU, s. 888; SELİMOĞLU, s. 304; YAKUPPUR, s. 101.

²³⁹ A. KILIÇOĞLU, s. 888; Yarg. 15. HD, 02.10.2009, 2259/5014; "Belirlenen sürede inşaat tamamlanıp teslim edilmediği takdirde 2 aylık ek süre verileceği, bu sürenin sonunda akdin feshedileceği kararlaştırıldığına göre, yüklenicinin kusurunun olmadığı, çalışılmayan sürenin teslim süresine eklenmesi ve buna göre gecikme tazminatının hesaplanması gerekir" (C. GÜNAY, s. 453).

²⁴⁰ Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işin zamanında teslim edemeyeceğinin önceden anlaşılması halleri için TBK m. 473 hükmünün *özel bir düzenleme* olduğu unutulmamalıdır.

²⁴¹ AYAN, s. 93; BÜYÜKAY, s. 79; ENLİ, Makale, s. 100; ERMAN, s. 85; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 32; OZANOĞLU, s. 75; ÖZ, s. 142; TANDOĞAN, s. 130; TEKELİOĞLU, s. 164; YAKUPPUR, s. 73; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 563; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 485.

²⁴² BUZ, Dönme, s. 108; BÜYÜKAY, s. 229; ENLİ, Makale, s. 103; GÜMÜŞ, s. 37; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 126; KURT, s. 238; OZANOĞLU, s. 76; TANDOĞAN, s. 140; YILDIRIM, s. 313; YILDIZ, s. 173.

²⁴³ AYAN, s. 209-210; BUZ, Dönme, s. 106; BÜYÜKAY, s. 229; DAYINLARLI, s. 85; DİRİCAN, s. 47; DUMAN, s. 16; ENLİ, Makale, s. 104-105; GÜMÜŞ, s. 39; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 33; KURT,

Aşağıda iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için gerekli olan ek süre tayini, iş sahibinin beyanı ve beyanın sonuçları anlatılmaya çalışılacaktır.

a. Ek süre verilmesi

Vadesi belirli bir inşaat sözleşmesinde iş sahibi, vadenin gelmesi ile yapıyı teslim borcunda temerrüde düşen yükleniciye hiçbir beyanda bulunmadan ve ek süre verme zorunluluğu olmadan aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilecektir²⁴⁴. Zorunluluk arz etmemekle birlikte aynen ifayı isteyen iş sahibi tercihen yükleniciye ek süre vererek gecikmiş ifanın belli bir zamana kadar veya belirli bir süre içerisinde gerçekleşmesini isteyebilecektir²⁴⁵.

Ancak iş sahibinin diğer iki seçimlik hakkının kullanabilmesi için öncelikle yükleniciye TBK m. 123 uyarınca ek süre vermesi gerekecektir²⁴⁶. Ek süre tayin ederek iş sahibi, yükleniciye yapıyı tamamlayıp teslim etmesi için son bir şans vermektedir. Bu nedenle ek sürenin, dürüstlük kuralına uygun şekilde teslimin gerçekleşmesi için gereken makul zaman göz önüne alınarak tayin edilmesi gerekecektir²⁴⁷. Bu ise yüklenicinin makul bir mesai harcayarak olağan araç gereçler ile kalan işi ne kadar sürede tamamlayabileceği süre gözetilerek tespit edilecektir²⁴⁸. Bunun yanı sıra verilen ek süre yüklenici işe yeni başlıyormuş gibi değil, daha önceden ifaya başladığı varsayımına dayalı olarak tayin edilecektir. Başka bir

s. 238; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 499; REİSOĞLU, s. 386; TEKELİOĞLU, s. 165; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 945; YILDIZ, s. 173.

²⁴⁴ DİRİCAN, s. 48; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 499; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 946.

²⁴⁵ Ek süre, alacaklının borçlu temerrüdüne bağlı seçimlik haklarını kullanmadan önce borçluya aynen ifayı yerine getirmesi için tayin ettiği son süredir BİLGETEKİN, s. 49; DİRİCAN, s. 54; EREN, s. 1110; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 500; SEÇER, s. 151; YILDIZ, s. 183.

²⁴⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 137; Z. ATEŞ, s. 39; BUZ, Dönme, s. 106; BÜYÜKAY, s. 229; DAYINLARLI, s. 76; DİRİCAN, s. 53; GÜMÜŞ, s. 38; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 33; C. GÜNAY, s. 447; HAVUTÇU, s. 44; KAHVECİ, s. 86; A. KILIÇOĞLU, s. 879-880; KURŞAT, s. 396; ÖZ, s. 160; REİSOĞLU, s. 383; SELİMOĞLU, s. 287; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 945; YAKUPPUR, s. 84; YILDIRIM, s. 317; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 563; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 485.

²⁴⁷ AYAN, s. 216; DİRİCAN, s. 54; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 502; ÖNEN, s. 48; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 947; UYGUR, Cilt 3, s. 3322; YILDIZ, s. 185.

²⁴⁸ Z. ATEŞ, s. 41; Ek süre, inşaatın kalan kısmının yüklenicinin “normalin üzerine bir çalışma temposu” ile tamamlayabileceği süre dikkate alınarak verilmektedir. Başka bir deyişle ek süre verilirken yükleniciden normalin üzerinde bir çalışma temposuyla çalışıp işi bitirmesi beklenmektedir AYAN, s. 217; BUZ, Dönme, s. 107; BÜYÜKAY, s. 233; DEMİR, s. 89; DUMAN, s. 17; EREN, s. 1111; KAHVECİ, s. 108-109; A. KILIÇOĞLU, s. 881; KURŞAT, s. 397; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt -1, s. 502; ÖZ, s. 160; REİSOĞLU, s. 384; SELİCİ, s. 71; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 495; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 947; YAKUPPUR, s. 85.

deyişle yüklenici inşaatın yapımına hiç başlamamış olsa bile iş sahibi işin tamamlanması için gereken sürenin tamamını vermek zorunda değildir²⁴⁹.

Verilen ek sürenin uygun bir süre olmadığını düşünen yüklenici bunu iş sahibine bildirmelidir. Doktrinde bazı yazarlar²⁵⁰, verilen süreye itiraz etmeyen yüklenicinin sonradan sürenin yetersiz olduğunu ileri süremeyeceğini ve verilen süreyi kabul etmiş sayılacağını, diğer yazarlar²⁵¹ ise verilen ek sürenin uygun olmaması durumunda geçerli kabul edilmemesi gerektiğini ve borçlunun ikinci bir ek süre verme yükümlülüğünün bulunduğunu savunmaktadır. Ayrıca doktrinde, “derhal, vakit geçirilmeksizin, uygun bir sürede” gibi ifadelerle tayin edilen ek sürenin belirsiz olması nedeniyle geçerli kabul edilmemesi gerektiği de savunulmaktadır²⁵².

Ek süre verilmesine ilişkin beyan da temerrüt ihtarında açıkladığımız gibi karşı tarafa varması gereken, hukuki işlem benzeri fiil olup geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir²⁵³. Her iki tarafın tacir olduğu inşaat sözleşmelerinde ise ek süre verilmesine ilişkin beyanın TTK m. 18/3’de sayılan yollarla yapılması gerekecektir²⁵⁴.

Ek süre verilmesine ilişkin beyanın kesin olarak tayin edilen tarihe kadar yapının teslimini talep etmesi talebini de içermesi gerekmektedir²⁵⁵. Yapının verilen sürenin sonunda teslim edilmemesinin sonuçlarının ise belirtilmesine gerek yoktur zira kanun koyucu bunun sonuçlarını *tazminat isteme ve sözleşmeden dönme* şeklinde açıkça düzenleme altına almıştır²⁵⁶.

²⁴⁹ YILDIZ, s. 185.

²⁵⁰ DAYINLARLI, s. 80; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 496; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 948; YAKUPPUR, s. 86.

²⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, 502; ÖZ, Dönme, s. 324.

²⁵² DAYINLARLI, s. 79; DEMİR, s. 89; EREN, s. 1112; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 503; ÖZ, s. 160; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 948.

²⁵³ ANTALYA, O. Gökhan, s. 539; Ek süre verilmesine ilişkin beyanın, yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığına ilişkin görüş ve açıklamalar hakkında bkz. BUZ, s. 168-169; HAVUTÇU, s. 47; İLKGELEN, s. 81; ÖNEN, s. 51; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 496; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 946.

²⁵⁴ BUZ, Dönme, s. 107; KAHVECİ, s. 108; KARABAĞ BULUT, Tacir, s. 231; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 503; YAKUPPUR, s. 87; YILDIRIM, s. 317; YILDIZ, s. 189.

²⁵⁵ ANTALYA, O. Gökhan, s. 539; Z. ATEŞ, s. 40; DAYINLARLI, s. 78; DİRİCAN, s. 54; EREN, s. 1112; HAVUTÇU, s. 45; ÖNEN, s. 55; TANDOĞAN, s. 132; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 495; YILDIZ, s. 184.

²⁵⁶ DAYINLARLI, s. 79; EREN, s. 1112; KURT, s. 239.

Türk Borçlar Kanunu 123. maddede yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere ek süre verilmesini düzenlemiş, 124. maddede ise ek süre vermesine gerek olmaksızın temerrütten doğan hakların kullanabileceği haller düzenleme altına almıştır. Buna göre, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa²⁵⁷, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa²⁵⁸ ve borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa²⁵⁹ yükleniciye ek süre verilmesine gerek

²⁵⁷ İnşaat alanını terk eden yükleniciye süre verilmesine gerek olmadığı yönünde bkz. **DAYINLARLI**, s. 82; Yüklenicinin tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılmasına örnek olarak ifa zamanı gelmesine rağmen yüklenicinin işe hiç başlamamış olması verilebilir **EREN**, s. 1113; Yükleniciye verilen ek sürenin yararsız olacağını ispat yükü iş sahibinde olacaktır **KAHVECİ**, s. 110; Ek süre verilmesinin gerekip gerekmediği her somut olayın koşullarına göre değişecektir. Önemli olan husus, verilecek olan ek sürenin faydasız olacağının kanıtlanmasıdır. Örneğin, borcun ifa edilemeyeceğinin açıkça belirtilmesi, işyerini terk etmesi, ifa zamanı gelmesine rağmen borcun hiç ifa edilmemiş olması, geçen zamana göre işin çok az oranda yapılmış olması veya edimin kötü ifa edilmiş olması hallerinde ek süre verilmesine gerek olmayacaktır **A. KILIÇOĞLU**, s. 884; Bu hallerin neler olduğu kanunda tek tek sayılmamış olup somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilecektir **ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, s. 313; Yüklenicinin sözleşmenin varlığını reddetmesi halinde de ek süre verilmesinin etkisiz olacağı yönünde bkz. **YAKUPPUR**, s. 88; **YILDIZ**, borç muaccel olmadan borçlunun kesin olarak borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması halinde dahi alacaklının öncelikle borçluya temerrüt ihtarında bulunması gerektiğini, ihtarla rağmen borçlunun tutumu aynen devam ediyorsa o halde TBK m. 124/b.1'in uygulanabileceğini savunmaktadır s. 197.

²⁵⁸ Ancak inşaat sözleşmeleri bakımından bu durumun ortaya çıkması çok istisnaidir. Zira inşaat sözleşmelerinde geç de olsa yapının teslim edilmesi iş sahibi için önemli olacaktır **Z. ATEŞ**, s. 44; Bu noktada alacaklının içinde bulunduğu durum ve sözleşmeyi yaptığı zamanki amacına göre ifanın yararlı olup olmadığı tespit edilecektir **DAYINLARLI**, s. 83; Örneğin, sipariş üzerine dikilecek olan gelinliğin nikah gününe yetişmemesi durumunda gelinliğin geç teslim edilmesinde iş sahibinin hiçbir menfaati olmayacaktır, **DİRİCAN**, s. 55; Borcun ifa edilmesinin kendisi için faydasız olacağını ispat yükü iş sahibinde olacaktır **KAHVECİ**, s. 111; İnşaat sözleşmeleri bakımından bu durumla pek karşılaşmaz zira inşaatın bitirilmesi ne kadar gecikirse geciksin yapının ekonomik değerinin düşmesinden ve iş sahibi için yapının tesliminin anlamsız kalacağından söz edilemez **ÖZ**, s. 162; Başlangıç ve bitiş tarihleri önceden belirlenmiş bir etkinliğin standının etkinlik gününe kadar hazırlanmamış olması örnek verilebilir **ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, s. 314; Ancak işin iş sahibi için faydasız kalması yüklenicinin temerrüdü dışında bir sebepten doğmuş ise başka bir deyişle faydasız kalan iş ile temerrüt arasında illiyet bağı yok ise ek süre verilmesi gerekecektir. Örneğin, sipariş verilen gelinliğe artık ihtiyaç olmaması düğünün iptal edilmesinden kaynaklanıyorsa durum böyledir **YAKUPPUR**, s. 90; İfanın yararsız kalmasına temerrüdün sebep olduğunu alacaklının ispat etmesi gerekecektir **YILDIZ**, s. 199.

²⁵⁹ **Z. ATEŞ**, s. 44; Kesin vade, ifanın yapılacağı son günün net bir sınırla belirlendiği vade türüdür. Bu belirleme bir takvim günü şeklinde olabileceği gibi belli bir saat şeklinde dahi olabilir **BİLGİN YÜCE**, s. 939; Başka bir ifadeyle borcun kesin vadeye bağlanması durumudur. Kesin vadeden bahsedebilmek için ifa zamanının net ve kesin olarak belirtilmesinin yanı sıra ifanın bu tarihten sonra kabul edilmeyeceğinin de açıkça - mutlaka 30 Ekimde, en geç 30 Ağustosta gibi- veya örtülü olarak belirtilmesi gerekmektedir **DAYINLARLI**, s. 83; **DİRİCAN**, s. 55; Tarafların kullanmış olduğu “en çok”, “mutlaka”, “kesin olarak” gibi ifadelerden vadenin kesin vade olduğu anlaşılabilecektir **EREN**, s. 1114; aynı yönde **YILDIZ**, s. 202; Kesin vadeli işlemlerde vade aynı zamanda belirli demektir. Fakat her belirli vade kesin vade demek değildir. Zira, kesin vadede ifanın mutlaka belirlenen vadede gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra belirli vadede temerrüt ihtarına gerek olmasa da ek süre verilmesine gerek vardır. Kesin vadede ise temerrüt ihtarı da ek süre verilmesi de gerekmemektedir **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 284; Mutlak kesin vade ve nispi kesin vade ayrımı için bkz. **KAHVECİ**, s. 111-112; **A. KILIÇOĞLU**, s. 885; aynı yönde **SEÇER**, s. 151; **YILDIRIM**, s. 318; **YHGK**, 13.2.2020, 11-125/135; “...Davalı tarafından protokol ve ek protokole uygun olarak süresinde taslak raporun sunulmaması üzerine davacı tarafından davalıya gönderilen ihtarnamede, taraflar arasında düzenlenen protokol ve ek protokolün ihlal edilmesi sebebiyle kendileri hakkında oluşturulan taslak ve nihai raporların kabul edilmeyeceği, bu raporların genel

olmayacaktır²⁶⁰. Bunun yanı sıra ek süre verilmesi emredici bir kanun hükmü olmadığından tarafların ek süre verilmesi zorunluluğunu anlaşılarak ortadan kaldırmaları da mümkündür²⁶¹.

b. İş sahibinin beyanı

İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre verilmesinin gerekli olmadığı hallerde temerrüt şartlarının sağlanması ile, ek süre verilmesinin gerekli olduğu hallerde ise verilen sürenin sonunda yüklenici yapıyı teslim edememişse ifadan vazgeçerek olumlu zararını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep etmek isteyen iş sahibinin, ifadan vazgeçtiğini derhal yükleniciye bildirmesi gerekmektedir²⁶². Aksi halde sadece aynen ifayı ve yüklenicinin kusurlu olması şartıyla gecikme tazminatını ve varsa ceza koşulunu isteyebilecektir²⁶³.

Uygulamada çoğunlukla iş sahibi gecikmiş ifayı istemediğini bildirirken diğer iki seçimlik hakkından hangisini kullanmak istediğini de bildirmektedir²⁶⁴. Ancak, iş sahibinin beyanından hangi hakkı kullanmak istediğinin açıkça anlaşılamaması durumunda sorunun çözümü önem arz etmektedir. İş sahibi, “sözleşmeden dönerek olumlu zararımın tazminini istiyorum” veya “olumlu ve olumsuz tüm zararların karşılanması talep ediyorum” gibi belirsiz veya hatalı ifadeler kullanmış olabilir. Bu durumda iş sahibinin beyanında kullanmış

kurul dâhil hiçbir şekilde kullanılmasına izin verilmeyeceği belirtilmiştir. Bu hâliyle davacı tarafından sözleşmeden dönme iradesinin davalıya bildirildiğinin kabulü gerekir. 818 Sayılı BK'nın 106. maddesi gereğince borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkı ancak karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde karşılıklı edimdeki temerrüt hâlinde kullanılabilir. Davalı kusuru ile sözleşmeye aykırı davranmış olup, birleşmeyi hazırlamak asıl edim olduğundan sözleşmeye aykırı davranış 818 Sayılı BK'nın 106. maddesi gereğince sözleşmeden dönme hakkı vermektedir. Taraflar arasında düzenlenen protokol ve ek protokolde asıl edim açısından kesin bir vade belirledikleri hususu sabittir. Bu durumda davalının borcunu zamanında ifa etmemesi ile birlikte, kesin bir vade belirlenmiş olduğundan temerrüdün gerçekleştiği açıktır. Ayrıca taraflar arasında kesin bir vade belirlenmiş olduğundan ve hatta davalının ifa gününden hemen önce ek koşullar talep ettiğinden borçlunun davranışının gerek 818 Sayılı BK'nın 107. maddesinin birinci fıkrası gerekse üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi mümkün olup, neticede ek süre verilmesine gerek bulunmamaktadır. O hâlde zarar ile sözleşmeye aykırılık arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilerek davacının sözleşmeden dönen davalıdan 818 Sayılı BK'nın 108. maddesi gereğince menfi zararını talep edebileceğinin kabulü gerekmektedir” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

²⁶⁰ Z. ATEŞ, s. 28; AYAN, s. 219 vd.; DAYINLARLI, s. 81 vd.; DİRİCAN, s. 54-55; HAVUTÇU, s. 49 vd.; A. KILIÇOĞLU, s. 883 vd.; ÖNEN, s. 61 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 950-952; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 523 vd.; OZANOĞLU, s. 77; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 496; YAKUPPUR, s. 88 vd.; YILDIRIM, s. 317.

²⁶¹ AYAN, s. 219.

²⁶² AYAN, s. 224; DİRİCAN, s. 56; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 955.

²⁶³ Z. ATEŞ, s. 28; DAYINLARLI, s. 114; DİRİCAN, s. 56; A. KILIÇOĞLU, s. 924; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 483; OZANOĞLU, s. 77; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 491; YAKUPPUR, s. 96; YILDIRIM, s. 311.

²⁶⁴ DİRİCAN, s. 56; YAKUPPUR, s. 95; YILDIZ, s. 206.

olduğu ifadelere bakılmaksızın TBK m. 19 gereği²⁶⁵, iş sahibinin gerçek iradesinin neye yönelik olduğu bunun yanı sıra makul, orta zekalı ve dürüst bir yüklenicinin bu beyana ne anlam yüklemesi gerektiği hususları dikkate alınarak bir sonuca ulaşmak gerekecektir²⁶⁶.

Örnekler üzerinden gitmek gerekirse, yüklenici açıkça ifayı talep ettiğini belirtmemiş olsa da gecikme tazminatını veya ifaya eklenen ceza koşulunu talep etmesi halinde aynen ifade ısrar ettiği sonucu çıkarılabilecektir²⁶⁷. Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığı durumlarda iş sahibi yükleniciden olumlu ya da olumsuz zararlarının karşılanmasını talep edemeyeceğinden iş sahibinin sözleşme ile bağlı kalmama arzusunun ön planda olacağı ve sözleşmeden dönmek isteyeceği şeklinde bir sonuç elde edilebilir²⁶⁸. Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olduğu ve dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğünün söz konusu olacağı durumlarda ise iş sahibi, ifaya olan menfaatinin karşılanmasını istiyorsa “sözleşmeden dönüyorum” veya “sözleşmeyi feshediyorum” şeklinde beyanda bulunmuş olsa dahi ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmin edilmesini istediği yorumu yapılabilecektir. Bir örnek daha vermek gerekirse iş sahibinin sözleşme akdedilmeseydi yapmak zorunda kalmayacağı masrafları istemesi halinde sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının karşılanmasına yönelik iradesinin ön planda olduğu kabul edilebilecektir²⁶⁹.

2. İfadan Vazgeçme ve Olumlu Zarar Talebi

İş sahibi ifanın kendisi için bir öneminin kalmaması ve fakat olumlu zararlarının sözleşmeye konu yapının değerinden fazla olması ihtimalinde ifadan vazgeçerek onun yerine olumlu zararlarının karşılanması isteyebilecektir (TBK m. 125/2)²⁷⁰. Yapının tesliminde geciken yükleniciye karşı iş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini bildirerek yapının vadesinde teslim edilmemesinden doğan zararını eş deyişle olumlu zararını isteyebilecektir²⁷¹. İnşaat sözleşmesi bakımından aynen ifadan vazgeçilerek olumlu zararın talep edilmesi inşaatın

²⁶⁵ “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”.

²⁶⁶ AYAN, s. 213; DİRİCAN, s. 56; HAVUTÇU, s. 103; A. KILIÇOĞLU, s. 924; KURT, s. 255.

²⁶⁷ KURT, s. 255.

²⁶⁸ DİRİCAN, s. 57; KURT, s. 254-256; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 505.

²⁶⁹ DİRİCAN, s. 57.

²⁷⁰ DAYINLARLI, s. 124; ÖNEN, s. 80; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 491; YAKUPPUR, s. 108; YILDIZ, s. 174.

²⁷¹ Z. ATEŞ, s. 45; ENLİ, Makale, s. 106; ERMAN, s. 100; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 127.

tamamlanması talebinden veya inşaaata başlanmış ise inşaatın yapımına devam edilmesinden vazgeçildiği anlamına gelecektir²⁷².

a. İş Sahibinin Olumlu Zararları

Olumlu zarar, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu ifa etmemiş olması nedeniyle iş sahibinin uğramış olduğu zararlardır²⁷³. Başka bir ifade ile iş sahibinin malvarlığının inşaatın teslim edilmesi sonucu alacağı durum ile teslim edilmemesi nedeniyle mevcut durumu arasındaki farktır²⁷⁴.

Olumlu zarar kalemleri, ifa edilmeyen edimin değeri ve gecikmeden doğan zararlardır²⁷⁵. Bu noktada ilk olarak ifa edilmeyen edimin değeri ile ne ifade edilmek istendiğine ve ifa edilmeyen edimin değeri bakımından doktrindeki farklı görüşlere değinmek gerekmektedir. Doktrinde bir görüş²⁷⁶, ifa edilmeyen edimin değerini yapının tamamlanmış halinin piyasa

²⁷² AYAN, s. 229; EREN, s. 1117; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 127; YAKUPPUR, s. 109.

²⁷³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 138; ANTALYA, O. Gökhan, s. 565; AYDEMİR, s. 528; BERBEROĞLU YENİPİNAR, Sözleşme, s. 54; DEMİR, s. 80; DİRİCAN, s. 58; EREN, s. 1117; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 56; GÖKYAYLA, K. Emre, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 57; GÜNDOĞDU, s. 268; HAVUTÇU, s. 68; KAHVECİ, s. 116; KAPANCI, Kadir Berk, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 669; A. KILIÇOĞLU, s. 925; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 127; KURT, s. 257; ŞAHİN, s. 266; YAKUPPUR, s. 110; YILDIRIM, s. 319.

²⁷⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 138; ANTALYA, O. Gökhan, s. 571; Z. ATEŞ, s. 47; AYAN, s. 233; AYDEMİR, s. 529; BERBEROĞLU YENİPİNAR, Sözleşme, s.54; Olumlu zarar tazminatının konusunu alacaklının ifadaki menfaati oluşturur DAYINLARLI, s. 89; DEMİR, s. 80; DİRİCAN, s. 58; EREN, s. 1117; ERGÜNE, s. 56; GÖKYAYLA, Makale, s. 57; GÜNDOĞDU, s. 268; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 286; HAVUTÇU, s. 68; KAHVECİ, s. 116-117; KAPANCI, s. 669; A. KILIÇOĞLU, s. 926; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 127; KURŞAT, s. 411; KURT, s. 257; ÖZ, s. 165; ŞAHİN, s. 266; YAKUPPUR, s. 110; YILDIRIM, s. 319.

²⁷⁵ ANTALYA, O. Gökhan, s. 566; Z. ATEŞ, s. 47; AYDEMİR, s. 547; HAVUTÇU, s. 114; KAPANCI, s. 669; A. KILIÇOĞLU, s. 926; YAKUPPUR, s. 110.

²⁷⁶ ERMAN, s. 102; Yarg. 15. HD, 19.11.2020, 87/3043; “Davacıların aynen ifa taleplerinin kabulüne olanak bulunmaması halinde davacılar asıl ve birleşen dava tarihlerinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK 106/II. maddesi hükmü gereğince ifa yerine olumlu zararlarını isteyebilecekleri ve bu zarar da arsa sahibi davacıların hak edip de yüklenici adına kayıtlı bağımsız bölüm bulunmaması sebebiyle aynen ifa imkanı kalmayan bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarih itibari ile tamamlanmış durumdaki piyasa rayiçleri ile bedeli olduğu...Bu tarih itibariyle davacı arsa sahiplerine verilmesi gerekip de, verilme imkanı kalmayan bağımsız bölüm ya da bağımsız bölümlerin tamamlanmış haliyle mahalli piyasa rayiçleriyle bedelinin aynı bilirkişi kuruluna hesaplattırılarak...” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr); Yarg. 15. HD, 14.10.2005, 5335/5448; “Somut olayda, davalı inşaatı sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim etmediği gibi kusursuz olduğunu da ispat edememiştir. Bu durumda arsa sahibi ifa yerine geçen olumlu zararını istemekte haklıdır. Arsa sahibi bu nevi durumlarda kendisine düşecek bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarih itibarıyla bitmiş haldeki rayiç değerlerini olumlu zarar olarak talep edebilir...” (E.T.: 27.04.2020, www.kazanci.com).

rayiç değeri olarak kabul ederken diğer bir görüş²⁷⁷ ise inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanma masrafları olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce ifa edilmeyen edimin değerinden anlaşılması gereken inşaatı tamamlatma masrafları olmalıdır. Buna göre inşaatın tamamlatılması için iş sahibi tarafından başka bir yüklenici ile yapılan inşaat sözleşmesi gereğince bu yükleniciye ödenecek ücret ve sair tamamlatma masrafları olumlu zarar kalemi olarak talep edilebilmeli ve fakat yapının tamamlanmış halinin piyasa rayiç değeri talep edilememelidir. Zira inşaat sözleşmesi ile yüklenici yapının üçüncü kişiye satılmasını ve satım bedelinin iş sahibine ödenmesini üstlenmemektedir. Olumlu zararların tazmini ile iş sahibinin ifaya olan menfaatinin karşılanması amaçlandığı için bu amacın dışına çıkılması ve hesaplanan olumlu zarar tazminatına iş sahibinin hak kazanmadığı bir alacak kaleminin dahil edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır görüşündeyiz.

Gecikmeden doğan zararlar ise fiili zararlar ve yoksun kalınan kar şeklinde sınıflandırılmaktadır²⁷⁸. Fiili zararlar, iş sahibinin seçim hakkını kullanmak için yaptığı noter masrafı, dava açmış ise dava masrafları, yapının zamanında teslim edilmemiş olması nedeniyle iş sahibinin üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat veya ceza koşulu bedeli, iş sahibinin seçim hakkını kullanmadan önce kendi ediminin muhafazası için yaptığı giderler, kendi edimini muhafaza için şayet sigorta yaptırmışsa buna ilişkin ödenen sigorta primleri; yoksun kalınan kar ise yapının kiraya verilememesi nedeniyle uğranılan kira kayıplarıdır²⁷⁹.

Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu tarafından²⁸⁰, olumlu zararını talep eden iş sahibinin aynen ifayı talep etseydi içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemesi gerektiği, bu nedenle temerrüt (gecikme) nedeniyle uğramış olduğu zararlarını da olumlu zarar kalemi olarak talep edebileceği savunulmaktadır. Biz de bu görüşe

²⁷⁷ Z. ATEŞ, s. 47; AYAN, s. 238; KURT, s. 267 vd.; ÖZ, s. 165-166.

²⁷⁸ ANTALYA, O. Gökhan, s. 566; Z. ATEŞ, s. 47; AYAN, s. 237-238; Yoksun kalınan kar, olası gelirden mahrum kalınmasıdır. Bu gelirin elde edilmesi ifanın yerine getirilmesine bağlı olduğundan başka bir deyişle ifaya bağlı olan yoksun kalınan kar olumlu zarar kalemlerindendir AYDEMİR, s. 547; HAVUTÇU, s. 114; KAPANCI, s. 669; A. KILIÇOĞLU, s. 926; YAKUPPUR, s. 110.

²⁷⁹ ANTALYA, O. Gökhan, s. 566-567; EREN, s. 1117; HAVUTÇU, s. 74-75; KURT, s. 259.

²⁸⁰ AYAN, gecikme tazminatının işleyeceği süreyi-aynı açıklamalar ifaya eklene ceza koşulu için de geçelidir- 3 döneme ayırmıştır: 1. dönem; yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih ile aynen ifadan vazgeçildiği tarih, 2. dönem; iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtikten sonra inşaatı tamamlatmak için başka bir yüklenici bulacağı tarih ve 3. dönem ise bulunan bu yeni yüklenici tarafından inşaatın tamamlandığı tarihtir. O halde iş sahibi ilk yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten başka bir yüklenici tarafından inşaatın tamamlandığı tarihe kadar işleyecek gecikme tazminatını –varsa ifaya eklenen ceza koşulunu- talep edilebilecektir s. 241; DAYINLARLI, s. 124-125; DİRİCAN, s. 59; EREN, s. 1119; TANDOĞAN, s. 140; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 962; YAKUPPUR, s. 111.

katılmaktayız. Bu nedenle yukarıda ifade etmeye çalıştığımız üzere iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmek ve seçim hakkını kullanmak için yaptığı masraflar, yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra dava açmış ise dava masrafları, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat, ceza koşulu bedelleri ve sair zararlar fiili zarar olarak olumlu zarar kapsamında talep edilebilmelidir²⁸¹.

b. Olumlu Zararın Hesaplanması

Yapının tesliminden vazgeçerek olumlu zararının karşılanması isteyen iş sahibi, olumlu zararının mübadele (değişim) teorisine veya fark teorisine göre hesaplanmasını seçme hakkına sahiptir²⁸². Belirmek gerekir ki her iki teoriye göre de hesaplanacak olumlu zararın amacı iş sahibinin ifaya olan menfaatini karşılamak olduğundan ifa edilemeyen edimin değeri ve gecikmeden doğan zararların hesabı bakımından bir fark söz konusu olmayacaktır²⁸³. İki teori arasındaki fark, iş sahibinin bedel ödeme borcunun devam edip etmediği ve kapsamı noktasında doğmaktadır. Mübadele (değişim) teorisine göre borç ilişkisi ortadan kalkmayıp yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim borcunun yerini iş sahibinin olumlu zararını tazmin borcu almaktadır²⁸⁴. Buna göre yüklenici, inşaatın tamamlatılması için iş sahibinin başka bir yükleniciye ödeyeceği ücreti ve diğer tamamlatma masraflarını olumlu zarar ödeyecektir. Bu nedenle esasen yüklenici borcunu tam anlamıyla ifa etmiş olacağından iş sahibinin de aynen ifa yükümlüğü devam edecek ve bedel ödeme borcunun tamamını ifa etmesi gerekecektir²⁸⁵. Fark teorisine göre ise iş sahibi ifa edilmeyen kısma ilişkin bedel ödeme borcundan

²⁸¹ **DİRİCAN**, s. 59; **EREN**, s. 1117; **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 962; **YAKUPPUR**, s. 112; aksi yönde **Yarg. 23. HD, 22.12.2015, 1286/8341**; "...seçimlik haklarından, ifa yerine geçen olumlu (müspet) zararları kapsamında kendilerine ait olacağı kararlaştırılan 2 adet bağımsız bölüm bedelinin ödetilmesini talep etmişlerdir. Bu durumda TBK'nın 125/2. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere davacı arsa sahiplerinin bu zararların tazminini istemeleri halinde, bunun yanında ayrıca gecikme tazminatı talep etmeleri mümkün değildir. Şu halde, açıklanan yasa hükümleri gözden kaçırılarak, mahkemece daire bedellerinin yanında ayrıca gecikme tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu gibi..." (E.T.: 17.08.2021, www.kazanci.com.tr).

²⁸² **AYAN**, s. 233; **HAVUTÇU**, s. 114.

²⁸³ **HAVUTÇU**, s. 114; **KURT**, s. 265.

²⁸⁴ **AYAN**, s. 229; **BERBEROĞLU YENİPİNAR**, Sözleşme, s.54; **BUZ**, Dönme, s. 109; **DAYINLARLI**, s. 88; **DEMİR**, s. 81; **DİRİCAN**, s. 59; **ENLİ**, Makale, s. 106; **EREN**, s. 1117; **ERMAN**, s. 101; **KAHVECİ**, s. 116; **KAPANCI**, s. 669; **A. KILIÇOĞLU**, s. 925; **KOCAĞA**, Sözleşme, s. 127; **KURŞAT**, s. 411; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 508; **REİSOĞLU**, s. 387; **YAKUPPUR**, s. 109; Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın giderilmesini talep hakkı değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Zira bu hakkın kullanılması ile taraflar arasındaki sözleşme devam etmekle birlikte borcun konusu değişmektedir **YILDIRIM**, s. 319; **YILDIZ**, s. 222.

²⁸⁵ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **DİRİCAN**, s. 117; **GÜMÜŞ**, s. 39; **ÖZ**, s. 167; **TANDOĞAN**, Mesuliyet, s. 307; **YILDIZ**, s. 326.

kurtulmaktadır²⁸⁶. Başka bir deyişle, yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim etme borcunun sona ermesine bağlı olarak iş sahibinin de aynen ifa yükümlülüğü sona ermekte, iş sahibi yalnızca inşa edilen kısma ilişkin bedel ödeme borcu altına girmektedir. Bu teoriye göre iş sahibi olumlu zarar olarak yapının piyasa rayiç değerini talep edebilecek ve yapının rayiç değerinden, borçlanmış olduğu yapının inşa edilen kısmına ilişkin bedelin mahsubunu talep edip farkı ödeyerek borcundan kurtulabilmektedir²⁸⁷.

Değişim teorisini savunan yazarlardan doktrinde ÖZ, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından iş sahibinin edimini bedel ödeme yerine arsa payını yükleniciye devretme şeklinde yerine getireceğinden iş sahibinin ifadan vazgeçip olumlu zararının karşılanmasını istemesi durumunda, tazminat alacağı karşılığında arsa payını tam olarak yükleniciye devretmekle yükümlü olacağını başka bir deyişle ifa yerine iş sahibinin olumlu zararlarını karşılayan yüklenicinin iş sahibinden arsa payının karşılığı talep edebileceğini savunmaktadır²⁸⁸. Aksi görüşte olan ERMAN ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin uygulanması gerektiğini, bu durumda arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye devretmekten kurtulacağını, arsa sahibinin olumlu zararından yüklenicinin yaptığı işe karşılık hak kazandığı arsa paylarının değerlerinin düşüleceğini ve aradaki farkın talep edilebileceğini savunmaktadır²⁸⁹.

Kanaatimizce hem bedel ödeme borcunun belli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde gerçekleşecek inşaat sözleşmeleri hem de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından mübadele (değişim) teorisinin uygulanması uygun olacaktır. Zira aynen ifadan vazgeçilmesi ve olumlu zararın talep edilmesi başlığı altında hemen hemen her yazarın şu açıklamayı yaptığını görüyoruz: “aynen ifadan vazgeçilip olumlu zararın talep edilmesi halinde borç ilişkisi ortadan kalkmayıp yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim borcunun yerini iş sahibinin olumlu zararını tazmin borcu almaktadır”. O halde yüklenici tamamlama

²⁸⁶ AYAN, s. 231; DAYINLARLI, s. 88.

²⁸⁷ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ANTALYA, O. Gökhan, s. 502; AYAN, s. 231; EREN, s. 1118; ERGÜNE, fark teorisi daha uygun bir çözüm gibi görünse de esasen yalnızca nakden tazminlerde mümkün olabileceğini, borçlu tarafından aynen tazminin talep edildiği hallerde uygulanama alanı bulamayacağını savunmaktadır s. 21; KURŞAT, s. 415; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 509; ŞAHİN, s. 270-271; YAĞCIOĞLU, Burcu, Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara, 2019, s. 214.

²⁸⁸ ÖZ, s. 168.

²⁸⁹ ERMAN, s. 102; Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin benimsenmesi halinde öncelikle ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın tamamlanabilmesi için gerekli masraflar ve gecikmeden doğan zararlar hesaplanmalı; bu zararların toplamının, yükleniciye devredilecek arsa paylarının ifadan vazgeçme tarihindeki değerinden düşülmesi ve bu suretle yükleniciye devredilebilecek arsa payı sayısının hesaplanması gerekmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. AYAN, s. 247 vd.

masraflarını ödeyip iş sahibinin olumlu zararları karşılamak ile teslim borcunu ifa etmiş oluyorsa iş sahibinin de bu teslim borcunun karşılığı olarak kararlaştırılan bedelin tamamını ödemesi gerekmektedir.

Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından hangi yöntemin tercih edileceği iş sahibine bırakılmalıdır. İnşaatın geldiği seviyeye göre iş sahibi hangi yöntem menfaatine uyuyor ise onu seçmelidir. Zira, mübadele teorisinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde her somut olayda uygulanması adil olmayabilir. Örneğin, inşaatın getirildiği seviye itibarıyla olumlu zarar olarak iş sahibinin elde edeceği tamamlama masrafının az olduğu bir sözleşmede mübadele teorisinin uygulanması adil olmayacaktır. Örneğin, inşaatın %10 oranında tamamlanmış olması varsayımında, inşaatın çok az bir kısmı meydana getirildiğinden tamamlama masrafları bir hayli fazla olacaktır. Bu durumda iş sahibi mübadele teorisine göre olumlu zararının hesaplanmasını istediği takdirde elde edeceği şey %90'lık kısmın tamamlanma masrafları ve gecikmeden doğan zararlar olacaktır. Buna karşılık olarak iş sahibinin bedelin tamamını ödemesi -arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından ise kararlaştırılan arsa paylarının tamamını devretmesi her iki taraf için makul olan çözümdür. Ancak, inşaatın %80 oranında tamamlanmış olması varsayımında pek tabii olarak tamamlama masrafları az olacaktır. Bu durumda iş sahibi mübadele teorisine göre olumlu zararının hesaplanmasını istediği takdirde elde edeceği şey %20'lik kısmın tamamlanma masrafları ve gecikmeden doğan zararlar olacaktır. İş sahibi buna karşılık olarak bedelin tamamını ödemek –arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise kararlaştırılan arsa paylarının tamamını devretmek- zorunda olacaktır. İşte bunun gibi tamamlama masrafının az olduğu sözleşmelerde fark teorisinin seçilmesi iş sahibinin menfaatine olacaktır. Bu ihtimalde iş sahibi tarafından fark teorisi seçilirse iş sahibinin olumlu zarar olarak elde edeceği %20'lik kısmın tamamlama masrafı ve gecikme zararları, %80 oranında tamamlanan yapının değerinden az olacağından olumlu zararını talep eden iş sahibi yalnızca aradaki farkı ödeyerek borcunu ifa etmiş olacaktır. Başka bir deyişle iş sahibi bedelin tamamını ödemek –arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise kararlaştırılan arsa paylarının tamamını devretmek- borcundan kurtulmuş olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki iş sahibinin olumlu zararlarına ilişkin tazminatı talep edebilmesi için kendi edimini, başka bir deyişle bedel ödeme borcunu ifa etmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra gecikme tazminatını açıklarken belirttiğimiz üzere iş sahibinin gecikmeden dolayı zarar uğramış olması, bu zarar ile gecikme arasında illiyet

bağının bulunması ve bu zararın yüklenicinin kusurlu davranışından doğmuş olması gerekmektedir²⁹⁰.

3. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zarar Talebi

İş sahibinin gecikmiş ifa veya ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmesi halinde elde edecekleri, sözleşmeden dönmesi halinde elde edeceklerine kıyasen daha az bir menfaat sağlayacak ise iş sahibi sözleşmeden dönerek olumsuz zararını isteyebilecektir (TBK m. 125/2). Sözleşmeden dönme, iş sahibine özellikle yapının tesliminin kendisi için faydasız kalacağı durumlarda avantajlı olan ve iş sahibinin sözleşme yapılmadan önce hangi durumdaysa o hale geri dönmesini sağlayan bir seçimlik haktır²⁹¹.

İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için doktrindeki çoğunluk görüşüne göre yüklenicinin kusurlu olması şart değildir²⁹². Ancak olumsuz zararın ancak yüklenicinin kusurlu olması halinde talep edilebileceği unutulmamalıdır²⁹³.

İş sahibinin sözleşmeden dönme ve olumsuz zararının tazminini isteyebilmesi için öncelikle yükleniciye TBK m. 123 uyarınca ek süre vermesi gerektiğinden çalışmamızda bahsetmiştik²⁹⁴. O halde iş sahibi tayin etmiş olduğu ek süre sona erince derhal ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeden döndüğünü yükleniciye bildirmelidir²⁹⁵.

a. İş Sahibinin Olumsuz Zararları

Olumsuz zarar, hüküm doğurduğuna inanılan bir sözleşmenin sonradan hükümsüz olması nedeniyle uğranılan zararları ifade etmektedir²⁹⁶. Olumsuz zarar kalemlerini, fiili zararlar ile

²⁹⁰ Z. ATEŞ, s. 47; HAVUTÇU, s. 34; YAKUPPUR, s. 113; YILDIZ, s. 222.

²⁹¹ İş sahibinin olumlu zararına ilişkin tazminat tutarı daha fazla olsa bile iş sahibi için verdiğini geri almak daha önemli ise sözleşmeden dönme yolunu seçmek lehine olacaktır DEMİR, s. 82; EREN, s. 1119; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 505; YAKUPPUR, s. 113; YILDIZ, s. 248.

²⁹² ANTALYA, O. Gökhan, s. 578; Z. ATEŞ, s. 50; AYAN, s. 252; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 279; İLKGELEN, s. 88; A. KILIÇOĞLU, s. 388; KURT, s. 287; ÖNEN, s. 89; ÖZ, s. 171; ŞAHİNİZ, s. 140; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 504; YAKUPPUR, s. 115; YAVUZ, s. 424.

²⁹³ ANTALYA, O. Gökhan, s. 579; Z. ATEŞ, s. 50; ERGÜNE, s. 257; İLKGELEN, s. 88; ÖZ, s. 172; ŞAHİNİZ, s. 140; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 504-505; YAKUPPUR, s. 115.

²⁹⁴ Bkz. Birinci Bölüm II. B. 1. a.

²⁹⁵ Z. ATEŞ, s. 50; DAYINLARLI, s. 92; ERMAN, s. 103; YAKUPPUR, s. 114.

²⁹⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 139; ANTALYA, O. Gökhan, s. 591; Z. ATEŞ, s. 56; AYAR, s. 278; AYDEMİR, s. 533; DEMİR, s. 83; DİRİCAN, s. 61; ERGÜNE, s. 40; GÖKYAYLA, Makale, s. 57; GÜNDOĞDU, s. 268; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 286; İLKGELEN, s. 94; KAPANCI, s. 667; A.

üçüncü kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zararlar oluşturmaktadır²⁹⁷. Üçüncü kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zarara örnek olarak, yüklenici ile iş sahibi arasında 100.000 TL bedelle inşaatın yapımı hususunda anlaşılmış olması, yapılan anlaşma dolayısıyla 150.000 TL'lik teklifi reddeden iş sahibinin daha sonra sözleşmeden dönülmesi nedeniyle aynı iş için 200.000 TL'ye başkası ile anlaşması halinde 200.000-150.000 TL yani 50.000 TL'yi olumsuz zarar kalemi talep edebilmesi gösterilebilir²⁹⁸. Fiili zararlara örnek olarak ise sözleşme yapılma giderleri, harçlar, posta giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, sözleşme uğruna feda edilen değerler gösterilebilir²⁹⁹. Yargıtay'a göre, sözleşmede yapımı kararlaştırılan inşaatın yapımı süresince kiralanacak ev için ödenen kira bedelleri ve yıkılan binanın enkaz bedeli olumsuz zarar kalemine dahildir³⁰⁰.

KILIÇOĞLU, s. 926; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 519; **ÖNEN**, s. 95; **REİSOĞLU**, s. 390; **ŞAHİN**, s. 306; **YAKUPPUR**, s. 120.

²⁹⁷ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 139; **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 595; **Z. ATEŞ**, s. 61; **AYAN**, s. 279; **AYDEMİR**, s. 533; **BUZ**, Dönme, s. 243; **DAYINLARLI**, s. 96; **DIRİCAN**, s. 62; **DUMAN**, s. 18; **ERGÜNE**, s. 288; **GÖKYAYLA**, Makale, s. 57; **GÜMÜŞ**, s. 40; **GÜNDOĞDU**, s. 269; **KAPANCI**, s. 667; **A. KILIÇOĞLU**, olumlu zararı sözleşme ifa edilmiş olsaydı yapılmayacak masraflar; olumsuz zararı ise sözleşme yapılmamış olsaydı yapılmayacak masraflar olarak tanımlamıştır s. 926; **KURŞAT**, s. 418; **ÖNEN**, s. 96-97; **REİSOĞLU**, s. 390; **YAKUPPUR**, s. 120; **YILDIZ**, s. 280.

²⁹⁸ Benzer örnekler için bkz. **AYAN**, s. 279; **BUZ**, Dönme, s. 249 vd.; **ERGÜNE**, s. 307 vd.; Olumsuz zararın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki görünümü için bkz. **Yarg. 15. HD, 9.1.2019, 2848/88**; "...Menfi zarar, sözleşmenin yapıldığı tarihte başkasıyla davaya konu arsa üzerinde ne miktarda daire ve arsa payı karşılığı sözleşme yapılabileceğinin belirlenmesi, bu miktar ile yeni ruhsata göre yapılabilecek inşaatlardan davacıya verilecek arsa payı ve bağımsız bölüm arasındaki fark tutarıdır..." (E.T.: 04.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 23. HD, 15.6.2017, 7495/1825**; "Menfi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardan oluşur. Yoksun kalınan kardan maksat, arsa sahibinin daha iyi koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaçırmaktan kaynaklanan karıdır. Arsa sahibinin menfi zararını talep edebilmesi için, yüklenicinin kusurlu olması ve temerrüde düşmesi öte yandan sözleşmenin geriye etkili feshedilmesi gerekir. Menfi zarar, sözleşmenin geriye etkili feshinin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarih esas alınarak hesaplanır. Gerek, karşılıklı olarak verilenlerin iadesi, gerekse menfi zararın giderilmesinin hukuki dayanağı TBK m 125/3 olup, bu taleplerle, sebepsiz zenginleşme hükümleri yarışmaz. Ancak, tasfiyede sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kıyas yoluyla yararlanılabilir...Somut olayda davalı arsa sahibi, geriye etkili feshedilen sözleşme sebebiyle 13 villa elde edebilecekken bu sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle ikinci yüklenici ile yaptığı sözleşmede 11 villa elde edeceğini ileri sürmüştü ve bu farkın yüklenicinin talep ettiği alacağından mahsup edilmesini istediği halde; mahkeme, arsa sahibinin "daha iyi koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaçırpıp kaçırmadığını" araştırmadan ve bu iddianın yerinde görülmesi halinde "mahsup talebini" değerlendirmeden karar vermesi, eksik inceleme kabul edilerek kararın bozulması gerekirken..." (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

²⁹⁹ **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 595; **AYAN**, s. 279; **BUZ**, Dönme, s. 243-244; **DEMİR**, s. 83; Detaylı bilgi için bkz. **ERGÜNE**, s. 289-297; **İLKGELEN**, 95; **A. KILIÇOĞLU**, s. 927; Sözleşme uğruna feda edilen değerlere örnek olarak inşaat yapımı için arsası üzerindeki sağlam evini yıktıran iş sahibinin uğradığı zarar örnek verilebilir **ÖZ**, s. 178; **YILDIZ**, s. 281.

³⁰⁰ **Yarg. 23. HD, 10.12.2019, 3059/5232**; "... tarafların karşılıklı iradelerini birleştirerek sözleşmeyi fesih ettikleri ve dava konusu taşınmazın davacıya iade edildiği ve sözleşmenin geriye etkili feshedildiği, yüklenici davacılar a ait arsa üzerinde davacının gecekondusunun bulunduğu ve yıkıldığı konusunda taraflar arasında ihtilaf olmadığı, gecekondunun enkaz bedelinin davalı yanca ödenmesinin gerektiği, bunun dışında taraflar 300 TL aylık kira bedeli ödenmesi gerektiğini ilk sözleşmede kararlaştırdıklarından sözleşmenin feshi sonucu bina yıkıldığından davacı tarafın kira bedeli ödemek zorunda kalacağı, O halde, sözleşmeden dolayı oturduğu evi yıkılan davacının kira bedeli kadarda bir zarara uğradığı, davacı tarafın

İş sahibinin olumsuz zarar kalemlerinden fiili zararları ispatı kolay olacaktır. Zira iş sahibinin malvarlığındaki azalmayı ve illiyet bağıını kanıtlaması yeterli olacaktır. Ancak üçüncü kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zararı kanıtlamak bu derece kolay olmayacaktır. Zira bu zarar fiili değil, farazi bir zarardır³⁰¹. Bazı yazarlar, bu farazi zararın kesin bir şekilde ispat edilebilmesinin güç olduğunu, dönülen sözleşme nedeniyle alacaklının başka bir sözleşmeyi reddettiğini kanıtlamasının ve sözleşme teklifinde bulunan bu kişinin bildirilmesinin gerekli olmadığını, hakimın TBK m. 50/2 uyarınca olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemesi gerektiğini savunmaktadır³⁰². Diğer bazı yazarlar ise sözleşme kurulduğu dönemde başka bir yükleniciden alınan teklifin dikkate alınmasını şayet böyle bir teklif yoksa iş sahibinin piyasa rayicine göre belirlenen farazi teklifi almış gibi değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir³⁰³.

Yüklenici yapıyı zamanında teslim edememesinde kusurlu olmadığını başka bir deyişle beklenmeyen halin veya mücbir sebebin yapının meydana getirilmesini ve zamanında teslim edilmesini engellediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulur ve bu kalem olumsuz zararın tazmininde hesaba katılmaz³⁰⁴. Fakat inşaat sözleşmesine konu yapı, yüklenicinin temerrüdü sırasında telef olmuş ise bu zarar olumsuz zarar kapsamında olacaktır³⁰⁵.

ıslah dilekçesi de dikkate alınarak bu sözleşmenin feshinden dolayı sözleşme hiç yapılmasaydı belirtilen zarara uğramayacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15. HD, 28.6.2018, 984/2764**; “Davada, diğer talepler yanında sözleşme ile birlikte yıkılan arsa üzerindeki konutun ve kesilen ağaçların değeri ile binanın yıkımı sebebiyle elde edilemeyen kira geliri bedeli de istenilmiştir. Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.02.1985 gün ve 1983/15-74 Esas, 1985/254 Karar sayılı ilâmında da belirtildiği üzere arsadaki evin yıkılmasında uğranılan zarar, evin enkaz bedeli değil kaybedilen şeyin objektif değeri ile bu yıkım sebebiyle elde edilemeyen kira gelirinin toplamıdır. Bu sebeple davacı arsa sahibi, yüklenicinin fesihte kusurlu olması sebebiyle yıkılan bina sebebiyle yıkım tarihinden fesih tarihine kadar elde edemediği kira geliri ve kaybedilen şeyin objektif değerini talep edebilir” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁰¹ **BUZ**, Dönme, s. 253; **DEMİR**, s. 84; **ERGÜNE**, s. 322.

³⁰² Sözleşmenin kurulduğu sırada başka bir teklif alındığının ve bunun reddedildiğinin ispatlanmasının gerekmediği; sözleşmenin akdedildiği tarihte işin yaptırılabilceği bedel ile sözleşmeden dönüldüğü tarihte işin yaptırılabilceği bedeli arasındaki farkın olumsuz zarar olarak talep edilebileceği görüşünde bkz. **AYAN**, s. 280; **BUZ**, Dönme, s. 253; **ERGÜNE**, s. 323.

³⁰³ **DEMİR**, s. 84; **ŞAHİN**, s. 315.

³⁰⁴ **DAYINLARLI**, s. 97.

³⁰⁵ **DAYINLARLI**, s. 97.

b. İş Sahibinin Dönme Beyanı ve Sonuçları

Sözleşmeden dönme, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan, kullanılması karşı tarafın kabulüne veya mahkeme kararına bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır³⁰⁶. Bu nedenle dönme beyanına bağlı sonuçlar, beyanda bulunan iş sahibi tarafından bilinmese veya öngörülmesi dahi doğacaktır³⁰⁷. Ayrıca dönme beyanı kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmasa da her iki tarafın tacir olduğu inşaat sözleşmelerinde TTK m. 18/3’de sayılan yollarla yapılması gerekecektir (TTK m. 18/3)³⁰⁸.

Her ne kadar sözleşmeden dönme beyanının kullanılması karşı tarafın kabulüne veya mahkeme kararına bağlı olmasa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından durum farklıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönebilmek için karşı tarafın kabulü gerekmektedir. Karşı tarafın kabul etmemesi halinde ise dava açılarak bozucu yenilik doğuran bir mahkeme kararı elde etmek gerekecektir³⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 125/3 hükmü, “Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler” düzenlemesini içermektedir. O halde sözleşmeden dönme ile iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeden dönmenin ilk sonucu sözleşmeden dönme ile birlikte her iki tarafından da henüz hiçbir ifade bulunulmamışsa kendi borçlarını ifa etmekten kurtulacak olmaları; ikinci sonucu

³⁰⁶ AYAN, s. 252; BUZ, Dönme, s. 71; EREN, s. 1120; KURT, s. 285; ÖZ, s. 171; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 59; ŞAHİNİZ, s. 139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 962; YILDIRIM, s. 309.

³⁰⁷ BUZ, Dönme, s. 71; DUMAN, İnşaat, s. 565; KURT, s. 285.

³⁰⁸ ANTALYA, O. Gökhan, s. 579; Z. ATEŞ, s. 51; BÜYÜKAY, s. 207; DAYINLARLI, s. 62; DEMİR, s. 86; DİRİCAN, s. 43; DUMAN, İnşaat, s. 565; İLKGELEN, s. 89; KARAKURT, s. 161; KAHVECİ, s. 186; KOCAĞA, Sözleşme, s. 125; KURT, s. 174; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 459; ÖZ, s. 179; ÖZ, M. Turgut, “Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin^[1] Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, 2018, s. 22; Burada şeklin önemi dönme anının tespit edilmesi ve ispatlanması açısından kolaylık sağlamasıdır ÖZ, Dönme, s. 330; SEROZAN, Dönme, s. 470; ŞAHİN, s. 276; ŞAHİNİZ, s. 141; YAKUPPUR, s. 114; YILDIRIM, s. 309; YÜNLÜ, Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s. 914.

³⁰⁹ AYAN, s. 252-253; ERMAN, s. 104; Yarg. 15. HD, 6.7.2020, 3262/2059; “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, tapuda pay devrini de içerdiğinden, tarafların tek taraflı irade beyanı ve bunun karşı tarafa ulaşmasıyla feshi mümkün değildir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ancak mahkeme kararıyla ya da tarafların fesih iradelerinin birleşmesi ile feshedilebilir. Dosya kapsamında, taraflar arasındaki 05.02.2013 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin bir mahkeme kararı sunulmamış, davacılar ... Noterliği’nin 09.07.2015 tarihli ihtarnamesi ile sözleşmeyi feshettiklerini beyan etmişlerdir. Sözleşmenin usulüne uygun geriye etkili feshi ile tarafların verdiklerini geri isteyebileceği, yükleniciye avans olarak verilen bağımsız bölüm tapularının da geçerli bir fesihden sonra iptalinin istenebileceği kuşkusuzdur...” (E.T.: 16.08.2021).

ise daha önce ifa edilen edimlerin iade edilecek olmasıdır³¹⁰. Sözleşmeden dönmenin henüz ifa edilmeyen borçları ortadan kaldırma şeklindeki sonucu bakımından herhangi bir ihtilaf söz konusu olmamakla birlikte sözleşmeden dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle doktrindeki klasik dönme ve yeni dönme olmak üzere bu iki görüş kısaca açıklanacak ve böylelikle sözleşmeden dönme ile ortaya çıkan ifa edilen edimleri iade borcunun hukuki dayanağı ve kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi bakımından doktrinde ileri sürülen *klasik dönme teorisine göre*³¹¹, dönme halinde sözleşme hiç var olmamış gibi ortadan kalkacaktır. Bu görüşü savunan yazarlar, dönme halinde sözleşmenin hiç var olmamış gibi ortadan kalkacağı noktasında hemfikir olsa da tarafların iade borçlarını farklı hukuki temellere dayandırmaktadırlar.

Klasik dönme teorisini ileri süren yazarlardan bir kısmı³¹², sözleşmeden dönme ile ortada bir sözleşme kalmayacağından ve önceden ifa edilen edimlerin hukuki sebebi sona ermiş olduğundan iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini savunmaktadır. Sebepsiz zenginleşme görüşü denilen bu görüşe göre dönme, yalnızca borçlandırıcı işlemi ortadan kaldırmakta ancak tasarruf işlemine etki etmemektedir. Bu nedenle kazanılan aynı haklar kendiliğinden devredene dönmemektedir. Bu görüşe göre ifa edilen edimlerin iadesine ilişkin talepler için zamanaşımı, dönme beyanının ulaştığı tarihten itibaren 2 yıl, her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl olacaktır (TBK m. 82).

³¹⁰ ANTALYA, O. Gökhan, s. 585-586; AYAN, s. 253; Dönme ile henüz ifa edilmemiş asli edim yükümlülüklerinin sona ermesine “dönmenin kurtarıcı etkisi” denilmektedir BUZ, Dönme, s. 152; DEMİR, s. 77; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 161; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 285; İLKGELEN, s. 89-90; ÖZ, s. 171; ŞAHİN, s. 283; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 504; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 967; YAVUZ, s. 424.

³¹¹ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 85; GÜMÜŞ, s. 65; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 164; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 516; ÖZ, yeni dönme görüşüne karşı çıkmakta, yeni dönme görüşü kabul edildiği takdirde seçimlik haklardan ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edilmesi ile sözleşmeden dönme arasındaki farklılıkların ortadan kalmış olacağını ileri sürmektedir s. 173, yeni dönme görüşüne yönelik eleştirilerine yer verdiği diğer eseri için bkz. ÖZ, Dönme, s. 67 ve devamı; TANDOĞAN, s. 148.

³¹² AYDIN, Gülşah Sinem, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, S. 141, TBB Dergisi, 2019, s. 433-434; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 516.

Klasik dönme teorisini savunan yazarlardan diğer bir kısmı³¹³, iade taleplerinin hukuki temelini sözleşmeden dönme ile taraflar arasında doğan kanuni borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Kanuni borç ilişkisi görüşü denilen bu görüşe göre tarafların iade borcu doğrudan kanundan, başka bir deyişle TBK'nın 125/3 hükmünden doğmaktadır. Ancak kanuni borç ilişkisi görüşüne göre de iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenecektir. O halde sebepsiz zenginleşme görüşü ile bu görüş arasındaki tek fark, kanuni borç ilişkisine göre ifa edilen edimlerin iadesinin sözleşmeden doğan bir borç olması sebebiyle zamanaşımı süresinin TBK m. 146 gereğince 10 yıl olmasıdır.

Ve nihayet klasik dönme görüşünü savunan yazarlardan bir diğer kısmı ise³¹⁴ sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlemin yanı sıra tasarruf işleminin de ortadan kalkacağını ve aynı haklar hiçbir şekilde borçluya geçmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkacağını ileri sürmektedir. Aynı etkili dönme görüşü denilen bu görüşe göre, sözleşmeden dönmekten önce mülkiyeti devredilen taşınmazlar bakımından yapılan tesciller TMK m. 1024 gereği yolsuz hale geleceğinden tescilin tapu kaydının düzeltilmesi davası ile zamanaşımına tabi olmaksızın her zaman düzeltilmesi mümkün olacaktır (TMK m. 1025)³¹⁵.

*Yeni dönme teorisine göre ise*³¹⁶ dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayacaktır. Sözleşme geçmişe etkili olarak da ileriye etkili olarak da sona ermeyecek başka bir deyişle sözleşme tamamen ortadan kalkmayacak yalnızca sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi haline gelecektir. Yeni dönme görüşüne göre sözleşme tasfiye sürecine gireceğinden ve halen ayakta olacağından ifa edilen edimlerin iadesi de sözleşmeden doğan bir borç olacaktır. Bu durumda zamanaşımı süresi de TBK m. 146 gereğince 10 yıl olacaktır.

Sözleşmeden dönmekten sonucu olarak tarafların henüz ifa etmedikleri borçlarından kurtulacağını ifade etsek de inşaat sözleşmeleri bakımından sonraki ifa imkansızlığına ilişkin özel hüküm niteliğindeki 485. madde hükmü unutulmamalıdır. Zira TBK 485. hükmü inşaat

³¹³ GÜMÜŞ, s. 65; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968.

³¹⁴ BUZ, Dönme, s. 133 vd.; ÖZ, Dönme, s. 67 vd.

³¹⁵ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 166; ÖZ, s. 174.

³¹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 285; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin, Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018, s. 54; KAHVECİ, s. 197; KURT, s. 302; Eser sözleşmesinin tam tazminatla feshi durumunda iş sahibi, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düştüğü tarihten fesih beyanında bulunduğu tarihe kadar işlemiş olan ceza koşulu alacağını talep edebilir SEÇER, s. 203-204, ayrıca aynı yönde Yarg. 15. HD, 24.12.2012, 1632/8053 sayılı karar için bkz. s. 205; SELİÇİ, s. 77; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 505; YAVUZ, s. 425.

sözleşmeleri bakımından tasfiye ilişkisini farklı kurallara bağlamıştır. Yapının iş sahibinden kaynaklanan bir beklenmedik olay sonucu imkansızlaşmasını düzenleyen 485. madde hükmü gereğince, yüklenici yaptığı işin değerini isteyebilecek başka bir deyişle iş sahibi bedel ödeme borcundan kurtulamayacaktır.

İş sahibi bozucu yenilik doğuran sözleşmeden dönme beyanı ile inşaat sözleşmesini kural olarak geriye etkili olarak ortadan kaldırmış olacaktır³¹⁷. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından³¹⁸, istisnai durumlarda inşaat sözleşmesinin ileriye etkili sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. İnşaat sözleşmeleri bakımından işin, iş sahibi tarafından reddedilemeyecek oranda tamamlanmış olması, imal edilen malzemenin özel olarak iş sahibi için üretilmiş ve başka bir işte kullanılamayacak olması gibi bir durumlarda TMK m. 2 gereğince sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı ve istisnai olarak ileriye dönük feshin gündeme geleceği kabul edilmektedir³¹⁹. 1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da inşaat sözleşmelerinde istisnai olarak -TMK m. 2 hükmü gereğince- sözleşmeden dönmeyen ileriye etkili olarak sonuç doğuracağına karar verilmiştir³²⁰. Yargıtay güncel kararlarında inşaatın yüzde 90 oranına ulaşmamış olması

³¹⁷ **Z. ATEŞ**, s. 50; Yenilik doğuran haklar; bir hukuki ilişki kurmak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getiren, tek taraflı bir hukuki işlem ile kullanılan haklardır **BUZ**, s. 57, ayrıca yenilik doğuran haklar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. s. 55 vd.; **BUZ**, Dönme, s. 75; **DAYINLARLI**, s. 92; **DEMİR**, s. 85; **DİRİCAN**, s. 61; **GÖKYAYLA**, s. 199; Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olduğundan ve geri alınması mümkün olmadığından taraflar arasında dönmeyen geri alındığına ilişkin yapılan anlaşmanın yeni bir sözleşme anlamına geldiği hakkında bkz. **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 160; **KAHVECİ**, s. 185; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-1, s. 511; **ÖZ**, s. 171; **ŞAHİNİZ**, s. 139; **TANDOĞAN**, s. 141; **YAKUPPUR**, s. 114; Sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır zira bu hakkın kullanılması ile sözleşme son bulmaktadır **YILDIRIM**, s. 320; **YÜNLÜ**, s. 915.

³¹⁸ **DEMİR**, s. 86-87; **DUMAN**, s. 17-18; İnşaat sözleşmelerini ani-sürekli karmaşığı sözleşmelerden kabul eden görüş uyarınca sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı yoksa ileriye dönük olarak mı sona ereceğinin her somut olayda incelenmesi gerektiği hakkında bkz. **ERMAN**, s. 106; **GÖKYAYLA**, s. 200; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 33; **KAHRAMAN**, s. 433; **TANDOĞAN**, s. 160; **YÜNLÜ**, s. 916-917; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 486; aksi görüşte bkz. **ÖZ**, ileriye etkili feshi yalnızca iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmeleri ile sınırlamıştır. Yüklenicinin kendi arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmelerinde inşa edilen kısmın zaten hiçbir zaman iş sahibine ait olmadığını bu nedenle iade sorunu çıkmayacağını ve sözleşmenin ileriye etkili fesih ile sona ereceğinin kabul edilmesine gerek olmadığını savunmaktadır Dönme, s. 391-392.

³¹⁹ **ERMAN**, s. 115; **GÖKYAYLA**, s. 200; **GÖKYAYLA**, Makale, s. 55; **GÜNEŞ**, s. 72; **KAPANCI**, s. 668; **KURŞAT**, s. 428; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt -2, s. 537; **OLGAÇ**, s. 111; **SEÇER**, s. 203; **SEROZAN**, s. 92; **TANDOĞAN**, s. 150-151; **YAKUPPUR**, s. 117; **YÜNLÜ**, s. 918-919; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 487.

³²⁰ **YİBK**, T. 25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1; “Medeni Kanun’un 2/2. maddesindeki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın talilği de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adaletle aykırı sonuçlara neden olabileceği bazı istisnai durumlarda da 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilmektedir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK.nun 106-108. maddeleri uyarınca çözülmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin

halinde feshin geriye etkili olacağına hükmetmektedir³²¹. Sözleşmenin bu şekilde ileriye dönük feshi halinde yüklenici fesih anına kadar yaptığı kısmın bedelini isteyebilecek, iş sahibi de yapılan kısmın kendisine teslimini ve varsa ileriye etkili feshin etkili olduğu güne kadar doğmuş olan gecikme zararlarını isteyebilecektir³²².

Sözleşmeden dönme halinde iadenin ne şekilde yapılacağı da önem arz etmektedir. Konuyu öncelikle *iş sahibinin iade borcu kapsamında* ele almak istiyoruz. Yüklenicinin arsası üzerinde yapılan inşaatlar bakımından iş sahibinin iade borcu söz konusu olmayacak, zira inşa

feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da müttemerit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır (E.T.:12.12.2020, www. ghgazete.com). Gerekçede; TBK'da borçlunun kısmi temerrüdüne ilişkin hükümlere yer verilmediği, bu nedenle kısmi temerrüt halinde de TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ve fakat TBK m. 125'de kısmi ifanın iadesinin düzenlenmediği, bu nedenle kanunda bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun TMK m.1 ve 2 gereğince hakim tarafından doldurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenledir ki istisnai olarak ileriye dönük fesih kabul edilmiştir; 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında istisnai olarak öngörülen ileriye etkili feshin ancak yapının büyük bölümünün tamamlanması halinde söz konusu olacağı, yüklenicinin ağır kusuru ile işi tamamlayamadığı hallerde ise ileriye etkili feshin kabul edilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı görüşü hakkında ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 44.

³²¹ **Yarg. 23. HD, 04.03.2020, 6059/1489**; “Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, inşaatın tamamlanma oranının %81.95 olduğu, yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmmediği ve bundan dolayı davacı arsa sahiplerinin davalı yükleniciyi direnime düşürdüğü, Yargıtay emsal kararlarına göre tamamlanma oranının %90'ın altında olması halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönebileceğinin kabul edildiği, yani davacının sözleşmenin geriye etkili olarak feshini isteme hakkının olacağı...”; **Yarg. 15. HD, 21.12.2018, 308/5221**; “...mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamadan sonra bilirkişi heyetlerinden alınan raporlarda kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşaatın tamamlanma oranı; 19.09.2014 havale tarihli birinci bilirkişi raporunda % 46,79, 19.10.2016 havale tarihli üçüncü bilirkişi raporunda ise %32,37 olduğu anlaşıldığından bu fiziki oranlar tüm inşaat alanı itibariyle hesaplandığında sözleşmenin geriye etkili olarak feshi zorunlu olup, mahkemece bu husus gözetilmeden hukuki değerlendirmede yanılığa düşülerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olmuş, bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir” (E.T.: 04.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³²² **OLGAÇ**, s. 111; **SELİMOĞLU**, s. 323; **SEROZAN**, s. 92; **Yarg. 23. HD, 04.03.2020, 6059/1489**; “...Geriye etkili fesihte alacaklı BK'nın 108/I maddesine dayanarak yükleniciye veya onun halefi durumundaki kişilere verdiği tapuları geri isteyebilir. Geriye etkili feshin en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına getirilmeleridir. Bunun anlamı tarafların hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. Kısaca söylemek gerekirse, geriye etkili fesihte yükleniciye inşaatın fesih tarihindeki fiziki durumuna uygun bağımsız bölüm verilmez. Feshin geriye etkili olacağı konusunda taraf iradelerinin uyuşmaması halinde mahkemece ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Fesih ileriye etkili sonuçlar yaratacak şekilde yapılmış veya bunun koşulları oluşmuş ise, feshin doğal sonucu olarak yapılacak tasfiye işleminde yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini isteyebilir. Feshin geriye etkili olması durumunda, sözleşme hiç yapılmamış farz edilerek hüküm doğuracağından taraflar karşılıklı olarak birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri alabilir. Örneğin, avans niteliğinde bir miktar arsa payı devredilmiş ise arsa payının adına tescili arsa sahibince; yasaya uygun bir kısım imalat gerçekleşmiş ise bunun bedeli de yüklenici tarafca istenebilir. Oysa, ileriye etkili fesihte sonuç farklıdır. Burada arsa sahibi, yüklenicinin gerçekleştirdiği inşaat oranında arsa payını devretmekle yükümlü olmakla beraber yüklenicinin kusuru nedeniyle uğradığı zararların ödenmesini de ister” (E.T.: 09.05.2021, www.kazanci.com.tr).

edilen kısım zaten yüklenicinin mülkiyetinde olacaktır³²³. İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlar bakımından ise şayet bu inşaat prefabrik, baraka gibi taşınır bir yapı ise bu yapı malzemeyi sağlayan kişiye ait olacaktır. Malzeme yüklenici tarafından sağlanmış ise taşınır yapının mülkiyeti yükleniciye ait olacağından dönme halinde iş sahibinin yükleniciye karşı bu yapıyı söküp iade etme borcu olacaktır³²⁴. İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat taşınmaz bir yapı ise inşaata başlandığı andan itibaren yapının maliki iş sahibi olacaktır. Malzeme sahibi yüklenici olsa da bu sonuç değişmeyecek, zira yüklenici iş sahibinin arsası üzerinde yapı inşa etmeye başlaması ile birlikte malzemenin mülkiyetini de kaybetmiş olacaktır³²⁵. Bu durumda sözleşmeden dönme halinde iadenin nasıl yapılacağı sorun arz etmektedir. Zira her ne kadar iadenin mümkün olduğunca aynen yapılması esas olsa da³²⁶ bu gibi bir durumda tamamlanmamış taşınmaz yapının aynen iadesi başka bir deyişle sökölüp yükleniciye iade edilmesi hem makul bir çözüm olmayacak hem de taraf menfaatlerine hizmet etmeyecektir. İşte bunun gibi aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda iade, yapılan kısmın objektif değerinin yükleniciye verilmesi ile gerçekleşecektir³²⁷.

Konuyu şimdi de *yüklenicinin iade borcu kapsamında* ele almak istiyoruz. Bedelin bir miktar para olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, yüklenici aldığı bedeli faiziyle birlikte iade edecektir (TBK m. 125/3)³²⁸. Bedelin arsa payı olarak belirlendiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise iş sahibinin yükleniciye sözleşmenin en başında devrettiği arsa paylarını nasıl iade alacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu durumda klasik dönme görüşüne göre sözleşmeden dönme hem borçlandırıcı işlemi hem de tasarruf işlemi ortadan kaldırdığından yapılan tescil yolsuz hale gelecek ve bu nedenle iş sahibi devrettiği arsa payları kendisine geri dönecek ve “tapu sicilini düzeltilmesi” davası ile tapu kaydının düzeltilmesi isteyecektir³²⁹. Yeni dönme görüşüne ise sözleşmeden dönme ile ne borçlandırıcı işlem ne tasarruf işlemi ortadan kalkacağından iş sahibi tarafından yapılması gereken, “tescile zorlama davası” açarak hakimden arsa paylarının kendi adına hükmen tescilini sağlamak olacaktır³³⁰.

³²³ KURT, s. 308.

³²⁴ KURT, s. 309; ÖZ, s. 174.

³²⁵ KURT, s. 309; ÖZ, Dönme, s. 445.

³²⁶ AYAN, s. 274 vd.; KURT, s. 309; ÖZ, s. 174; SELİÇİ, s. 77-78.

³²⁷ İstisnaen yapılan kısım iş sahibi için hiçbir değere sahip değilse –örneğin büyük ölçüde ayıplı veya imar mevzuatına aykırı ise- bu durumda iş sahibi yapılan kısmın bedelini ödemek zorunda olmayacak, yapının yıkılmasını isteyebilecektir KURT, s. 309-310, ayrıca tamamlanmamış yapının objektif değerinin hesaplanmasında esas alınacak tarih, sözleşmeden dönülen tarih olacaktır s. 313; ÖZ, s. 174.

³²⁸ KURT, s. 315.

³²⁹ KURT, s. 316; ÖZ, Dönme, s. 450. Klasik dönme görüşünü savunan yazarlar için bkz. 388 no.lu dipnot.

³³⁰ KURT, s. 316; SELİÇİ, s. 78.

Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağına hükmetmiştir³³¹. Buna göre sözleşmeden dönme yalnızca borçlandırıcı işlemi ortadan kaldıracığından ve tasarruf işlemine etki etmeyeceğinden sözleşme ortadan kalksa dahi devredilen taşınmazın mülkiyeti kendiliğinden iş sahibine dönmeyecektir. Yargıtay, arsa paylarının sözleşmenin başında yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu arsa payı devirlerini “avans” olarak nitelendirmekte ve yüklenicinin edimini ancak tam olarak ifa ettiğinde bunların mülkiyetine hak kazanacağına hükmetmektedir³³². Bu nedenle esasen yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini kazandığını kabul etmediğinden iş sahibi tarafından açılan “yolsuz tescilin düzeltilmesi” davalarını kabul etmekte olduğu görülmektedir³³³.

³³¹ **Yarg. 23. HD, 28.5.2019, 7423/2400**; “Somut olayda, davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici kooperatif arasında düzenlenen 14.07.1999 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşmeye konu parselin tüm paydaşlarının katılımı sağlanmadığından geçersizdir. Geçersiz sözleşmenin ifası istenemeyeceğinden taraflar birbirlerine verdiklerini TBK'nın 77. maddesi hükmüne dayanarak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri talep edebilirler...” (E.T.: 12.05.2021, www.kazanci.com.tr).

³³² **Yarg. 15. HD, 9.11.2020, 1822/2934**; “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye, onun tarafından da üçüncü kişilere pay devri yapılmış olsa dahi bu devirlerin gerçek bir satış olmayıp avans niteliğinde olduğu ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde tapu paylarının talep halinde 818 sayılı BK'nın 108/I. 6098 sayılı TBK'nın 125/ son maddeleri gereğince arsa sahibine döneceği, 3. kişilerin iyi niyet savunmalarının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir...” **Yarg. 15. HD, 13.7.2020, 3306/2240**; “Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanan karar ve uygulamalarında arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi tarafından yükleniciye, onun tarafından da üçüncü kişilere pay devri yapılmış olsa dahi bu devirlerin gerçek bir satış olmayıp avans niteliğinde olduğu ve sözleşmenin geriye etkili feshi halinde tapu paylarının talep halinde 818 Sayılı BK'nın 108/I. 6098 Sayılı TBK'nın 125/ son maddeleri gereğince arsa sahibine döneceği, üçüncü kişilerin iyi niyet savunmalarının dinlenmeyeceği kabul edilmektedir...”; **Yarg. 23. HD, 18.3.2016, 925/1721**; “... Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir. Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı...” (E.T.: 21.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³³³ **Yarg. 14. HD, 2.7.2020, 2562/4300**; “Henüz işin başında yükleniciye bir kısım tapu paylarının devredilmesi avans niteliğindedir. Borçlar Kanunu'nun 162. ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca; yüklenici hak ettiği oranda alacak haklarını üçüncü kişilere temlik edebilir. Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Sözleşmenin geriye etkili fesih halinde bu tapu payları 818 Sayılı BK'nın 108/I. maddesi uyarınca talep halinde arsa sahibine geri döner. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar...Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer...” (E.T.: 16.08.2021); **Yarg. 23. HD, 10.4.2019, 5983/1298**; “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine istinaden yapılan tapu devirleri avans niteliğindedir. Bu devrin gerçek devir gibi hüküm ifade etmesi yüklenicinin arsa sahiplerine karşı edimlerini tam olarak yerine getirilmesi ile mümkündür. Somut olayda davalı ...'a tapunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle verildiği, yüklenici tarafından herhangi bir inşaat yapılmadığı gibi taraflar arasında sözleşmenin de feshedilmiş olduğu göz önüne alınarak tapu kaydının bu gerekçeyle iptaline karar verilmesi gerekirken...” (E.T.: 16.08.2021).

c. Dönmenin Pay Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin inşaat yapma borcuna karşılık iş sahibinin maliki olduğu taşınmaz payından bir kısmının mülkiyetini devretme borcu altına girdiği sözleşmelerdir³³⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri sözleşmede kararlaştırılan belli payların mülkiyetinin sözleşmenin başında yükleniciye devredilmesi, arsanın tamamının sözleşmenin başında yükleniciye devredilmesi ve nihayet arsa paylarının inşaatın geldiği aşamaya göre kısım kısım devredileceğinin taahhüt edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir³³⁵. İşte yükleniciye finansman sağlamak amacıyla arsa paylarının sözleşmenin en başında yükleniciye devredilmesi şeklinde akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme halinde yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin edindiği paylar bakımından sorunlar çıkmaktadır. Bu ihtimalde yüklenici arsa paylarının bizzat maliki olduğundan arsa paylarını üçüncü kişilere satmakta veya bu paylara ilişkin satış vaadinde bulunmaktadır³³⁶. Yargıtay, bu durumda henüz yapımına başlanmayan veya başlanmış olsa bile tamamlanmamış bir inşaatın pay satın alan üçüncü kişilerin inşaatın tamamlanamama riskini göze aldıklarını ileri sürerek yükleniciden pay satın alan üçüncü kişileri iyiniyetli saymamakta ve TMK m. 1023 uyarınca korumamaktadır³³⁷. Zira yukarıda da ifade etmeye

³³⁴ Bkz. 195 no.lu dipnot.

³³⁵ Detaylı bilgi için bkz. **ARAT**, s. 77 vd.; **BÜYÜKAY**, s. 11 vd.; **GÜNAY**, Erhan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 18; **ERMAN**, s. 11 vd.; **GÜMÜŞ**, s. 114; **OLGAÇ**, s. 97; **YAVUZ**, s. 1248.

³³⁶ **ARAT**, s. 102-103; **AYAN**, s. 311; **AYAR BİRKİN**, s. 93; **KAHRAMAN**, s. 437.

³³⁷ Yargıtay'ın görüşü ile aynı yönde bkz **AYDIN**, s. 424; bkz. **SELİMOĞLU**, s. 467; **Yarg. 15. HD, 13.7.2020, 3306/2240**; “Kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshi veya sözleşmenin geçersizliğinin tespiti halinde tarafların birbirlerine yaptıkları ödeme ve devirler avans niteliğinde olup üçüncü kişilere yapılan tapu devirlerinin hukuki dayanağı kalkacağı ve her iki halde de yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin TMK 1023.maddesine dayalı iyi niyet savunmaları dinlenemeyeceğinden tapu payı devralan kişiler yönünden tapu kayıtlarının iptal ve tesciline takyidatlar yönünden de sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir” (E.T.: 10.05.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 23. HD, 10.12.2019, 2892/5214**; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye verilen kat irtifakı tapuları avans mahiyetindedir. Yüklenicinin bağımsız bölümleri 3.kişilere satması halinde bu kişiler ancak yüklenicinin arsa sahibine karşı edimleri yerine getirmesiyle hak sahibi olurlar. Bu durumda, inşaat halinde bir yerden bağımsız bölüm alan kişinin iyi niyetli olduğundan bahsedilemeyeceğinden TMK'nın 1023.maddesinden bu manada yararlanamaz...” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr); **YHGK, 21.1.2020, 23-240/43**; “...Yarım bırakılan inşaatla ilgili çok basit bir incelemeyle dahi arsanın yükleniciye ait olmadığı anlaşılabilecek durumdadır. Zira henüz tamamlanmamış inşaatın pay satın alan bir kimsenin, inşaatı görmemesi, gerçek malikin ve satan kişinin kim olduğunu bilmemesi mümkün değildir. Belirtilen iki davalı, araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının, arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve bilebilecek durumda olduklarından arsa maliki tarafından avans olarak verilen arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Hakkında iyi niyet iddiası ileri sürülemeyeceği gibi TMK'nın 1023. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Sözleşme yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle geriye

çalıştığımız üzere, Yargıtay, arsa paylarının sözleşmenin başında yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu arsa payı devirlerini “avans” olarak nitelendirmekte, edimini tam olarak ifa etmeyen yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini kazandığını kabul etmemekte ve arsa sahibinin her zaman yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile tapu kaydının düzeltilmesi talebinde bulunabileceğine hükmetmektedir³³⁸.

Doktrinde ise Yargıtay’ın bu görüşü eleştirilmekte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğabilecek problemlerin üçüncü kişiler kadar iş sahibi tarafından da öngörülebileceği, bundan doğan riske üçüncü kişi yerine sözleşmenin tarafı olan iş sahibinin katlanması gerektiği savunulmaktadır³³⁹. Doktrinde AYDIN tarafından sözleşmeden doğan riskin iş sahibinde olduğu, öyle ki sözleşme akdedilen yükleniciyi seçenin, yüklenicinin edimini gereği gibi yerine getirip getiremeyeceği noktasında riski üstlenenin, bunun yanı sıra arsa paylarının mülkiyetini en baştan devrederek tapu sicilinde tescilin yükleniciye ait olduğu yönünde haklı güven oluşmasına sebebiyet verenin ve nihayet yaptığı devir sonucunda yüklenicinin bu arsa paylarını üçüncü kişilere devretme riskini göze alan kişinin arsa sahibi olduğu bu nedenle arsa sahibinin iyi niyetli kabul edilemeyeceği savunulmaktadır³⁴⁰. Doktrinde KAHRAMAN tarafından ise Yargıtay’ın yükleniciden arsa payı satın alan üçüncü kişilerden sicil dışı bir olgu olan sözleşmedeki sorunları bilmesinin beklenmesinin hakkaniyet uygun olmadığı savunulmakta ve Yargıtay tarafından yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılmamasına eleştiri getirilmektedir³⁴¹.

etkili olarak feshedildiğinden, mahkemece davalılara ait tapu paylarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir” (E.T.: 16.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³³⁸ **Yarg. 15. HD, 26.6.2019, 4559/2998**; “Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi ile davalı yükleniciye devredilen tapu pay kayıtlarının iptali ve tescili istemine ilişkindir. Davalı yüklenici hakkındaki davanın kabulüyle arsa sahipleriyle aralarında imzalanan gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, davacı yönünden tapu iptali ve tescil davasının reddine karar verilmiştir. Davalı yüklenici tarafından inşaat, sözleşme ve ekleri, imar mevzuatı ve projeye aykırı, kaçak olarak yapılmış olup yüklenici aleyhine geriye etkili fesih koşulları gerçekleşmiştir. Davalılardan bir kısmı, üzerlerine kayıtlı tapu paylarını davalı yükleniciden satın aldıklarını beyan ederek düzenledikleri sözleşmeleri sunan bu üçüncü kişilerin yasanın iyi niyet hükmünden yaralanmaları mümkün değildir. Pay sahibi üçüncü kişilerle ilgili deliller toplanıp arsa sahiplerinden pay alıp almadıkları araştırılmalı, arsa sahiplerinin kendilerine kalan hisselerinden pay aldıklarının anlaşılması halinde bunlar hakkındaki dava reddedilmeli, yüklenici ya da yüklenicinin talimatıyla arsa sahibinden pay devraldıklarının anlaşılması halinde, yolsuz tescil olduğunu bildikleri ya da bilecek durumda olmaları sebebiyle iyi niyetle kazanımdan yararlanamayacaklarından bunlar hakkındaki tapu iptal ve tescili isteminin kabulüne karar verilmelidir” (E.T.: 16.08.2021).

³³⁹ Konuya ilişkin eleştirileri için bkz. **ÖZ**, Kat Karşılığı, s. 28-31; **YÜNLÜ**, s. 925-926.

³⁴⁰ **AYDIN**, s. 441.

³⁴¹ **KAHRAMAN**, s. 441; Aynı yönde **Yarg. 23. HD, 10.10.2019, 6069/4156**; “Tapu kaydı üzerinde herhangi bir sözleşme, inşaat ya da davalıdır şerhi bulunmadığından, adı geçen davalıların, davacı arsa sahibi ile davalı yüklenici şirket arasındaki ilişkileri bildiğinden bahsedilemeyeceği gibi davacının zararına hareket ederek ve muvazaalı bir şekilde taşınmazı satın aldıkları da iddia ve ispat olunamamıştır. Kanunun iyi niyete sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Bu durumda, tapu kütüğündeki kayda

Yargıtay'ın sözleşmenin başında yükleniciye devredilen arsa paylarını avans olarak nitelendirmesi, edimini tam olarak ifa etmeyen yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini kazanamayacağını ve sözleşmeden dönme halinde bu tapuların kendiliğinden arsa sahibine döneceğini kabul etmesi aynı etkili dönme görüşünü benimsediğini göstermektedir. Ancak, aynı etkili dönme görüşü, arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye devredildiğini ve fakat dönme ile birlikte devredilen paylar bakımından yapılan tescillerin yolsuz hale geldiğini kabul eden bir görüştür³⁴². O halde Yargıtay aynı etkili dönme görüşü gereğince sözleşmeden dönmeye önce tescilin geçerli olduğunu benimsemekte iken bu geçerli tescile güvenerek yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiyi neden iyiniyetli kabul etmemektedir? Görüleceği üzere, Yargıtay'ın yükleniciden pay satın alan üçüncü kişileri iyiniyetli kabul etmemesi benimsemiş olduğu aynı etkili dönme görüşüne ters düşmektedir. Bunun yanı sıra elbette ki Yargıtay'ın bu tutumundaki amaç, arsa sahibini korumaktır. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından savunulduğu üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden büyük oranda kazanç sağlayacak olan taraf arsa sahibidir. Bu nedenle henüz inşaatın yapımına dahi başlanmadan arsa paylarını yükleniciye finansman sağlamak için devreden ve esasen en büyük riski alan taraf arsa sahibi iken sözleşmedeki aksaklıkların tek sorumlusunu üçüncü kişiler yapmanın hakkaniyete uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz.

Bir diğer ihtimal ise arsa sahibinin arsa paylarının mülkiyetini kendisinde tutup inşaatın tamamlanması sonrasında yüklenicinin hak kazanacağı arsa paylarının satışı için yükleniciye vekalet vermesidir. Bu durumda yüklenici arsa paylarını vekaleten üçüncü kişilere satmaktadır³⁴³. Yargıtay arsa paylarının malik sıfatı satılması ile vekaleten satılması arasında bir fark gözetmeyip bu ihtimalde de üçüncü kişilerin iyiniyetli olduğunu reddetmektedir³⁴⁴.

güvenerek, iyi niyetle mülkiyet iktisap eden davalılar ... ve ...'ın kazanımlarının korunması gerekir" (E.T.: 09.05.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁴² Birinci Bölüm II. B. 2. b. cc. c.2.

³⁴³ **AYAR BİRKİN**, s. 95; **KAHRAMAN**, s. 448; Bu satış işlemi tapuda arsa payının devri şeklinde olabileceği gibi noterde yapılacak satış vaadi sözleşmesi ile de olabilir **SELİMOĞLU**, s. 447; Yüklenicinin arsa payının satışının üçüncü kişiye taahhüt etmesi, yüklenici ile üçüncü kişi arasında satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh ettirilmesi ve yükleniciye devredilen arsa payları üzerine arsa lehine konulan ipotek hakkında detaylı bilgi için bkz. **ERMAN**, s. 183-188.

³⁴⁴ **YHGK**, 25.10.2000, E. 1-1280, K. 1554; "Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm no.lu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir. Ne var ki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir....Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu

Yargıtay'ın bu görüşü de doktrinde eleştirilmekte, devrin yapıldığı tarihte geçerli bir vekalet ilişkisinin bulunduğu, geçerli bir vekalet ilişkisine dayanarak pay devreden yüklenicinin yetkisini aştığından söz edilemeyeceği bu nedenle devrin geçersiz sayılmasının vekalet hükümleri ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır³⁴⁵.

Nihayet son ihtimal ise arsa sahibinin arsa payını henüz yükleniciye devretmediği ve fakat vadesi geldiğinde yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmesidir. Bu durumda üçüncü kişi alacağı temlik aldığından arsa sahibine karşı talepte bulunabilme hakkı elde etmektedir³⁴⁶. Ancak unutulmamalıdır ki, üçüncü kişinin arsa sahibine karşı hak ileri sürebilmesi için yüklenicinin edimini tam olarak ifa etmiş olması başka bir deyişle alacak hakkının doğmuş olması gerekir³⁴⁷. Bu durumda arsa

payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz” (E.T.: 02.05.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁴⁵ **KAHRAMAN**, s. 449; **ŞAHİN**, s. 288.

³⁴⁶ **ARAT**, s. 126-127; **ARIKAN/ERDOĞAN**, s. 149; **AYAN**, s. 395; **AYAR BİRKİN**, s. 93; **ERMAN**, s. 190; **KAHRAMAN**, s. 450; **SEÇER**, s. 281; Alacağın temlik ile yeni bir alacak doğmamakta, var olan bir alacak nakledilmektedir. Böylelikle o alacağı devralan hakkın sahibi olmaktadır **SELİMOĞLU**, s. 441; **ŞAHİN**, s. 294; **YAŞAR**, s. 299; **Yarg. 15. HD, 23.9.2020, 715/2543**; “Davacılar ile yüklenici arasında düzenlenen belge temlik sözleşmesi niteliğinde olup, davacılar davaya konu daireler yönünden yüklenicinin haklarını temlik alan konumundadırlar. Bu temlike dayanarak yüklenici ile arsa sahipleri arasında düzenlenen feshnamedeki yüklenicinin hak ve borçlarına da sahip olup arsa sahibine karşı ileri sürebilirler...” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁴⁷ **ARAT**, s. 121; Örneğin, arsa sahibinin temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi ihtimalinde sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından alacağın temlik de geçersiz olacak ve temlik alan üçüncü kişi, yükleniciye karşı talepte bulunamayacaktır **ARIKAN/ERDOĞAN**, s. 165; **AYDIN**, s. 422; Alacağın temlik ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **EREN**, s. 1224 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 555 vd.; **KAHRAMAN**, s. 451; **A. KILIÇOĞLU**, s. 1001 vd.; **YHGK, 10.11.2020, 519/851**; “Üçüncü bir kişinin, arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması hâlinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. TBK'nın 188. maddesi gereğince; “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir”. Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi TBK'nın 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz...Başka bir ifadeyle, kural olarak inşaat sözleşmesinden kaynaklanan şahsi hakka dayalı davalarda tescile karar verilebilmesi için yüklenicinin eseri sözleşme koşullarına uygun bitirip bitirmediği dolayısıyla tescile hak kazanıp kazanmadığının saptanması önem arz etmektedir. Burada yüklenicinin temel borcu, sözleşme gereği fenne ve amacına uygun bir bina meydana getirerek arsa sahibine teslim etmektir. Zira yüklenici bu nitelikleri haiz bir bina meydana getirmiş ve arsa sahibine teslim etmiş ise, sözleşmenin karşı edimi olan arsa payının-bağımsız bölümün- devrini ondan isteyebilir. Bu hak doğrudan yüklenici tarafından talep edilebileceği gibi, yüklenicinin kişisel hakkını devralan üçüncü kişi de yüklenicinin halefi olarak tescil isteminde bulunabilir. Ancak, yüklenicinin açtığı davalarda olduğu gibi halefi olan üçüncü kişilerin açacağı tescil davalarında da tescile hak kazanabilmesi için, yapının arsa sahibinin reddedemeyeceği seviyeye getirilmesi, ayıp ve eksiklikler varsa bunların yüklenicinin halefi olan üçüncü kişi tarafından tamamlanması veya bedelinin arsa

sahibi yükleniciye karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları temlik alan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilecektir (TBK m. 188)³⁴⁸.

Yukarıda temlik alan üçüncü kişinin arsa sahibine karşı hak ileri sürebilmesi için yüklenicinin edimini tam olarak ifa etmiş olması gerektiğini ifade ettik. Yüklenici inşaatı tam olarak tamamlamış ise sorun yoktur. Ancak yüklenici inşaatı tam olarak tamamlayamamış ve eksik kalan kısım çok az ise üçüncü kişi bu inşaatı tamamlayabilecektir³⁴⁹. Yargıtay buna “*birlikte ifa*” demekte olup inşaatın eksik kalan bu kısmının temlik alan üçüncü kişi tarafından tamamlattırılmasına veya eksik kısma tekabül eden bedelin arsa sahibine ödenmesine, böylelikle temlik alan üçüncü kişinin, arsa sahibinden tapuda devir talebinde bulunabilmesine imkan sağlamaktadır³⁵⁰.

sahibine ödenmek üzere depo ettirilmesi gerekir”; **Yarg. 14. HD, 5.3.2019, 16694/1930**; “Davacının arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması halinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Türk Borçlar Kanunu’nun 188. maddesi gereğince; “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.” Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) Türk Borçlar Kanunu’nun 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz...” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁴⁸ **ARAT**, s. 114; **ARIKAN/ERDOĞAN**, s. 163; **KAHRAMAN**, s. 452; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 255.

³⁴⁹ **ARAT**, s. 121; **ARIKAN/ERDOĞAN**, s. 164; **YAŞAR**, s. 301-302.

³⁵⁰ **Yarg. 15 HD, 23.2.2021, 1515/724**; “Dava, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciden bağımsız bölümü temlik alan davacının açtığı tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde tazminat taleplerine ilişkindir. Davacı vekili, davalılar arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, davalı yüklenici ...'a isabet edecek olan 25 ve 26 numaralı bağımsız bölümleri, 24.03.2013 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile 195.000,00 TL karşılığında davalı yükleniciden satın aldığını ve satış bedelini ödediğini ancak tapuda ferağ verilmediğini ileri sürerek, dava konusu 25 ve 26 numaralı bağımsız bölümlerin davalı arsa sahipleri adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline, mümkün olmaz ise munzam zararının tespiti ile davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı arsa sahipleri, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini, hakkı olmayan bağımsız bölümleri sattığını, davacıya yapılan temlikin geçerli olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı yüklenici ..., arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun olarak dava konusu taşınmazı tamamlayarak arsa sahiplerine teslim ettiğini, bu sözleşme uyarınca kendisine düşen bağımsız bölümlerin bir kısmını davacıya sattığını, ancak arsa sahiplerinin tapuda ferağ vermediklerini savunmuştur. Mahkemece; mahallinde yapılan keşif sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda arsa sahiplerine ödenmesi gerektiği belirtilen 44.880,00 TL bedelin davacı tarafından mahkeme vizesine depo edilmesi sağlanarak davanın kabulüne, dava konusu 25 ve 26 numaralı bağımsız bölümlerin davalı arsa sahipleri adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiştir. Hükmü, davalı ... ve ... vekili temyiz etmiştir. Dava, temlikten tescil talebine ilişkin olup mahkemece davacının tapu iptali ve tescile ilişkin talebi kabul edilmiş ise de depo edilen 44.880,00 TL bedelin arsa sahiplerine ödenmesine ilişkin hüküm fıkrasında açıklama yapılmaması doğru olmamıştır. birlikte ifa kuralı gereği tapu iptali ve tescil ile birlikte depo edilen bedelin de arsa sahiplerine ödenmesine yönelik hüküm kurulması zorunludur...” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15 HD, 19.1.2021, 1110/89**; “Dava, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat yapım

Temlik alan üçüncü kişinin, arsa sahibinden tapuda payın kendisine devrini talep edebilmesi için yüklenicinin kendi edimini tam olarak ifa etmiş olmasının yanı sıra temlik alan üçüncü kişinin de edimini ifa etmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile üçüncü kişi, yükleniciye karşı edimini ifa etmedikçe arsa sahibine karşı tapuda devir talebini ileri süremeyecektir³⁵¹. Ancak Yargıtay tarafından temlik alan üçüncü kişinin kalan edimi mahkemece depo ettirilmek suretiyle tapuda tescil talebinin kabulüne hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmektedir³⁵².

sözleşmesi gereğince yükleniciye isabet eden bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişinin temlikten tapu iptal ve tescil talebine ilişkindir. Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda davanın kabulüne, mahkeme hesabına yatırılan 50.000,00 TL'lik eksik iş bedelinin davalı arsa sahibi ...'e ödenmesine, vekâlet ücreti, yargılama gideri ve harçtan davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmasına dair verilen karar, davalı arsa sahibi ... vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma ilamı gereğince inceleme yapıp hüküm verilmiş olmasına delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davalı ...'ün aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. Davada, ilk kararın bozulması üzerine bozmada belirtilen şekilde yeniden inceleme yapılarak yüklenicinin eksik bıraktığı işlerin giderim bedeli hesaplanıp, mahkemece depo ettirilerek, arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya karar verilmesi ve davalı yüklenicinin edimlerini tam olarak yerine getirmemesi sebebiyle davalı arsa sahibinin davaya karşı çıkmakta haklı olması nedeniyle vekâlet ücreti, yargılama gideri ve harçtan sorumlu tutulmaması gerekirken, davalı arsa sahibi ...'ün de davalı yüklenici ile birlikte vekâlet ücreti, yargılama gideri ve harçtan sorumlu tutulması doğru olmamıştır” (E.T.: 25.07.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 15 HD, 22.12.2020,2412/3296**; “Asıl ve birleşen davalarda davalı yüklenici ... ile arsa sahibi muris ... arasında ...2. Noterliğinin 17.01.1992 tarih ve 785 yevmiye numaralı kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığı, sözleşme uyarınca davalı yüklenici tarafından yapılacak olan inşaat %50 payın arsa sahibine, %50 payın ise yükleniciye ait olacağı, yapılacak binanın her türlü vergi, resim, harç, sigorta, ceza ve diğer işçi giderleri olmak üzere bilumum giderlerin yüklenici tarafından karşılanacağını kararlaştırıldığı, asıl ve birleşen davalarda yükleniciden haricen bağımsız bölüm satın alan davacıların temlikten tescile hak kazanabilmeleri için yüklenicinin inşaatı arsa sahibi ile imzaladığı sözleşme ve ekleri, proje ve şartname ile imar mevzuat hükümlerine göre tamamlayıp arsa sahibine ait bağımsız bölümleri teslim etmesinin zorunlu olduğu, asıl ve birleşen davalarda açıldığı tarihlerde davalı yüklenici tarafından binanın tam olarak bitirilip davalı arsa sahiplerine teslim edilmediği, inşaat %50 eksik ve kusurlu imalatlar tespit edildiği, bunların bedelinin yükleniciden bağımsız bölüm satın alan asıl ve birleşen dava davacıları tarafından mahkeme veznesine depo ettirdiği, bu şekilde mahkemece birlikte ifaya karar verildiği, davalı arsa sahiplerinin bu durumda davaya karşı çıkmakta haklı oldukları anlaşıldığından aleyhlerine yargılama gideri ve vekalet ücreti hükmedilmesinin doğru olmadığı...”(E.T.: 26.07.2021, www.kazanci.com.tr).

³⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. **ARAT**, s. 127 vd.

³⁵² **Yarg. 14. HD, 27.10.2015, 7767/9523**; “...Davaya konu olayda, yüklenici edimini arsa malikinin reddedemeyeceği oranda tamamlamış ise de yükümlülüklerini tam ve eksiksiz olarak yerine getirmediği, eksik işler bulunduğu ve sözleşmeden kaynaklanan sosyal güvenlik kurumu ile yapı denetim giderlerinin mevcut olduğu, bunların toplam bedelinin de 91.151,95 TL olduğu bilirkişi raporuyla saptanmış olduğu, yükleniciden bağımsız bölümü temlik alan davacının bu bedellerin tamamından sorumlu bulunduğu bu nedenle, arsa malikini tescile zorlayabilmek için yüklenicinin halefi olan davacıya bu giderlerin tamamını depo etmek üzere süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği...” (E.T.: 15.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 14. HD, 10.10.2018, 2292/6573**; “...Yüklenicinin davaya konu 7 parsel sayılı taşınmazdaki sözleşmeden kaynaklı edimlerini ne oranda yerine getirdiğinin ve katlanabilir seviyede olup olmadığının belirlenmesi gerektiği; yüklenicinin edimlerini katlanabilir seviyede yerine getirdiğinin anlaşılması halinde, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/835 Esas sayılı dosyasında davacı arsa malikleri tarafından davalı yüklenici ... Ltd. Şti' ye karşı açılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı eksik ve ayıplı işler bedeli ile kira tazminatı istemine dair davanın bekletici mesele yapılması gerektiği; yine yüklenicinin edimlerini katlanabilir seviyede yerine getirdiğinin anlaşılması halinde, eksik ve ayıplı işler

İKİNCİ BÖLÜM: YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ HALİNDE MUACCEL OLAN CEZA KOŞULUNUN VE AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLMESİ, CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI İLE AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

I. CEZA KOŞULUNUN KARARLAŞTIRILMASI

A. Sözleşme Hükümü Olarak Ceza Koşulu

1. Tanımı

Sözleşme serbestisi gereği taraflar, borca aykırılığın sonuçlarını kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe düzenleyebilirler³⁵³. İşte Türk hukukunda tarafların sahip olduğu haklardan biri de sözleşmede ceza koşulu kararlaştırabilmeleridir³⁵⁴. Uygulamada ekonomik değeri yüksek edimler içermesi sebebiyle inşaat sözleşmelerinde temerrüt nedeniyle doğacak zararın miktarını ispat etmek güç olabildiğinden zararı önceden belirleyebilmek ve yüklenicinin yapıyı zamanında teslim edebilmesi iş sahibi için son derece önem arz ettiğinden yüklenici üzerinde baskı oluşturabilmek amaçlarıyla tarafların sözleşme ile ceza koşulu kararlaştırdıkları görülmektedir.

Ceza koşulu doktrinde, borçlunun geçerli ve sona ermemiş bir asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde yerine getirmeyi üstlendiği, önceden kararlaştırılmış, ekonomik bir değeri olan, alacaklıyı zarar miktarını ispat yükü altına sokmaksızın zararın teminine imkan sağlayan ve borçlunun borca uygun davranmasını sağlayan edim olarak tanımlanmaktadır³⁵⁵.

bedeli ile varsa sözleşmeden kaynaklanan tazminat alacaklarının tümünün davacı tarafından depo edilmesi için önel verilmesi...” (E.T.: 16.08.2021).

³⁵³ DİRİCAN, s. 185; EREN, s. 16-17; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 23.

³⁵⁴ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 34; GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara, 2002, s. 39; A. KILIÇOĞLU, s. 981; KOCAAĞA, s. 49.

³⁵⁵ AKKANAT, Elif Beyza, “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018 (Editör: Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 38; AKSOY, Hüseyin Can, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 1000; ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 266; AYAN, s. 193; AYDEMİR, s. 375; BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz, Ticari Davalar & Cezai Şart, Ankara, 2017, s. 11; BİLGE, Necip, “Cezai Şart”, Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan, Ankara, 1958, s. 39;

Ceza koşulu bazı yazarlar tarafından ise³⁵⁶ borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği sözleşme cezası olarak da tanımlanmaktadır. Ancak bu terim ceza koşulunun yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılabileceği izlenimi uyandırdığı ayrıca ceza vurgusunun ön planda olduğu belirtilerek eleştirilmiştir³⁵⁷. Ceza koşuluna ilişkin bir başka tanım ise ceza koşulunun önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı (götürü) bir tazminat olduğudur³⁵⁸. Ancak ceza koşulunun tazminat olmadığı görüşünde olduğumuzdan biz bu tanımın hatalı olduğu kanaatindeyiz. Konu ile ilgili açıklamalar ileriki bölümlerde yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz³⁵⁹.

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin mutlaka bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılmış olması şart olmamakla birlikte ekonomik bir değere sahip olması gerekmektedir³⁶⁰. Bu nedenle ekonomik değere sahip olmak koşuluyla bir miktar paranın ödenmesi dışındaki edimler de ceza koşulu olarak kararlaştırılabilecektir. Manevi değerlerin ise cebri icra yolu ile takibi mümkün olmadığından ceza koşulu olarak kararlaştırılamayacağı

BİRİNCİ UZUN, Tuba, Götürü Tazminat, Ankara, 2015, s. 137; **CANSEL**, Erol/**ÖZEL**, Çağlar, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 714; **ÇAKIROĞLU**, s. 68; **COŞKUN**, s. 789; **DİRİCAN**, s. 15; **DUMAN**, s. 97; **EKİNCİ**, s. 30; **EREN**, s. 1181; **GÜLSEVEN**, Hilal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara, 2016, s. 24; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 5-6; **GÜNDOĞDU**, s. 323; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 9; **KAHRAMAN**, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2017, s. 61; **KARABAĞ BULUT**, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, 2014, s. 188-189; **KOCAAĞA**, Köksal, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 20, S. 74, 2008, s. 150; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 128; **KURT**, s. 214; **OLGAÇ**, s. 100; **OZANOĞLU**, s. 80; **REİSOĞLU**, s. 457; **TEKELİOĞLU**, s. 165; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 427; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul, 1976, s. 854; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 6; **TUTAR**, Elce, “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, s. 125, 2017, s. 30; **UÇAR**, Salter, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993, s. 12; **USLU**, Ebubekir, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara, 2019, s. 26; **UYGUR**, Cilt 4, s. 4346; **YAĞCIOĞLU**, s. 20.

³⁵⁶ **E. B. AKKANAT**, s. 39; Alacaklının zararı ispat etmeye gerek olmaksızın borcu ihlali halinde borçluya kabul ettirdiği müeyyideye “sözleşme cezası” denilmektedir **COŞKUN**, s. 801; Ceza koşulu asıl borcu kuvvetlendirme amacı güden, asıl borca bağlı bir yan borçtur. Asıl borç genellikle sözleşmeden doğduğu için ceza koşuluna sözleşme cezası da denilmektedir **EREN**, s. 1182; **KAPANCI**, s. 662; **KAPANCI**, Kadir Berk, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 656; **KOCAAĞA**, s. 25 vd.; **KURŞAT**, s. 421; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt -2, s. 530; **OZANOĞLU**, s. 79.

³⁵⁷ **AKKAYAN YILDIRIM**, Ayça, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 362-363; **YAĞCIOĞLU**, s. 22.

³⁵⁸ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 163; **DUMAN**, s. 97; **C. GÜNAY**, s. 599; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 5; **TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 342; **USLU**, s. 27.

³⁵⁹ Bkz. İkinci Bölüm III. B. 2.

³⁶⁰ **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 164; **EKİNCİ**, s. 42; **EREN**, s. 1182; **C. GÜNAY**, s. 601; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 6; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 377; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 10; **KOCAAĞA**, s. 93; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, Selen, Türk Hukuku’nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Ankara, 2021, s. 44; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, 534; **OZANOĞLU**, s. 80; **PEKTAŞ**, s. 57; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 14.

kabul edilmektedir³⁶¹. Uygulamada ceza koşulu, çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırıldığı için çalışmamızda genel olarak ceza koşulu ediminin bir miktar paranın ödenmesi olduğu ceza koşuluna değinilecektir.

2. Amacı

İnşaat sözleşmelerinde sözleşmeye konu yapının kararlaştırılan zamanda teslim edilmesi iş sahibi için büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle yapının kararlaştırılan zamanda teslim edilememesi ihtimaline karşı iş sahibinin zararlarını gidermek ve yüklenici üzerinde inşaatı zamanında tamamlayıp teslim etme hususunda baskı oluşturmak maksadıyla tarafların sözleşmede ceza koşulu kararlaştırdıkları görülmektedir³⁶².

Doktrinde, ceza koşulunun cezalandırma ve tazmin etme olmak üzere iki amaca hizmet ettiği; ceza koşulunun çoğunlukla borçluyu ortaya çıkan zarardan daha yüksek bir meblağ ödemeye mecbur bırakması nedeniyle *cezalandırma amacı*, alacaklıyı zararı ispat külfetinden kurtararak zararın tazminini kolaylaştırması nedeniyle de *tazmin amacı* bulunduğu ileri sürülmektedir³⁶³. İşte inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdüne ilişkin olarak iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun amaçlarından ilki, iş sahibini zararı ispat külfetinden kurtarmaktır. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlamak için iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulu ile amaçlanan, Türk hukukunda tazminat talep edebilmenin koşulu olan zararın meydana gelmesi ve bu zarar ile borçlunun kusurlu olduğunun ispat edilmesi gerekliliğinin³⁶⁴ aksine, ceza koşulu ile yüklenicinin ödemesi gereken meblağ baştan kabul ettirilmiş ve böylelikle iş sahibi de zarar miktarını ve yüklenicinin kusurunu ispat külfetinden kurtarılmış olmaktadır³⁶⁵. Yüklenicinin

³⁶¹ KARAKAŞ, Işın, “Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 26; KOCAAĞA, s. 97.

³⁶² KOCAAĞA, Sözleşme, s. 128; TANDOĞAN, s. 135.

³⁶³ AKKAYAN YILDIRIM, s. 362; BİLGE, s. 83-84; BİRİNCİ UZUN, s. 137; CANSER/ÖZEL, s. 715,721; ÇAKIROĞLU, s. 83; EREN, s. 1184; GÜLSEVEN, s. 25-26; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 74; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 8; KOCAAĞA, İnşaat, s. 150; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 131; Ceza koşulunun korkutma ve manevi baskı işlevine sahip olduğu yönündeki görüş için bkz. OZANOĞLU, s. 81; UÇAR, s. 14; Teminat işlevi ve tazminat işlevi şeklinde ifade eden görüş için bkz. TEKELİOĞLU, s. 167, teminat işlevi görüşü ile aynı yönde YAĞCIOĞLU, s. 44; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428; USLU, s. 29.

³⁶⁴ GÜLSEVEN, s. 29; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 5.

³⁶⁵ ÇAKIROĞLU, s. 84; Ceza koşulunun, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü olarak tespit etme amacı olduğu yönünde bkz. DİRİCAN, s. 27; EKİNCİ, s. 141; EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 29; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 75; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 7; KARABAĞ BULUT, s. 190; KARAKAŞ, s. 4; KOCAAĞA, İnşaat, s. 150; KURT, s. 215; MEŞE

yapıyı teslim borcunda temerrüdüne ilişkin olarak iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun amaçlarından bir diğeri ise bir baskı aracı olarak yükleniciyi yapıyı sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim etmeye zorlamaktır³⁶⁶. Zira yüklenici yapıyı sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim etmediğinde ağır bir yükümlülükle karşılaşacağını bileceğinden sözleşmeye uygun davranma ve yapıyı zamanında teslim etme yönünde gayret gösterecektir³⁶⁷. Ancak, ileride bahsedeceğimiz üzere hakime aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme yetkisi tanıyan TBK m. 182 hükmünün, ceza koşulunun baskı işlevinden beklenen etkiyi azalttığı söylenmektedir³⁶⁸.

Tüm bunların yanında iş sahibi lehine ceza koşulunun borçlu yüklenici açısından da bir amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Öyle ki yüklenici, temerrüde düştüğü takdirde ödeyeceği miktarı önceden biliyor olacaktır³⁶⁹. Bu bakımdan yüklenici açısından da bir öngörülebilirlik yarattığı söylenebilecektir.

3. Hukuki Niteliği

Ceza koşulunun hukuki niteliğine dair doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Aşağıda ceza koşulunun salt ceza, sigorta, götürü tazminat ile ceza ve tazminat (karma) olduğu yönündeki dört farklı görüş açıklanmaya çalışılacaktır.

HACIOSMANOĞLU, s. 23; OLGAC, s. 100; OZANOĞLU, s. 78; TEKELİOĞLU, s. 167; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 48; USTA, s. 107; YAĞCIOĞLU, s. 40.

³⁶⁶ KARAKAŞ, s. 9; AKKAYAN YILDIRIM, s. 383; ARICI, Kadir, “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1991, s. 32; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 11; CANSEL/ÖZEL, s. 720; ÇAKIROĞLU, s. 83; DİRİCAN, s. 27; EKİNCİ, s. 142; EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 27; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67; KAHRAMAN, Garanti, s. 63; KAPANCI, s. 662; KARABAĞ BULUT, s. 190; KOCAĞA, İnşaat, s. 150; KURT, s. 215; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 23; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 530; OLGAC, s. 100; TEKELİOĞLU, s. 167; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 49; YAĞCIOĞLU, s. 38.

³⁶⁷ AKKAYAN YILDIRIM, s. 383; ARICI, s. 32; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 11; CANSEL/ÖZEL, s. 720; ÇAKIROĞLU, s. 83; DİRİCAN, s. 27; EKİNCİ, s. 142; EREN, s. 1181; GÜLSEVEN, s. 27; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67; KAPANCI, s. 662; KARABAĞ BULUT, s. 190; KOCAĞA, İnşaat, s. 150; KURT, s. 215; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 23; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 530; OLGAC, s. 100; TEKELİOĞLU, s. 167; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 49; YAĞCIOĞLU, s. 38.

³⁶⁸ E. B. AKKANAT, s. 40; ÇAKIROĞLU, s. 84; GÜLSEVEN, s. 28; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 75.

³⁶⁹ AKSOY, s. 1012; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 7.

İlk görüş³⁷⁰, ceza koşulunun salt ceza olduğunu ileri süren görüştür. Buna göre, ceza koşulu alacaklının zararından bağımsızdır ve bu nedenle esasen borçluyu ortaya çıkan zarardan fazlasını ödemeye mecbur bıraktığı için cezalandırma amacı vardır. Bu görüş, ceza koşulunun tek amacının borçluyu borcuna uygun davranmaya yönlendirmek olmaması ve zararın önceden tespit edilmesi şeklindeki amacın göz ardı edilmesi nedeniyle eleştirilmektedir³⁷¹.

Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen diğer bir görüş³⁷², ceza koşulunun bir sigorta mahiyetinde olduğudur. Bu görüşe göre, borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi ceza koşulu ödemeye mecbur olması nedeniyle ceza koşulunun sigorta mahiyetinde olduğu ileri sürülmektedir. Ancak bu görüş yalnızca ceza koşulu için borçlunun kusurunun aranmaması gerektiğini ileri süren görüşe uygundur³⁷³. Oysaki doktrinde ceza koşulu için borçlunun kusurunu arayan görüş de mevcuttur. BİLGE, sigorta tazminatının hiçbir suretle zararı aşamayacağını oysaki ceza koşulunun zararı aşabileceğini ileri sürerek bu görüşe karşı çıkmaktadır³⁷⁴.

Hukuki niteliğe ilişkin bir diğer görüş ise ceza koşulunun bir götürü tazminat anlaşması olduğu yönündeki görüştür. Bu görüşü savunan yazarlar³⁷⁵, ceza koşulunun borçlunun borca aykırı hareket etmesi halinde alacaklının uğrayacağı zararın önceden ve götürü olarak belirlenmesine hizmet ettiğini savunmaktadır. Her ne kadar hakimin ceza koşulu miktarına müdahale edebilmesini sağlayan TBK m. 182/3 hükmü ve aşan zararın tazminine imkan tanıyan TBK m. 180/2 hükmü götürü tazminatın temel özelliğine aykırı düşse de bu iki istisnanın ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olmasına engel olmayacağını savunmaktadırlar³⁷⁶.

³⁷⁰ Ceza koşulunun “*özel hukuk (medeni hukuk) cezası*” niteliğinde olduğu görüşünde bkz. KAHRAMAN, Garanti, s. 64; aynı yönde KAPANCI, s. 680.

³⁷¹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 11; TUNÇOMAĞ, Kenan, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, 1962, s. 562-563; TUTAR, s. 31.

³⁷² AKSOY, s. 1013.

³⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 563-564.

³⁷⁴ BİLGE, s. 55.

³⁷⁵ ARICI, s. 33; DİRİCAN, s. 16; EKİNCİ, s. 53; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 36-37; TUNÇOMAĞ, s. 566-567; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 14; TUTAR, s. 33; USTA, s. 104.

³⁷⁶ TUTAR, s. 33; USTA, s. 105.

Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin son görüş ise ceza koşulunun ceza ve tazminat karışımı olduğunu ileri süren görüştür³⁷⁷. Bu görüşe göre, ceza koşulu zararı aşmayan kısım bakımından tazmin amacı taşıırken, zararı aşan kısım bakımından ceza niteliği taşımaktadır.

Biz ceza koşulunun salt ceza olduğunu ileri süren ilk görüşe katılıyoruz. Ceza koşulu ile alacaklı iş sahibine belli bir bedel ödeniyor olsa da bu iş sahibinin uğradığı zararı tazmin için ödenmemektedir zira ceza koşulu zarardan bağımsız olup herhangi bir zararın karşılığı değildir. Kaldı ki ceza koşulunun tazminat amacı olduğu kabul edildiğinde götürü tazminat ile olan o ince çizgi tamamen ortadan kayboluyor olacaktır.

4. Unsurları

a. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

Türk Borçlar Kanunu’nun 131. maddesi gereğince ceza koşulunun varlığı geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır³⁷⁸. İlgili hüküm, “*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur*” düzenlemesini içermektedir. Madde hükmü asıl borcun sonradan herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda ceza koşulunun da sona ereceğini düzenlemektedir. Hükmün zıt anlamından çıkan sonuç ise asıl borcun geçerli olarak doğmaması durumunda ceza koşulunun da geçerli olarak doğmayacağıdır³⁷⁹. O halde yüklenicinin yapıyı sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim etmesini sağlamak için iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulu, ancak ve ancak yüklenicinin yapıyı teslim borcunun geçerli olarak doğması halinde geçerli olacaktır.

Ceza koşulunun varlığının geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olması, asıl borç ile ceza koşulu arasındaki asli-fer’i borç ilişkisinin bir sonucudur³⁸⁰. Zira ceza koşulu, asıl borca bağlı

³⁷⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 12; USLU, s. 36.

³⁷⁸ AKKAYAN YILDIRIM, s. 366; AKSOY, s. 1007; ARICI, s. 33; BİLGE, s. 50; ÇAKIROĞLU, s. 68; DİRİCAN, s. 21; EKİNCİ, s. 31; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Asıl Borcun Sona Ermesinin Asıl Borçla bağlantılı Yan Haklar Üzerindeki Etkisi (TBK m. 131)”, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan, Cilt III, Ankara, 2016, s. 323; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 13; KOCAAĞA, s. 66,75; KURT, s. 219; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 31; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 535; OZANOĞLU, s. 80; TEKELİOĞLU, s. 171; USLU, s. 46; USTA, s. 84.

³⁷⁹ AKKAYAN YILDIRIM, s. 367; ÇAKIROĞLU, s. 68; TBK m. 131 uyarınca asıl borcun sona ermesi durumunda, ceza koşulu tarafların beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir GÜMÜŞ, Asıl Borç, s. 328; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 26; KURT, s. 219; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 535; TEKELİOĞLU, s. 173; YAĞCIOĞLU, s. 109.

³⁸⁰ AYDEMİR, s. 388; ÇAKIROĞLU, s. 68; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 377; KURT, s. 219.

ve asıl borcun ihlal edilmesi ile doğan bir borçtur. Bu nedenle, asıl borç geçerli olarak doğmadığı takdirde ceza koşulu da doğmayacak; asıl borç sona erdiği takdirde ceza koşulu da sona erecektir. Örneğin; inşaat yapılacak arazide inşaat yasağı var ise inşaatın yapımı sözleşme kurulurken imkansız olduğundan, esas sözleşme ve dolayısıyla kararlaştırılan ceza koşulu da geçersiz olacaktır. Aynı şekilde inşaatın yapımına başlandıktan sonra inşaatın yapımı idarece yasaklanırsa asıl borç imkansızlık sebebiyle sona ereceğinden ceza koşulu da buna bağlı olarak sona erecektir. Asıl borç ile ceza koşulu arasındaki asli-fer'i borç ilişkisine bir diğer örnek olarak ceza koşulunun şekil bakımından esas sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına tabi olmasıdır. Ceza koşulunun fer'ilik özelliği çalışmamızın ileriki bölümlerinde inceleneceğinden burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

b. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edimin Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılması

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin, asıl borç olarak kararlaştırılan edimden farklı bir edim olması gerekmektedir³⁸¹. Ceza koşulunu oluşturan edim, asıl borçtan doğan edime eklenebileceği gibi ondan tamamen bağımsız bir edim olarak da kararlaştırılabilir³⁸². Örneğin, yüklenicinin A parseldeki yapıyı kararlaştırılan tarihte teslim etmemesi durumunda B parselde de bir yapı inşa edip teslim edeceği şeklinde kararlaştırılan ceza koşulu birinci duruma, kararlaştırılan yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda belli bir miktar paranın ödeneceği ise ikinci duruma örnek verilebilir³⁸³. Doktrinde asıl borcun ödenmemesi durumunda faiz oranının yükseleceğinin de ceza koşulu olarak kararlaştırılabileceği savunulmaktadır³⁸⁴.

³⁸¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 164; ÇAKIROĞLU, s. 69; EKİNCİ, s. 42; GÜLSEVEN, s. 35; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 27; KARAKAŞ, s. 31; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 39; UÇAR, s. 15; USLU, s. 58; USTA, s. 90; UYGUR, Cilt 4, s. 4346; YAĞCIOĞLU, s. 124.

³⁸² EKİNCİ, s. 41; GÜLSEVEN, s. 35; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 27; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 31; KOCAAĞA, s. 87-88; Yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceği veya sözleşmenin başkasına devredilemeyeceği şeklindeki kayıtların ek bir edim içermediği gerekçesiyle ceza koşulu sayılamayacağı görüşü hakkında bkz. OLGAC, s. 102; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 858; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 12; UÇAR, s. 15; UYGUR, Cilt 4, s. 4346; YAĞCIOĞLU, s. 124.

³⁸³ Söz konusu örnek KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 31'deki örnekten uyarlanmıştır; KOCAAĞA, s. 97.

³⁸⁴ KARAKAŞ, s. 31; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 40; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 858; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 12; USLU, s. 59; Ancak asıl borcun ödenmemesi durumunda temerrüt faizi ödeneceğine ilişkin kayıtlar ceza koşulu sayılmayacaktır, zira bu zaten kanundan doğan bir haktır USTA, s. 91; UYGUR, Cilt 4, s. 4346; YAĞCIOĞLU, s. s 125.

Borçlunun sahip olduğu bir hakkı veya yetkiyi kaybedeceğine ilişkin anlaşmaların ceza koşulu edimi olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı doktrinde tartışma konusudur. Örneğin, yüklenicinin işi geciktirdiği her ay için bedel alacağının bir kısmını isteme hakkını kaybedeceği, bedel alacağında indirim yapılacağı veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gecikme halinde yükleniciye daha az bağımsız bölüm verileceği şeklinde bir ceza koşulu kararlaştırılabilecek midir? Bir görüş³⁸⁵, bu şekilde kararlaştırılan ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim teşkil etmediği gerekçesiyle kararlaştırılmayacağını savunmaktadır. Diğer bir görüş ise³⁸⁶ ceza koşulu olarak bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılan ceza koşulu ile ücrette kesinti yapılması şeklinde kararlaştırılan ceza koşulu arasında bir farkın bulunmadığı, bu nedenle bu gibi kayıtların ceza koşulu olarak kabul edilebileceğini söylemektedir. Bazı yazarlar ise ücrette kesinti yapılması şeklinde kararlaştırılan ceza koşulunun esasen gerçek bir ceza koşulu tanımına uymadığını, atipik bir ceza olduğunu ve fakat ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁸⁷. Yargıtay bir kararında³⁸⁸, inşaatın süresinde tamamlanamaması durumunda yüklenicilerin iki daire üzerindeki haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına dair kısmın ifaya eklenen ceza niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay başka bir kararında³⁸⁹ ise gecikme halinde yüklenicinin hiçbir bedel alamayacağı şeklinde kararlaştırılan ceza koşulunun batıl sayılacağına ve bu ceza koşulu kaydının dikkate alınmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Uygulamada yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda ifa edilen kısmın bedelsiz olarak iş sahibine kalacağı şeklinde ceza koşulu anlaşmalarına da rastlanmaktadır. Bir

³⁸⁵ GÜLSEVEN, s. 36; C. GÜNAY, s. 602; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 28; USTA, s. 91; YAĞCIOĞLU, s. 126.

³⁸⁶ AYAN, s. 196; BİLGE, s. 79; ÇINAR, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S. 16, Güz, 2009, s. 95; DUMAN, İnşaat, s. 705; EKİNCİ, s. 43; C. GÜNAY, s. 607; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 378; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 32; KOCAAĞA, s. 89; KURŞAT, s. 426; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534, TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 427;

³⁸⁷ ÇAKIROĞLU, s. 71; KURT, s. 216; ÖZ, s. 158.

³⁸⁸ Yarg. 15. HD, 23.03.2010, 1814/1643; “Yanlar arasında Ünye İkinci Noterliği’nce biçimine uygun olarak düzenlenen 04.02.2000 gün 1131 yevmiye nolu düzenleme şeklinde Taşınmaz Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’nin 11. maddesinde arsa sahibine ait dairelerin inşaatın başlangıç tarihinden itibaren 30 ay içerisinde sözleşmede belirtilen şartlarla tamamlanacağı, bu süre içinde tamamlanmaz ise yükleniciye 6 aylık ek süre verileceği ve bu süre içinde yüklenicilerin arsa sahibine her ay için 750 DM ödeyecekleri, doğal afetler hariç bu ek sürenin sonunda da tamamlanmaz veya taahhütlere aykırı yapılırsa yüklenicilerin 15. maddede belirtilen ve devri anahtar tesliminden sonraya bırakılan iki daire üzerindeki haklarından arsa sahibi lehine vazgeçmiş sayılacakları kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin bu maddesinin son cümlesindeki yüklenicilerin iki daire üzerindeki haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına dair kısmı Borçlar Kanunu’nun 158/11. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza niteliğindedir” (E.T.: 26.04.2021, www.kazanci.com).

³⁸⁹ Yarg. 15. HD, 26.01.2010, 667/257 sayılı kararı (ÖZTÜRK/GÖZÜTOK, s. 323).

görüŖ³⁹⁰, yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda ifa edilen kısmın bedelsiz olarak iş sahibine kalacağı şeklindeki sözleşme hükmünü ceza koşulu olarak kabul etmemekle birlikte bu sözleşme hükümlerine de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunurken diğ er bir görüŖ³⁹¹, kısmi ödemelerin asıl borçtan ayrı bir edim olmadığı gerekçesiyle bu tarz sözleşme hükümlerinin ceza koşulu gibi kabul edilip ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine karşı çıkmaktadır.

Kanaatimizce, ücrette kesinti yapılması veya yapılan kısmi ödemenin alacaklıya kalacağı şeklinde kararlaştırılan ceza koşulları da yükleniciyi borcunu zamanında ifa etmeye yönlendirecek ve yüklenici üzerinde psikolojik bir baskı oluşturacaktır. Bunun yanı sıra ücrette kesinti yapılması ile ücrette yapılan kesintiye tekabül eden bedelin sonradan iş sahibine ödenmesi arasında pratikte bir fark bulunmamakta olup aksi durumun kabulü alacaklı iş sahibinin ceza koşulunu elde etmesine ilişkin sürecin uzamasına sebep olacaktır. İş hayatında çoğunlukla hızlı ve pratik çözümlere ihtiyaç duyulduğu da göz önüne alındığında ceza koşulunun bu şekilde kararlaştırılabileceğini reddetmenin doğru olmayacağı görüşündeyiz. Bu nedenle bu tür kayıtların ceza koşulu olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki ikinci görüşe katılmaktayız.

4. Özellikleri

a. Asıl Borca Bağlı (Fer'i) Bir Borç Olması

Ceza koşulunun belki de en önemli özelliklerinden biri asıl alacağa bağlı, fer'i bir nitelik taşımasıdır³⁹². Elbette ki bu fer'iliğin birtakım sonuçları bulunmakta olup aşağıda kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

³⁹⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 380; bkz. KOCAAĞA, s. 90; bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2; s. 534.

³⁹¹ C. GÜNAY, s. 619; KARAKAŞ, s. 26; OLGAC, s. 102.

³⁹² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 165; AKSOY, s. 1007; D. ATEŞ, s. 266; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 11; BİLGE, s. 63; CANSER/ÖZEL, s. 715; COŞKUN, s. 790; ÇINAR, s. 97; DİRİCAN, s. 24; EKİNCİ, s. 57; EREN, s. 1182; GÖKYAYLA, Makale, s. 56; GÜLSEVEN, s. 37; C. GÜNAY, s. 616-617; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 28; KAHRAMAN, Garanti, s. 62; KAHVECİ, s. 105; KOCAAĞA, s. 91; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 130; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 13; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 55; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 535; OZANOĞLU, s. 80; TEKELİOĞLU, s. 171; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 428; UÇAR, s. 13; USLU, s. 60; USTA, s. 94; YAĞCIOĞLU, s. 141; YAKUPPUR, s. 103.

Ceza koşulunun fer'i bir borç olmasının ilk sonucu, asıl borcun geçersiz olması durumunda ceza koşulunun da geçersiz olacak olmasıdır. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 131/1 hükmünde; *"Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur"* şeklinde açıkça düzenleme altına alınmıştır³⁹³. O halde kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık veya başlangıçtaki objektif imkansızlık gibi asıl borcun geçersizliğine yol açacak sebeplerin varlığı, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza koşulunun da geçersiz olması sonucunu doğuracaktır³⁹⁴. Kanun bu noktada asıl borcun emredici hukuk kurallarına aykırı olması, baştaki objektif imkansızlık, şekle aykırılık, muvazaa, ehliyetsizlik vb. sebeplerle geçersiz olması halleri arasında bir ayrım yapmamıştır. Bu nedenle hangi geçersizlik sebebi olursa olsun aynı sonuç doğacaktır³⁹⁵.

Ceza koşulunun bağlı olduğu borç geçerli olarak doğmuş ve fakat sonradan ortadan kalkmışsa ceza koşulu da ortadan kalkacaktır³⁹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 182/2 hükmü; *"Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez (c. 1). Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (c. 2)"* demektedir. Bu durumda yüklenicinin yapıyı teslim borcunun sonradan yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesi halinde -tarafarca teslim borcunun

³⁹³ Ancak yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, ceza koşulu talep etme hakkının sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulması halinde ceza koşulunun talep edilebileceğini hüküm altına almıştır.

³⁹⁴ AKSOY, s. 1010; ARICI, s. 33; Z. ATEŞ, s. 34; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 9; Asıl borç yeniden doğarsa buna bağlı ceza koşulu da yeniden canlanır BİLGE, s. 73; *Objektif imkansızlık*; herkes için geçerli olan imkansızlık; subjektif imkansızlık ise sadece borçlu için geçerli olan imkansızlıktır BÜYÜKAY, s. 68; CANSEL/ÖZEL, s. 721; ÇAKIROĞLU, s. 71; DİRİCAN, s. 25; Detaylı bilgi için bkz. EKİNCİ, s. 96 vd.; EREN, s. 1297; GÖKYAYLA, Makale, s. 56; GÜLSEVEN, s. 37; GÜMÜŞ, Asıl Borç, s. 323; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 125 vd.; KAHVECİ, s. 105; KARAKAŞ, s. 33; KURŞAT, s. 424; KURT, s. 219; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 56; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534; PEKTAŞ, s. 55; TEKELİOĞLU, s. 173; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 430; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 81-83; UÇAR, s. 14-15; USLU, s. 52; USTA, s. 88; YAKUPPUR, s. 103.

³⁹⁵ EREN, s. 1183; GÜMÜŞ, Asıl Borç, s. 324-325; KURT, s. 219; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 535.

³⁹⁶ AKKAYAN YILDIRIM, s. 367; AKSOY, s. 1011; Nama ifanın bir çeşit ifa olduğu ve nama ifa süresince buna bağlı fer'i nitelikteki ceza koşulunun da varlığını sürdürmeye devam edeceği yönünde bkz. AYDINCIK, s. 118; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 11; COŞKUN, s. 802; ÇAKIROĞLU, s. 74; KOCAĞA, s. 169; KURT, s. 219; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 536.

imkansızlaşması halinde dahi ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılmadığı sürece- fer'ilik gereğince teslim borcu ile birlikte ceza koşulu borcu da sona erecektir³⁹⁷.

Yüklenicinin teslim borcunu doğuran inşaat sözleşmesinin geçersiz olması fer'i özelliği gereğince ceza koşulunun da geçersiz olması sonucuna yol açacaksa da bu açıklamalar durumun tam zıddı için geçerli değildir. Başka bir deyişle, ceza koşulunun geçersiz olması, asıl sözleşmenin (inşaat sözleşmesinin) geçersiz olması sonucuna yol açmayacaktır (TBK m. 182/2, c. 2). Örneğin; kararlaştırılan ceza koşulu ahlaka, kişilik haklarına aykırılık veya imkansızlık nedeniyle geçersiz olacaksa inşaat sözleşmesi ve dolayısıyla yüklenicinin teslim borcu ceza koşulu bulunmaksızın geçerli kalmaya devam edecektir³⁹⁸.

Öte yandan, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu doğuran sözleşmenin irade bozukluğu veya aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilebilir olduğu durumlarda ceza koşulu sözleşme iptal edilene kadar geçerli kalmaya devam edecektir³⁹⁹. Yüklenicinin teslim borcunu doğuran inşaat sözleşmesi iptal edildiği takdirde fer'i özelliği gereği ceza koşulu da geçersiz hale gelecektir. Ancak iradesi sakatlanan yüklenicinin iptal hakkını kullanmak istememesi veya iptal hakkını kullanabileceği süreleri kaçırmaması halinde asıl borç ve ceza koşulunun sözleşmenin başından itibaren geçerli sayılacağı unutulmamalıdır⁴⁰⁰.

Fer'iliğin bir diğer sonucu, asıl borcun zamanaşımına uğradığı veya asıl borcun ifa edilmediği gibi def'ilere sahip olunması halinde bu itiraz ve def'ilerin ceza koşulu için de ileri sürülebilecek olmasıdır⁴⁰¹. Ancak ceza koşulu anlaşmasının asıl borcun zamanaşımına

³⁹⁷ AKSOY, s. 1011; BİLGE, s. 116; DİRİCAN, s. 99; EKİNCİ, s. 98; GÜLSEVEN, s. 38; KOCAAĞA, s. 170; KURT, s. 219; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 58; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 536; YAĞCIOĞLU, s. 143.

³⁹⁸ AKSOY, s. 1007-1008; CANSEL/ÖZEL, s. 717; EKİNCİ, s. 101; GÖKYAYLA, Makale, s. 57; GÜLSEVEN, s. 36; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 55; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 538; OLGAC, s. 101; TEKELİOĞLU, s. 166; YAĞCIOĞLU, s. 141.

³⁹⁹ İrade sakatlıkları hakkında detaylı bilgi için bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 100 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.üncü Basıdan 7.inci Tıpkı Bası, İstanbul, 2017, s. 395 vd.; KOCAAĞA, s. 83; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 57; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 535; YAĞCIOĞLU, s. 111.

⁴⁰⁰ D. ATEŞ, s. 64; KOCAAĞA, s. 83; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 57; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 83-84; İptal hakkı, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı veren, yarattığı etki bakımından bozucu yenilik doğuran bir haktır. İptal hakkının yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle bu hakkın kullanılabilmesi için mahkeme yoluyla kullanılmasına gerek yoktur, iptal açıklaması karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşmakla hukuki sonuçlarını doğurur ve sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirir. Detaylı bilgi için bkz. EREN, s. 1262; A. KILIÇOĞLU, s. 187; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 438.

⁴⁰¹ EKİNCİ, s. 38; GÜLSEVEN, s. 35; KURŞAT, s. 429; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 70; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 537; USLU, s. 61; YAĞCIOĞLU, s. 122.

uğramasından sonra yapılmış olması başka bir deyişle tarafların zamanaşımına uğramış borcun ifa edileceği hususunda anlaşmaları durumunda asıl borç talep edilebileceğinden buna bağlı olarak ceza koşulu da talep edilebilecektir⁴⁰².

Son olarak belirtmek gerekir ki, ceza koşulunun fer'iliği muaccel olduğu ana kadar devam edecek ve ceza koşulu muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliği kazanacaktır⁴⁰³. Bunun sonucu olarak da henüz muaccel olmamış ceza koşulunun inşaat sözleşmesinden doğan asıl borcun temlik ile temlik alana geçeceği, muaccel olmuş ceza koşulu alacağının ise bağımsız bir nitelik kazanmış olması sebebiyle taraflarca ancak temlik kapsamına sokulduğu takdirde temlik alana geçeceği kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Ancak doktrinde ceza koşulunun fer'i nitelikte olmasının onun asıl borçtan ayrı olarak devrine engel teşkil etmeyeceği bu nedenle ceza koşulu muaccel olmamış olsa dahi asıl alacaktan ayrı olarak başkasına temlik edilebileceği yönünde aksi yönde görüş de mevcuttur⁴⁰⁵.

b. Zarardan Bağımsız Olması

Tazminat hukukunun genel ilkesi, tazminat talep edilebilmesi için ortada bir zararın var olmasıdır⁴⁰⁶. Başka bir deyişle, zararın olmadığı yerde tazminat da olmayacaktır⁴⁰⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 180/1 hükmü ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır⁴⁰⁸. Söz konusu hüküm, alacaklının hiçbir zarara uğramasa dahi kararlaştırılan cezanın ifasını talep

⁴⁰² KOCAAĞA, s. 172, ayrıca zamanaşımına uğramış olması nedeniyle eksik borç haline gelen bir borç için ceza koşulu kararlaştırılmışsa ceza koşulu taahhüdünde bulunan borçlunun zamanaşımı def'i hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir s. 87; aynı yönde YAĞCIOĞLU, s. 122; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 70.

⁴⁰³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 165; D. ATEŞ, s. 267; BERBEROĞLU YENİPINAR, s. 12; CANCEL/ÖZEL, s. 722; DİRİCAN, s. 23; DUMAN, İnşaat, s. 701; EREN, s. 1183; GÜLSEVEN, s. 38; C. GÜNAY, s. 620; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 29; KAHRAMAN, Garanti, s. 63; KOCAAĞA, s. 92,156; KURT, s. 228; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 23; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 859; USLU, s. 62; USTA, s. 95; YAĞCIOĞLU, s. 141; Yarg. 13. HD, 25.1.1993, 8546/348; "Asıl borç ile ceza koşulu arasında bir asıl borç-yan borç (fer'i borç) ilişkisi diğer bir anlatımla asıl borç ile ceza koşulu arasındaki bağılılık, ceza koşulunun istenebileceği (muaccel olacağı) ana kadar süregelir. Bu andan sonra, ceza koşulu bağımsızlaşır ve asıl borcun yazgısını paylaşmaktan kurtulur ve bağımsız bir borç haline gelir" (E.T: 23.04.2021, www.kazanci.com).

⁴⁰⁴ COŞKUN, s. 791; DİRİCAN, s. 26; GÜLSEVEN, s. 38; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 99; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 378; KOCAAĞA, s. 160; USLU, s. 169.

⁴⁰⁵ EKİNCİ, s. 252; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 89; USTA, s. 142.

⁴⁰⁶ EREN, s. 520; A. KILIÇOĞLU, s. 529; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 114; YILDIRIM, s. 218.

⁴⁰⁷ GÜLSEVEN, s. 50; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 383; PEKTAŞ, s. 72.

⁴⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358.

edebileceğini düzenleme altına almıştır. İlgili düzenlemede kanun koyucunun ceza koşulunun talep edilebilmesi için zarar aranması şartını açıkça reddettiği görülmektedir⁴⁰⁹.

Görüleceği üzere ceza koşulu uğranılan bir zararın karşılığı değildir. Bu nedenle iş sahibinin yapının geç teslimi nedeniyle zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın, iş sahibi bakımından hiçbir zarar doğmamış olsa dahi ceza koşulunun ödenmesi talep edilebilecektir⁴¹⁰.

Ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı hukuk kuralı mahiyetindedir. Bu nedenle tarafların ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi farklı şekilde düzenlemeleri mümkündür. Taraflar yalnızca ceza koşulu talep edilebileceğini veya hem ceza koşulunun hem de uğranılan zararın tamamının talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür⁴¹¹. Örneğin, yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda teslim edememiş olması nedeniyle iş sahibi 50.000 TL zarara uğramış ve sözleşmede 70.000 TL ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılmış olsun. Bu durumda şayet sözleşmede taraflar hem ceza koşulunun hem de uğranılan zararın talep edilebileceğini kararlaştırmış ise iş sahibi 50.000 TL zarar ve 70.000 TL ceza koşulu olmak üzere toplam 120.000 TL bedeli talep edebilecektir.

c. Karşılıksız Olması

Ceza koşulu borçlu yüklenici tarafından karşılıksız olarak üstlenilen bir edimdir. Başka bir deyişle yüklenicinin ceza koşulu edimi karşısında alacaklı iş sahibinin herhangi bir edim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴¹².

⁴⁰⁹ ÇAKIROĞLU, s. 96; ÇINAR, s. 108; Tam tersi durum için de aynı açıklamalar geçerlidir, yani ceza koşulunun zararı karşılaması gerekmemektedir EKİNCİ, s. 343; cezanın mutlaka zararı karşılaması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. KARABAĞ BULUT, s. 202; KARAKAŞ, s. 63; EREN, s. 1186; GÜLSEVEN, s. 51; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67; KAPANCI, s. 665; KOCAAĞA, s. 174; KURT, s. 224.

⁴¹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 168; E. B. AKKANAT, s. 39; AKSOY, s. 1003; AYDEMİR, s. 386; BİLGE, s. 111; BÜYÜKAY, s. 230; ÇAKIROĞLU, s. 96; DİRİCAN, s. 71; DUMAN, s. 98; DUMAN, İnşaat, s. 731; GÜLSEVEN, s. 51; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 34; C. GÜNAY, s. 662; E. GÜNAY, s. 437; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 65; KAPANCI, s. 665; KOCAAĞA, s. 174; KURŞAT, s. 426; KURT, s. 224; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 71; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 545; OLGAÇ, s. 100; OZANOĞLU, s. 99; REİSOĞLU, s. 461; SEÇER, s. 274; TANDOĞAN, s. 135; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 433; USLU, s. 105; Bu durum “zarar yoksa tazminat da yoktur” şeklindeki sorumluluk hukukunun genel ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır YAĞCIOĞLU, s. 185.

⁴¹¹ AKKAYAN YILDIRIM, s. 373; DİRİCAN, s. 37.

⁴¹² KOCAAĞA, ceza koşulunu bu yönüyle kefalete benzetmektedir s. 175; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 72.

Belirtmek gerekir ki, ceza koşulu karşılıksız olduğundan yüklenicinin kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olduğunu iddia ederek aşırı yararlanma hükümlerine başvurabilme imkanı bulunmamaktadır⁴¹³. Ceza koşulunun aşırı olduğunu iddia eden yüklenicinin başvuracağı yol çalışmamızın ileriki bölümlerinde açıklanacağı üzere TBK m. 182/3 hükmüdür. Ayrıca aşırı yararlanma müessesesi çalışma konumuz dışında olduğundan bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

B. Kararlaştırılması

1. Her Türlü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi

Ceza koşulu kural olarak geçerli ve henüz ifa edilmemiş her türlü borç için kararlaştırılabilmektedir⁴¹⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde her ne kadar “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için” ifadesine yer verilmiş ise de ceza koşulu yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılmak zorunda değildir. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılabileceği gibi, sözleşme dışındaki hukuki işlemlerden doğan borçlar için de ceza koşulu kararlaştırılabilecektir⁴¹⁵.

Kanun koyucu bazı borçlar için kararlaştırılmasını yasaklamış olsa⁴¹⁶ genel kural, ceza koşulunun verme, yapma ve yapmama borcu gibi her türlü borç için kararlaştırılabilecek

⁴¹³ EREN, s. 1190; KOCAAĞA, s. 175; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 549.

⁴¹⁴ AKKAYAN YILDIRIM, s. 366; BİLGE, s. 59; GÜLSEVEN, s. 34; C. GÜNAY, s. 605; KAHRAMAN, Garanti, s. 66; KARAKAŞ, s. 15; KOCAAĞA, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 531; TEKELİOĞLU, s. 166; YAĞCIOĞLU, s. 114.

⁴¹⁵ DİRİCAN, s. 18; Bir dernek tüzüğünde üyelerin bazı fiil ve işlemleri için kararlaştırılan ceza koşulları örnek verilebilir KOCAAĞA, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 531; TEKELİOĞLU, s. 166; Hukuki işlemler taraf sayılarına göre sınıflara ayrılmaktadır. Vasiyetname, iptal beyanı, dönme/fesih beyanı gibi yenilik doğuran beyanlar tek taraflı hukuki işlemlere; sözleşmeler ise iki taraflı hukuki işlemlere örnek verilebilir. Hukuki işlemler hakkında detaylı bilgi için bkz. A. KILIÇOĞLU, s. 70 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 94 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 36 vd.

⁴¹⁶ Bunlardan biri TBK m. 346'da düzenlenen, konut ve çatılı işyeri kiralarda kira bedelinin zamanında ödenmemesi hali için ceza koşulu kararlaştırılamayacağı düzenlemesi, bir diğeri TKHK m. 6'da düzenlenen tüketici sözleşmelerinde tüketici aleyhine kararlaştırılan ceza koşulunun haksız şart sayılacağı düzenlemesi, diğeri ise TBK m. 420/1'de düzenlenen genel hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine düzenlenen ceza koşulu kaydının geçersiz olacağına ilişkin düzenlemesidir. Aile hukukundan doğan evlenme, boşanma, evlat edinme gibi hakların da ceza koşulu ile güvence altına alınamayacağı belirtilmektedir. Bunlar dışında ceza koşulunu yasaklamamakla birlikte sınır getiren hükümlere de rastlanmaktadır: TBK m. 260/2 hükmü. Söz konusu hüküm, taksitli satışlarda alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi nedeniyle kararlaştırılan ceza koşulunun satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağını düzenlemektedir YAĞCIOĞLU, s. 129 vd.; GÜLSEVEN, s. 34; KOCAAĞA, s. 70-71; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 533.

olduğudur⁴¹⁷. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı zamanında ve sözleşmeye uygun olarak meydana getirme borcu, bir yapma borcu olduğundan⁴¹⁸ bu borcun ihlali için tarafların sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabileceği açıktır.

Yüklenicinin teslim borcunun bir para borcu olmaması nedeniyle çalışma konumuz dışında olsa da konunun önemine binaen para borcu için ceza koşulu kararlaştırılması halinde hem ceza koşulunun hem temerrüt faizinin talep edilip edilemeyeceğine ilişkin doktrindeki görüşlere kısaca değinmek istiyoruz. Bilindiği üzere para borçlarında temerrüde düşülmesi halinde borçlu, gecikme tazminatı olarak temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır (TBK m. 120-121, TTK m. 9)⁴¹⁹. Bu nedenle doktrinde para borçları için ceza koşulu kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay, para borçlarının ifasında gecikildiği takdirde alacaklının temerrüt faizi isteme hakkının bulunması nedeniyle ayrıca bir ceza koşulu istenmesinin kanun sistematığına aykırı olduğu gerekçesiyle bazı kararlarında para borçları için ceza koşulu kararlaştırılamayacağını belirtmiştir⁴²⁰. Doktrinde bazı yazarlar tarafından Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilmekte, para borçları için de ceza koşulu kararlaştırılabileceği ve fakat bu durumda ayrıca temerrüt faizi istenemeyeceği savunulmaktadır⁴²¹. Bazı yazarlar tarafından ise tarafların kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla kanunda öngörülenden daha yüksek oranda temerrüt faizi kararlaştırabilecekleri ve dolayısıyla temerrüt faizi yanında ceza koşulu kararlaştırabilmelerinin önünde bir engel olmadığı ileri sürülmektedir⁴²². Diğer bazı yazarlar ise kanunun her türlü borç için ceza koşulu kararlaştırılabileceğini ve bu bakımdan bir sınırlama getirmediğini savunmaktadırlar⁴²³. Belirtildiği üzere, çalışma konumuz dışında olduğundan bu kadar değinmekle yetiniyoruz.

⁴¹⁷ BİLGE, s. 59; CANSER/ÖZEL, s. 718; ÇAKIROĞLU, s. 70; DİRİCAN, s. 22; DUMAN, s. 97; EKİNCİ, s. 35; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 376; KAHRAMAN, Garanti, s. 67; KARAKAŞ, s. 16; KOCAAĞA, s. 67; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 35; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 532; PEKTAŞ, s. 54; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 343; USLU, s. 27; YAĞCIOĞLU, s. 114.

⁴¹⁸ Borçlunun bedeni veya fiziki gücü ile yerine getirdiği borçlar yapma borçlarıdır. Yapma borçları hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDINCIK, s. 7 vd.; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 71; ÖZ, s. 117.

⁴¹⁹ Faiz, para alacaklısının bu paradan mahrum kalmasının karşılığı olarak ödenen, kanundan doğan ve asıl borca bağlı, fer'i nitelikte bir borçtur GÜLSEVEN, s. 44; Ceza koşulu ve temerrüt faizi arasındaki farklılıklar ve benzer yönler için bkz. EKİNCİ, s. 187; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 52-53; PEKTAŞ, s. 65; USLU, s. 89-90; YILDIZ, s. 123.

⁴²⁰ Bkz. Yarg. 4. HD, 22.12.1947, 3643/3986.

⁴²¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 532. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 344

⁴²² C. GÜNAY, s. 606; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 13; KOCAAĞA, s. 70; Kanuni sınırı aşan ceza koşulunun kısmi geçersiz kabul edileceği görüşü hakkında bkz. OLGAC, s. 102; USLU, s. 131; YAĞCIOĞLU, s. 118-119.

⁴²³ BİLGE, s. 64-65; EKİNCİ, s. 39; GÜLSEVEN, s. 34; KAPANCI, ceza koşulu türleri bakımından bir ayırım yaparak seçimlik ceza koşulunun talep edildiği durumlarda ayrıca temerrüt faizi istenemeyeceğini savunmaktadır s. 676; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 8; UÇAR, s. 17.

Ceza koşulu, borç ilişkisinin tamamı için kararlaştırılabileceği gibi borç ilişkisindeki bir veya birkaç borç için de kararlaştırılabilecektir⁴²⁴. Örneğin, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin yapıyı teslim borcunu hem zamanında hem de ayıpsız teslim etmesini sağlamak amacıyla iki ayrı ceza koşulu kararlaştırılabilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun hangi durum için kararlaştırıldığı da önem arz etmektedir. Örneğin, inşaat sözleşmesinde ceza koşulu yalnızca yapının ayıplı teslim edilmesi durumu için kararlaştırılmışsa, yapı geç teslim edilse dahi ceza koşulu istenemeyecektir⁴²⁵.

2. Her Türlü Edimin Ceza Koşulu Olarak Kararlaştırılabilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 182/1 hükmü, tarafların cezanın miktarını serbestçe kararlaştırabileceklerini düzenleme altına almıştır. Doktrinde bu hüküm, tarafların ceza koşulu miktarının yanında cezaya ilişkin edimi de serbestçe kararlaştırabilecekleri şeklinde yorumlanmaktadır⁴²⁶. Bu nedenle her türlü edim ceza koşulu olarak kararlaştırılabilecektir⁴²⁷. Her ne kadar uygulamada inşaat sözleşmelerinde ceza koşulu çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılıyor olsa da bu bir zorunluluk arz etmemektedir⁴²⁸. Verme⁴²⁹, yapma⁴³⁰ ve hatta ekonomik bir değere sahip olması şartıyla bir yapmama ediminin⁴³¹ bile ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür⁴³².

⁴²⁴ KARAKAŞ, s. 15; KOCAAĞA, s. 67.

⁴²⁵ DİRİCAN, s. 34; KURT, s. 219-220; TANDOĞAN, s. 135.

⁴²⁶ BÜYÜKAY, s. 231; KARABAĞ BULUT, s. 191; KOCAAĞA, s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt -2, s. 533.

⁴²⁷ AKKAYAN YILDIRIM, s. 370-371; BİLGE, s. 59; CANSEL/ÖZEL, s. 718; ÇAKIROĞLU, s. 70; DİRİCAN, s. 22; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 377; KOCAAĞA, s. 67; KURT, s. 215; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 532; TEKELİOĞLU, s. 167; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 8; UÇAR, s. 81.

⁴²⁸ EREN, s. 1182; EREN, Özel, s. 664; Ceza koşulunun konusunu Türk lirasının yanında yabancı paranın da kararlaştırılabileceği yönünde bkz. KOCAAĞA, s. 94-95; KURT, s. 215; TEKELİOĞLU, s. 167; YAĞCIOĞLU, s. 137.

⁴²⁹ Borcun ihlal edilmesi durumunda belli bir miktarda hisse senedi verileceğinin kararlaştırılması örneği verilebilir, KOCAAĞA, s. 95; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534.

⁴³⁰ Borcun ihlal edilmesi durumunda bir tamirat işinin yapılacağıının kararlaştırılması örneği verilebilir, OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534. Ahlakı aykırı, vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan, bedensel veya manevi zararlara yol açan, bir suça yol açan vb. fiillerin ceza koşulunun konusunu oluşturamayacağına ilişkin bkz. EREN, s. 1182; KOCAAĞA, s. 96-97.

⁴³¹ Kurulda belli bir doğrultuda oy kullanılmayacağıının kararlaştırılması örnek verilebilir KOCAAĞA, s. 96; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534.

⁴³² AKKAYAN YILDIRIM, s. 404; ARICI, s. 32; COŞKUN, s. 801; ÇAKIROĞLU, s. 70; C. GÜNAY, s. 615; DİRİCAN, s. 23; EKİNCİ, s. 138; KOCAAĞA, s. 94; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 534; TEKELİOĞLU, s. 167; YAĞCIOĞLU, s. 139.

Tarafların cezanın miktarını kesin olarak belirlemelerinin yanı sıra azami bir miktar belirlemeleri de mümkündür⁴³³. Bu şekilde kararlaştırılan ceza koşulunda tarafların ceza koşulunun kesin miktarı üzerinde anlaşamamaları durumunda hakim, hakkaniyete ve durumun gereğine uygun olarak kesin miktarı belirleyecektir. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yapının teslim edilmesi gereken tarihten itibaren gecikilen her gün için azami 50.000 TL ödeneceği kararlaştırılmışsa hakim bu miktarı TMK. m. 4 uyarınca takdir yetkisini kullanarak 10.000, 20.000 veya 50.000 olarak belirleyebilecektir⁴³⁴.

3. Tarafların Anlaşması (Ceza Koşulu Anlaşması)

a. Tarafları

Ceza koşulu tek taraflı bir hukuki işlem veya sözleşme ile kararlaştırılmaktadır⁴³⁵. Ceza koşulu ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi esas sözleşme içerisinde bir kayıt olarak da yer alabilir⁴³⁶. İnşaat sözleşmelerinde ise çoğunlukla esas sözleşme içerisine bir madde olarak konulmaktadır⁴³⁷. Hatta ceza koşulunun, esas sözleşmeden önce ya da sonra da kararlaştırılması mümkündür⁴³⁸.

İnşaat sözleşmesinin taraflarını yüklenici ve iş sahibi oluşturduğuna göre ceza koşulu anlaşmasının tarafları da esas sözleşmenin tarafları olacaktır. Başka bir ifade ile esas sözleşmenin alacaklısı ceza koşulu sözleşmesinin alacaklısı, esas sözleşmenin borçlusu ise

⁴³³ C. GÜNAY, s. 611; KOCAAĞA, s. 98; YAĞCIOĞLU, s. 137.

⁴³⁴ KOCAAĞA, s. 98.

⁴³⁵ ÇAKIROĞLU, s. 75; EKİNCİ, s. 54; EREN, s. 1182; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 91, ayrıca ceza koşulunun tek taraflı hukuki işlemle kararlaştırılması hakkında bkz. s. 95; KARAKAŞ, s. 24; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 39; OZANOĞLU, s. 96; TEKELİOĞLU, s. 172; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 430; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 859; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 59; DUMAN, İnşaat, s. 704.

⁴³⁶ ARICI, s. 33; AYDEMİR, s. 385-386; AYHAN, Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 308; BİLGE, s. 50; CANSEL/ÖZEL, s. 721; ÇAKIROĞLU, s. 75; DİRİCAN, s. 17; EKİNCİ, s. 54; EREN, s. 1183; GÜLSEVEN, s. 36; C. GÜNAY, s. 615; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 8; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 376; KAPANCI, Götürü, s. 657; KOCAAĞA, s. 108; KURŞAT, s. 424; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 45; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 531; OLGAC, s. 102,106; USLU, s. 28; USTA, s. 85; YAĞCIOĞLU, s. 160.

⁴³⁷ Ancak sebepsiz zenginleşme, haksız fiil gibi sözleşme dışı borçları teminat altına alacak olan ceza koşulunun elbette ki ayrı bir hukuki işlem ile yapılması gerekecektir DİRİCAN, s. 17; KARAKAŞ, s. 24; TEKELİOĞLU, s. 172.

⁴³⁸ ÇAKIROĞLU, s. 76; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 96; TEKELİOĞLU, s. 172; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 430; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 62.

ceza koşulu sözleşmenin borçlusu olacaktır⁴³⁹. Ceza koşulu iş sahibi lehine kararlaştırılmışsa ceza koşulu alacaklısı iş sahibi, yüklenici lehine kararlaştırılmışsa ceza koşulu alacaklısı yüklenici olacaktır. Ancak çalışma konumuz yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde ilişkin ceza koşulu olduğundan çalışmamız bakımından yüklenici ceza koşulu anlaşmasında iş sahibine karşı sorumlu olan taraf olacaktır.

Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklısının üçüncü bir kişi olabileceği doktrinde kabul edilmektedir⁴⁴⁰. Ceza koşulu alacaklısının iş sahibi değil de üçüncü bir kişi olması durumunda ceza koşulunun yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlama yönünde baskı aracı olma işlevi ortadan kalkmayacağından bizce de bir sorun bulunmamaktadır. Ancak ceza koşulunun borçlusunun yüklenici yerine üçüncü kişi olması ihtimalinde ceza koşulunun sağlayacağı bu etkinin azalacağı kanaatindeyiz. Nitekim TUNÇOMAĞ, ceza koşulu borçlusunun üçüncü bir kişi olması durumunda bunun gerçek bir ceza koşulu olmayacağını, şarta bağlı bir borcun söz konusu olacağını savunmaktadır⁴⁴¹.

b. Geçerliliği

Ceza koşulu şekil bakımından esas sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına tabidir⁴⁴². Bu kural, esas sözleşmeden sonra yapılmış bir ceza koşulu anlaşması için de geçerli olacaktır⁴⁴³. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin bir türü olup eser sözleşmesi kanuni bir şekle tabi olmadığından ceza koşulu da herhangi bir şekle tabi olmayacaktır⁴⁴⁴. Ancak, arsa payı

⁴³⁹ ÇAKIROĞLU, s. 80; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 96; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 62.

⁴⁴⁰ ÇAKIROĞLU, s. 80; ayrıca ceza koşulu alacaklısının üçüncü kişi olması durumunda ceza koşulunu talep hakkının veya seçimlik ceza koşulunda seçim hakkının kime ait olacağı hakkında bkz. s. 81; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 62; YAĞCIOĞLU, s. 167; aksi yönde görüş hakkında bkz. C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 96.

⁴⁴¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 63.

⁴⁴² BERBEROĞLU YENİPINAR, s. 11; BİLGE, s. 76; CANSEL/ÖZEL, s. 718; COŞKUN, s. 790; ÇAKIROĞLU, s. 37; ÇINAR, s. 97; DİRİCAN, s. 19; EKİNCİ, s. 61; EREN, s. 1183; C. GÜNAY, s. 643; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 87; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 380; KARAKAŞ, s. 27; KOCAAĞA, s. 82; KURT, s. 215; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 536; OLGAC, s. 99; OZANOĞLU, s. 79; PEKTAŞ, s. 58; REİSOĞLU, s. 457; SELİMOĞLU, s. 329; TEKELİOĞLU, s. 172; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 866; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 61; UÇAR, s. 13; USTA, s. 97; UYGUR, Cilt 4, s. 4346; YAĞCIOĞLU, s. 162.

⁴⁴³ ÇAKIROĞLU, s. 77; KOCAAĞA, s. 124; REİSOĞLU, s. 457; SELİMOĞLU, s. 329; YAĞCIOĞLU, s. 165.

⁴⁴⁴ İnşaat sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla eser sözleşmesi olduğundan ve kanunda eser sözleşmesine ilişkin bir şekil şartı öngörülmediğinden kural olarak TBK m. 12 hükmü gereği inşaat sözleşmesi akdedilirken herhangi bir şekle uyulmasına gerek olmayacak ve hatta inşaat sözleşmesi örtülü irade beyanıyla dahi kurulabilecektir ALTAŞ, s. 47; ARPACI, s. 115; Z. ATEŞ, s. 6; AVCI, Ali, “Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, S. 21, 2015, s. 290; AYAN, s. 32; BAYRAMOĞLU, s. 39; BÜYÜKAY, s. 42, 60; ÇAKIROĞLU, s. 38;

karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerektiğinden ceza koşulunun da aynı şekilde kararlaştırılması gerekmektedir⁴⁴⁵. Ayrıca Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere şekil şartına uyularak akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmede mevcut olan ceza koşulu miktarını arttırmak için yapılan ek sözleşmenin de noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekecektir⁴⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 17/1 hükmü uyarınca, taraflar kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin geçerliliğini yazılı veya resmi şekle bağlayabilecek başka bir deyişle iradi şekil kararlaştırabilecektir⁴⁴⁷. Bu durumda kararlaştırılan bu iradi şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olacaktır⁴⁴⁸. Esas sözleşme herhangi bir şekle tabi olmamasına rağmen taraflarca iradi şekil kararlaştırılmışsa ceza koşulunun da bu iradi şekle uygun yapılması gerekmektedir⁴⁴⁹. Taraflarca iradi olarak yazılı şekil kararlaştırıldığı takdirde sözleşmede ceza koşulunun

-
- DAYINLARLI**, s. 23; **DİRİCAN**, s. 8; **DUMAN**, s. 13; **EKEN**, s. 31; **EKMEN**, s. 26-27; **EREN**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **GÖKYAYLA**, s. 15; **GÖNEN**, s. 25; **GÜMÜŞ**, s. 7; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 19; Örtülü kabul, öneri ile uyumlu olan irade açıkça ortaya konmamakla birlikte kabul anlamına gelen davranışlardan anlaşılabilen kabul iradesidir **A. KILIÇOĞLU**, s. 100; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 67; **KURT**, s. 43; Arsasına yapılan inşaatı fark etmesine rağmen sesini çıkarmayan ve bedel ödeyeceği yönünde haklı bir izlenim uyandıran malik örtülü irade beyanıyla inşaat sözleşmesini kurmuş varsayılacaktır **ÖZ**, s. 3-4; **PAKET**, s. 45; **SEÇER**, s. 47; **TUNÇOMAĞ**, Özel, s. 959; **YAKUPPUR**, s. 14-15; **YAVUZ**, s. 1249; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 546; Bedel açıkça kararlaştırılmış olmasa da inşaat sözleşmesi gibi bedelsiz ifa edilmeyeceği herkes tarafından bilinen bir sözleşmede bedelin örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilmektedir **BAYRAMOĞLU**, s. 33; **EREN**, Özel, s. 664; **ERGİN**, s. 25; **GÖKYAYLA**, s. 10; **PAKET**, s. 39; **TANDOĞAN**, s. 24; **TUNÇOMAĞ**, Özel, s. 956; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 462.
- ⁴⁴⁵ **ARAT**, s. 89; **Z. ATEŞ**, s. 5; **AYAR BİRKİN**, s. 45; **BERBEROĞLU YENİPİNAR**, s. 11; **ÇAKIROĞLU**, s. 76; **ÇINAR**, s. 98; **DİRİCAN**, s. 19; **ENLİ**, Makale, s. 98-99; **C. GÜNAY**, s. 643; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 88; **GÜNEŞ**, s. 72-73; **EREN**, s. 1184; **KOCAAĞA**, s. 82; **KURT**, s. 215; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 64; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 536; **OLGAÇ**, s. 106; **TEKELİOĞLU**, s. 172; **USTA**, s. 95; **YAĞCIOĞLU**, s. 163.
- ⁴⁴⁶ **ÇAKIROĞLU**, s. 79; **Yarg. 15. HD, 18.6.2020, 3452/1678**; "...ek sözleşmenin adi yazılı yapıp cezai şart kararlaştırılmasının yüklenicinin durumunu ağırlaştıracak nitelikte olup BK 13. maddesi uyarınca geçersiz olmasına...verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan tarafların yerinde olmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına..."; **Yarg. 23. HD, 18.4.2019, 3234/1507**; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu devri taahhüdü içermesi nedeniyle 818 Sayılı BK'nın 213, MK'nın 706., Tapu Kanunu'nun ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekir. Kanun, sözleşmenin geçerliliği için resmi şekil aradığından emredici nitelikteki bu kural gereği resmi şekilde yapılmayan sözleşmeler geçersizdir....yasal düzenlemeler uyarınca, davalı yüklenicilere ek yükümlülük getiren 03.2010 tarihli adi yazılı sözleşme resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olup bu sözleşmeye dayalı olarak ceza koşulu istenemez..." (E.T.: 22.08.2021, www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. **Yarg. 15. HD, 08.01.2014, 4919/74** sayılı karar (**ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, s. 54-55).
- ⁴⁴⁷ **EKEN**, s. 31; **EREN**, Özel, s. 606; **KAVAK**, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul, 2015, s. 28; **PAKET**, s. 46; **SİRMEN**, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 46.
- ⁴⁴⁸ **PAKET**, s. 46; **Yarg. 15. HD, 08.02.2006, 2513/587**; "...Eser sözleşmesi yazılı şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak taraflarca yazılı yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça akdi ilişki kurulmuş olmaz. Somut olayda, taraflar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından akdi ilişki kurulmamıştır. Bu durumda sözleşmenin haklı ya da haksız feshinden söz edilemez" (**GÜNAY**, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 456).
- ⁴⁴⁹ **DİRİCAN**, s. 20; **KOCAAĞA**, s. 82,121; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 66; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 536; **PEKTAŞ**, s. 58; **TEKELİOĞLU**, s. 172.

arttırılması veya ceza koşulu ediminin değiştirilmesi gibi değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması zorunludur (TBK m. 117/2). Yazılı şekil dışında bir iradi şekil kararlaştırıldığı takdirde ise taraflarca yapılacak değişikliklerin bu iradi şekle uygun yapılması gerekli değildir. Meğerki taraflarca yapılacak değişikliklerin de bu iradi şekle uygun olarak yapılacağı kararlaştırılmış olsun⁴⁵⁰.

Doktrinde bazı yazarlar, geçerliliği şekle tabi bir sözleşme bu şekle uyulmadan yapılmış ve fakat geçersizliğin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse ceza koşulunun geçerli kabul edilmesi gerektiği görüşündedir⁴⁵¹. Yargıtay da resmi şekilde yapılmamakla birlikte tarafların sözleşmeye geçerlilik tanıyarak borçlarını karşılıklı olarak büyük oranda ifa ettiği⁴⁵² arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların sözleşme ile bağlı olduklarının kabulü gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁴⁵³.

⁴⁵⁰ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 784; BÜYÜKAY, s. 43; DAYINLARLI, s. 23-24; EKMEK, s. 34; EREN, s. 269; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 20; KAVAK, s. 29; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 67; KURŞAT, s. 31; KURT, s. 43; ÖZ, s. 16; ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 129, ayrıca taraflardan birinin kararlaştırılan iradi şekilden vazgeçildiğine ilişkin karşı tarafta haklı güven uyandırması ve fakat sonradan iradi şekle uyulmadığını ileri sürerek sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği yönünde bkz. s. 130; SEÇER, s. 47.

⁴⁵¹ ÇAKIROĞLU, s. 78; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 11; KOCAAĞA, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 164.

⁴⁵² Yargıtay bu oranı güncel kararlarında %90 olarak ele almaktadır, bkz. Birinci Bölüm II. B. 3. b.

⁴⁵³ YHGK, 2012/13-592 E., 2013/65 K. Sayılı kararı; “Yanlar arasında geçerlik şekline –noterde düzenleme- uygun olarak yapılmamış olan bu sözleşme kural olarak geçersiz ise de işin fiilen önemli bir bölümünün ikmal edilmiş olması ve arsa sahibince de tapu paylarının davalı belediyeye devredilmesi karşısında sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu nedenle, davanın sözleşme hükümleri doğrultusunda çözülmesi gerekir. Yüklenici, inşaatı sözleşmeye, inşaat ruhsat ve projesine ve imar durumuna uygun olarak tamamladığı takdirde tapuyu almaya hak kazanacaktır...” (E.T.: 01.08.2021, www.kararara.com); Yarg. 23. HD, 17.10.2018, 1145/4820; “Davacı tarafca dosyaya sunulan 09.2013 tarihli sözleşme resmi şekilde yapılmamış olması sebebiyle geçersiz ise de, davalı arsa sahibine ait parsel üzerindeki inşaatın, davacı yüklenici tarafından yapıldığı ve yüklenicinin edimlerini büyük oranda yerine getirdiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Nitekim, davalı arsa sahibi de yüklenicinin inşaatı tamamladığını kabul ederek, daire paylaşımının, %35'nin kendisine, %65 yükleniciye ait olacak şekilde yapılması gerektiğini beyan etmiştir. Bu kabulden hareketle, taraflar arasında, geçersiz olduğu daha önce başka bir mahkeme kararıyla tespit edilen ...09.2003 tarihli sözleşme dışında, sözlü olarak yeni bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu, yüklenicinin edimlerini büyük oranda yerine getirmiş olması sebebiyle de bu sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir...” (E.T.: 01.08.2021, www.kazanci.com.tr); Yarg. 15. HD, 13.7.2020, 3306/2240; “Mahkemenin kabulünde de olduğu gibi gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda arsa payı devrini de içerdiğinden sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan TMK'nın 706, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 213, 2644 Sayılı Tapu Kanunu 26 ve 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılması zorunlu olup, resmi şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Ancak adi yazılı şekilde yapılmış olmakla birlikte bu sözleşmeye dayalı olarak tapuda pay devri yapılması ya da edimlerin büyük oranda tamamlanmış olması halinde şekil eksikliğini ileri sürmek TMK'nın 2. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılacağından, sözleşmenin geçersizliği iddia veya savunmasına değer verilmeyerek sözleşme geçerli kabul edilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerekecektir. Somut olayda sözleşme adi yazılı şekilde yapılmakla birlikte, arsa sahibi belediye tarafından davalı yükleniciye pay devri yapıldığı ve davalı yüklenicinin de kat irtifakı tesis ederek diğer davalıların bir kısmına bağımsız bölümleri satarak tapularını devrettiği anlaşılmaktadır...” (E.T.: 01.08.2021, www.kazanci.com.tr).

c. Sınırları

aa. Kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık (TBK m. 27)

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi, *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”* hükmünü içermektedir. Buna göre, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde sözleşme serbestisi gereği tarafların ceza koşulunu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe düzenleyebileceğinden çalışmamızda bahsedilmiştir⁴⁵⁴. İşte bu serbestinin sınırını TBK m. 27 oluşturmakta olup ahlaka ve kişilik haklarına aykırı nitelikteki ceza koşulu hükümleri geçersiz sayılacaktır⁴⁵⁵.

bb. Hakimin aşırı ceza koşuluna müdahalesi (TBK m. 182/3)

Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesi, *“Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir”* hükmünü içermektedir.

Görüleceği üzere, TBK m. 182/1 hükmü ile tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe kararlaştırabileceği hüküm altına alınmış olsa da⁴⁵⁶ aynı maddenin 3. fıkrası ile ceza koşulu kurumunun istismar edilmesi ve ceza koşulu borçlusunun ekonomik yönden sömürülmesi

⁴⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm I. A. 1.

⁴⁵⁵ D. ATEŞ, s. 62; DİRİCAN, s. 186; KARABAĞ BULUT, s. 191; KURT, s. 217; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 6.

⁴⁵⁶ BÜYÜKAY, s. 231; GÜLSEVEN, s. 56; KARABAĞ BULUT, s. 191; KARAKAŞ, s. 25; KOCAĞA, s. 321; KURŞAT, s. 432; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 22; OZANOĞLU, s. 106; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 431; YAĞCIOĞLU, s. 219.

önlenmek istenmiş, hakimin sözleşmeye müdahalesi mümkün kılınmıştır⁴⁵⁷. İşte ceza koşulunun sınırlarından bir diğerini aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen bu hüküm oluşturmaktadır⁴⁵⁸.

II. CEZA KOŞULUNUN TALEP EDİLMESİ

A. Ceza Koşulunun Talep Edilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

1. Yüklenicinin Yapıyı Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesi

İnşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için öncelikle ceza koşulunun bağlı bulunduğu bir asıl borcun varlığı ve bu asıl borcun da muaccel olması gerekmektedir⁴⁵⁹.

İnşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin asli borcu, yapıyı sözleşmeye uygun olarak inşa ve zamanında teslim etme borcudur⁴⁶⁰. Bu sebeptir ki, yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmemesi halinde ödeneceği kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için öncelikle geçerli bir inşaat sözleşmesi var olmalı, bu sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin de bu borcunu ihlal etmesi gerekmektedir.

İnşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun hangi borca aykırılık hali için kararlaştırıldığı da önem arz etmektedir. Örneğin; inşaat sözleşmesinde ceza koşulu, yalnızca yapının zamanında teslim edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa, yapı ayıplı teslim edilse dahi zamanında teslim edildiği için ceza koşulu istenemeyecektir⁴⁶¹. Bu durumda teslim borcunda temerrüt söz konusu olmayacak ve teslim borcunda temerrüt için kararlaştırılan ceza koşulu talep edilemeyecektir⁴⁶².

⁴⁵⁷ COŞKUN, s. 808; DİRİCAN, s. 186; GÜLSEVEN, s. 56; KOCAAĞA, s. 322-323; KURT, s. 216; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 105.

⁴⁵⁸ Aşırı ceza koşulunun indirilmesi çalışmamızın VI. Bölümünde incelenmiştir.

⁴⁵⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 164; AKSOY, s. 1007; ARICI, s. 33; BİLGE, s. 50; KOCAAĞA, s. 65,111; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 53; KURT, s. 218; OLGAC, s. 102; TEKELİOĞLU, s. 171; UÇAR, s. 20.

⁴⁶⁰ SEÇER, Covid, s. 164; TEKELİOĞLU, s. 171.

⁴⁶¹ KURT, s. 219-220; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 80; TANDOĞAN, s. 135; USLU, s. 117.

⁴⁶² Zira ayıplı ifa durumunda, borçlu temerrüdü değil; ayıba karşı tekeffül hükümleri devreye girecektir ÖZ, s. 149; TANDOĞAN, s. 131; Yarg. 15. HD, 15.03.2018, 4687/981; "...Dosya kapsamı ve hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporlarına göre davacının malzeme temin ve teslimlerini kararlaştırılan ve uzatılan süreler içerisinde yaptığı malzeme tesliminde gecikme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 27.7, 23.1.

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi için gerekli şartlar çalışmamızın Birinci Bölümünde açıklandığından⁴⁶³ burada tekrara düşmemek için Birinci Bölümde yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

2. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

a. Muacceliyet İçin Gerekli Şartlar

İş sahibi tarafından ceza koşulu alacağının talep edilebilmesi için yüklenicinin yapıyı zamanında teslim edememe ihtimali için iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun muaccel olması gerekmektedir. Ceza koşulunun muaccel olması için ise borçlunun yapıyı teslim borcunun muaccel olması, bu borcun yüklenici tarafından ihlal edilmesi ve yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir⁴⁶⁴. Aşağıda ceza koşulunun muaccel olması gerekli olan bu koşullar açıklanmaya çalışılacaktır.

aa. Yapıyı teslim borcunun muaccel olması

Ceza koşulunun muaccel olabilmesinin ilk şartı, yüklenicinin yapıyı teslim borcunun muaccel olmasıdır⁴⁶⁵. Yapıyı teslim borcu iş sahibinin yapının teslimini isteyebileceği ve gerekirse dava açabileceği anda muaccel olacaktır. Yapıyı teslim borcunun muaccel olacağı zaman ise “Teslim Borcunun İfa Zamanı” başlığı altında açıkladığımız üzere tarafların ifa zamanını sözleşmede belirlemiş olması, ifa zamanının muacceliyet ihbarı ile belirlenebilir kılınması veya TBK m. 90 uyarınca belirleneceği gibi farklı seçeneklere göre değişiklik gösterecektir. Konu ile ilgili açıklamalar “Teslim Borcunun İfa Zamanı” başlığı altında yapıldığından burada ayrıca bahsetmemeyi uygun görüyoruz⁴⁶⁶.

maddelerinde açıkça şayanı kabul bulunmayan malzeme ve süresinde teslim edilmeyen malzeme için sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart kararlaştırılmıştır. Ayrı bir teslim şekil, prosedür ve süresine tabi kılınan 20 Bota montajının teslimindeki gecikme ya da kabule şayan olmaması hali için kararlaştırılmış bir ceza bulunmamaktadır. Ayrıca ve açıkça kararlaştırılmadığından malzeme ile ilgili düzenlenen cezanın, montaj ve montajdaki gecikmeye uygulanması mümkün değildir” (E.T: 19.05.2021, www.kazanci.com.tr).

⁴⁶³ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1.

⁴⁶⁴ KOCAAĞA, s. 213; UÇAR, s. 53 vd.; USLU, s. 114.

⁴⁶⁵ ÇAKIROĞLU, s. 85; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 123; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 79; PEKTAŞ, s. 73; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 867.

⁴⁶⁶ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

bb. Yapının ifa zamanında teslim edilmemesi

Ceza koşulunun muaccel olabilmesinin ikinci şartı, ceza koşulunun teminat altına aldığı borcun ihlal edilmesidir⁴⁶⁷. Çalışma konumuz bakımından ceza koşulunun teminat altına aldığı borç, yüklenicinin yapıyı sözleşmeye uygun olarak meydana getirme ve zamanında teslim borcudur. O halde yüklenici, teslim zamanı gelmesine rağmen yapıyı tamamlayamaz veya tamamlamış olmakla birlikte teslim edemez ise temerrüt gerçekleşmiş olacak ve iş sahibinin ceza koşulu alacağı muaccel olacaktır⁴⁶⁸.

Kanun koyucu inşaat sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan TBK m. 473 hükmü ile henüz muaccel olmamış teslim borcunun ifa edilemeyeceğinin önceden anlaşıldığı durumlarda iş sahibine sözleşmeden “erken dönme” imkanı tanımaktadır⁴⁶⁹. Doktrinde bu hükmün teslim borcunda değil, yapının meydana getirilmesi borcunda temerrüdünü düzenleyen bir hüküm olduğunu savunan yazarlar⁴⁷⁰ olduğu gibi, muaccel olmamış bir borç için temerrüdün söz konusu olamayacağı bu nedenle ilgili hükmün temerrüt ile ilgisi olmayan özel bir dönme sebebi hükmü olduğunu ileri süren yazarlar⁴⁷¹ da bulunmaktadır. İlgili hükmü örnek üzerinden açıklamak gerekirse, yüklenicinin 15 Aralık 2015 tarihinde teslim etmesi gereken inşaatın yapımına Ekim 2015 itibarıyla halen başlamamış olması ihtimalinde iş sahibi, TBK m. 473/1 uyarınca sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda esasen ne teslim borcu ne ceza koşulu muaccel olmuştur. Konumuz bakımından önem arz eden husus ise teslim borcunun muaccel olmasından önce yerine getirilemeyeceğinin kesin şekilde anlaşıldığı bu gibi durumlarda henüz muaccel olmayan ceza koşulunun talep edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde⁴⁷², teslim borcunun ihlali henüz söz konusu değilken fer’i nitelikteki ceza koşulunun da talep edilemeyeceğini ve ceza koşulunun talep edilebilmesi için teslim tarihine kadar beklenilmesi gerektiği savunulmaktadır.

⁴⁶⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 53; KURT, s. 218; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 80; TEKELİOĞLU, s. 171; OLGAC, s. 101; YAĞCIOĞLU, s. 173.

⁴⁶⁸ ANTALYA, O. Gökhan, s. 478; AYAN, s. 168; BİLGETEKİN, s. 51; CANSER/ÖZEL, Genel, s. 293; EREN, s. 1098; İLKGELEN, s. 69; SEÇER, Covid, s. 164; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 480; YILDIZ, s. 76.

⁴⁶⁹ BAŞARAN, s. 1314; DAYINLARLI, s. 100; TANDOĞAN, s. 115; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

⁴⁷⁰ DAYINLARLI, s. 100; EREN, Özel, s. 639; KURT, s. 66; TANDOĞAN, s. 113; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

⁴⁷¹ KAHRAMAN, s. 431.

⁴⁷² KARAKAŞ, s. 69; KOCAĞA, s. 226; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 81; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 98; USTA, s. 145.

cc. Yüklenicinin kusurlu olması

Ceza koşulunun muaccel olabilmesinin üçüncü ve son şartı, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasıdır. Esasen ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun kusurlu olması gerekip gerekmediği kanunun bu konuda açık bir düzenleme getirmemiş olması nedeniyle tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüş⁴⁷³, ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusur aranmaması gerektiğini, başka bir deyişle borçlu kusursuz olsa dahi ceza koşulunun talep edilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar 180/2'den⁴⁷⁴ yola çıkmaktadır. Yazarlar bu düzenlemeden ceza koşulunu aşan zararın varlığı için borçlunun kusurlu olmasının arandığını dolayısıyla ceza koşulunun kendisi için borçlunun kusurlu olmasının aranmadığı sonucunu çıkarmaktadırlar⁴⁷⁵. Diğer görüş ise⁴⁷⁶, ceza koşulunun ancak ve ancak borçlunun kusurlu olması halinde gündeme geleceğini belirtmektedir. Bu görüş, ceza koşulu için borçlunun kusurlu olması aranmaz ise ceza koşulunun ana amacı olan gereği gibi ifaya zorlama amacının göz ardı edileceğini savunmaktadır. Zira borçlu, gerekli tüm özeni göstermesine rağmen ceza koşulu ödemeye mahkum olacaksa kendisini borcu gereği gibi ifa etmek için zorlamayacaktır. Yargıtay'ın da verdiği kararlarda ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiği şeklindeki görüşü benimsediği görülmektedir⁴⁷⁷.

⁴⁷³ AKSOY, s. 1013; AYDEMİR, s. 538; BİRİNCİ UZUN, s. 150; BÜYÜKAY, s. 230; CANSER/ÖZEL, s. 729, ancak yazarlar aynı makalede “Nasıl ki kusuru olmadan suç işlemiş biri cezalandırılmıyorsa gecikmede kusuru bulunmayan yüklenici de ceza koşulu ödemeye mahkum edilmemelidir” diyerek ceza koşulunun ancak yüklenicinin kusurlu olması halinde talep edilebileceğini belirtmiş ve çelişkili görüş bildirmiştir s. 720; EREN, s. 1187; GÜLSEVEN, s. 50; C. GÜNAY, s. 634; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 118; UÇAR, s. 54.

⁴⁷⁴ TBK m. 180/2; “Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez”.

⁴⁷⁵ Diğer gerekçeler için bkz. AKSOY, s. 1000-1001.

⁴⁷⁶ ARICI, s. 3; Z. ATEŞ, s. 33-34; AYAN, s. 199; BİLGE, s. 107-108; BİRİNCİ UZUN, s. 149; COŞKUN, s. 790; ÇAKIROĞLU, s. 93; DİRİCAN, s. 35; DUMAN, İnşaat, s. 734; EKİNCİ, s. 278; GÜNDOĞDU, s. 323; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59,65; KAHRAMAN, Garanti, s. 71; KURŞAT, s. 425; KURT, s. 223-224; OLGAC, s. 109; OZANOĞLU, s. 99; ÖZ, s. 157; ŞAHİN, s. 327; TANDOĞAN, s. 135; TEKELİOĞLU, s. 173; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359-360; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 100; UÇAR, s. 21; USLU, s. 120; USTA, s. 147; YAĞCIOĞLU, s. 96; Bu noktada yüklenicinin kastı veya ihmalden dolayı temerrüde düşmüş olması önemli olmayacak, her iki ihtimalde de ceza koşulu ödemekle yükümlü olacaktır YAKUPPUR, s. 105-106; YILDIZ, s. 128.

⁴⁷⁷ Yarg. 15. HD, 1.11.2018, 2642/4205; “Cezai şart, sözleşme hükümlerine aykırı davranılması halinde, aykırı davranan tarafın, ana sözleşmede yer alan bir ceza hükmü veya bağımsız bir ceza sözleşmesiyle diğer tarafa ödemeyi üstlendiği fer'i nitelikte bir edim borcudur. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için borçlunun kusurlu bulunması gerekir...”; Yarg. 15. HD, 20.6.2018, 818/2582, Yarg. 15. HD, 10.7.2019, 4895/3282 sayılı kararlar (E.T: 22.08.2021, www.kazanci.com)

Biz de aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça iş sahibinin ceza koşulu talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiğini savunan ikinci görüşe katılmaktayız. Zira ceza koşulu her ne kadar bir tazminat türü olmasa ve tazminata kıyasla alacaklıya zararını elde etme hususunda bir avantaj sağlasa da bu avantaj, karşı taraftan kusursuz dahi olsa bir bedel elde edebilmek değildir. Yapıyı kusuru olmaksızın zamanında teslim edemeyen yüklenicinin, iş sahibinin mevcut zararından bile fazla bir bedeli ödemekle cezalandırılmasının adil görünmediği ve kusursuz olan yükleniciden ceza koşulunun talep edilememesi gerektiği kanaatindeyiz. Görüşümüz bu yönde olduğundan yüklenicinin kusurlu olmasını çalışmamızda ceza koşulunun muaccel olabilmesinin üçüncü şartı olarak incelemeyi uygun gördük.

Bilindiği üzere, TBK m. 112 hükmü gereği borcuna aykırı davranan borçlunun kusurluluğu karine olarak kabul etmektedir. Yüklenicinin teslimde temerrüdü için kararlaştırılan ceza koşulu bakımından da yüklenicinin kusurlu olduğu karinesi geçerli olacaktır. Bu nedenle yüklenicinin, TBK m. 112 gereğince temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlaması gerekecektir. Başka bir deyişle iş sahibi ceza koşulunu talep edebilmek için yüklenicinin kusurunu ispatla yükümlü olmayacak, yüklenicinin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekecektir⁴⁷⁸. Ancak tarafların yüklenici temerrüde düşmede kusursuz dahi olsa ceza koşulunun talep edilebileceği hususunda anlaşmaları mümkündür⁴⁷⁹. Bunun dışında kanunun borçluyu kusur aramaksızın sorumlu tuttuğu -TBK m. 116 adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi- hallerde de ceza koşulunun talep edilebilmesi yüklenicinin kusuruna bağlı olmayacaktır⁴⁸⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yapıyı teslim borcunun teslim zamanında ifa edilmemesinde yüklenicinin kusuru bulunuyorsa yüklenicinin kusur derecesi ceza koşulunun talep edilebilmesi noktasında önem arz etmeyecektir. Başka bir ifade ile yüklenicinin yapıyı zamanında teslim edememesi hafif ihmeline dayanıyor olsa dahi iş sahibi ceza koşulu talep edebilecektir⁴⁸¹. Yüklenicinin kusurunun kast, ağır ihmal veya hafif ihmal olması bu noktada bir önem arz etmeyecekse de hakimin aşırı ceza koşulunun indirilmesi noktasında önem

⁴⁷⁸ DİRİCAN, s. 35; USTA, s. 150; YAĞCIOĞLU, s. 181.

⁴⁷⁹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 60.

⁴⁸⁰ EREN, s. 1187; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 545; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 59; KARAKAŞ, s. 61.

⁴⁸¹ ÇAKIROĞLU, s. 94; DİRİCAN, s. 34; EKİNCİ, s. 278; GÜLSEVEN, s. 50; KARAKAŞ, s. 62.

kazanacaktır⁴⁸². Konu ile ilgili açıklamalar “Aşırı Ceza Koşulu Kavramı” başlığı altında yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz⁴⁸³.

b. Muacceliyet Anı

Ceza koşulu alacağının muaccel olduktan sonra esas alacağa olan bağımlılığının sona ereceğinden ve ceza koşulunun bağımsız bir alacak niteliği kazanacağından yukarıda bahsedilmişti⁴⁸⁴. Çalışmamızın bu bölümünde ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağı eş deyişle hangi andan itibaren talep edilebileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

Ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağının tespiti için öncelikle sözleşmeye bakmak gerekmektedir⁴⁸⁵. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı teslim borcunda gecikmesine bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu zamanında ifa etmediği anda muaccel olacaktır⁴⁸⁶.

Uygulamada çoğunlukla inşaat sözleşmelerinde teslim zamanı sözleşmede kararlaştırıldığı için yüklenici kararlaştırılan sürenin sonunda ihtar gerek olmaksızın temerrüde düşecektir. Ancak ifa zamanının sözleşmede belirlenmediği veya iş sahibinden kaynaklı sebeplerle sözleşme süresinin uzaması nedeniyle belirli vadenin sonradan belirsiz vadeye dönüşeceği bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ihtar ile temerrüde düşürülmesi gerekecektir⁴⁸⁷.

Yapıyı teslim borcunun ne zaman ifa edileceğinin kararlaştırılmadığı bir inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun muaccel olması için yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşürülmesi başka bir deyişle iş sahibi tarafından temerrüt ihtarında bulunulması gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁴⁸⁸, ceza koşulunun muaccel olması için asıl borcun muaccel olmasının yeterli olduğunu, yüklenicinin temerrüde düşürülmesinin başka bir deyişle iş sahibinin temerrüt ihtarında bulunmasının gerekli

⁴⁸² ÇAKIROĞLU, s. 95; DİRİCAN, s. 35; KARAKAŞ, s. 62; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 544.

⁴⁸³ Bkz. İkinci Bölüm VI. B.

⁴⁸⁴ Bkz. İkinci Bölüm I. A. 4. a.

⁴⁸⁵ BİLGE, s. 87; KOCAAĞA, s. 214; TEKELİOĞLU, s. 173.

⁴⁸⁶ KURT, s. 227; SEÇER, s. 203; TANDOĞAN, s. 135; TEKELİOĞLU, s. 173.

⁴⁸⁷ Bkz. Birinci Bölüm I. B. 1. d.

⁴⁸⁸ BİLGE, s. 89; CANSEL /ÖZEL, s. 729; EKİNCİ, s. 276; GÖKYAYLA, s. 199; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 130; OLGAÇ, s. 108; OZANOĞLU, s. 99; PEKTAŞ, s. 75; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 95; USLU, s. 109; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 485.

olmadığını belirtmektedir. Diğer görüş ise⁴⁸⁹, ceza koşulunun muaccel olması için yapıyı teslim borcunun muaccel olmasının yeterli olmadığını, yüklenicinin ihtar ile temerrüde düşürülmesi gerektiğini savunmaktadır.

Ancak inşaat sözleşmelerinde ifa zamanının belirli olmamasına çok nadiren rastlandığından çoğu inşaat sözleşmesinde ceza koşulunun belirli vadenin geçmesi ve dolayısıyla teslim borcunun muaccel olması ile eş zamanlı olarak muaccel olacağı söylenebilecektir. Ancak, nadiren de olsa belirli vadenin kararlaştırılmadığı veya belirli vade kararlaştırılmış olmakla birlikte iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle sözleşme süresinin uzaması ve böylelikle belirli vadenin belirsiz vadeye dönüştüğü sözleşmelerde yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihin tespiti önem arz edecektir⁴⁹⁰.

Yüklenicinin ceza koşulu borcunun ne zaman muaccel olacağını açıkladıktan sonra yüklenicinin ceza koşulu edimini ifa etmediği takdirde muaccel olan ceza koşulu ödeme borcunda ne zaman temerrüde düşeceğinin de açıklanmasını gerektiğini düşünüyoruz. Bu konuda da iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş⁴⁹¹, hem yapıyı teslim borcu hem ceza koşulu borcu için iki ayrı ihtarın gerekmediğini, borçluyu asıl borcun ifasında temerrüde düşürmek için yapılacak temerrüt ihtar birlikte ceza koşulu borcu için de yüklenicinin temerrüde düşürülmüş olacağını savunmaktadır. Diğer bir görüş⁴⁹² ise her iki borç için de ayrı ayrı temerrüt ihtarında bulunulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tartışmanın pratik önemi ise şudur: İlk görüş kabul edildiği takdirde ceza koşuluna işleyecek olan temerrüt faizi yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşürüldüğü tarihten, ikinci görüş kabul edildiği takdirde ise ceza koşulu borcu için temerrüde düşürüldüğü yani ceza koşulu borcu için gönderilen temerrüt ihtarının yükleniciye ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁴⁹³.

Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere ceza koşulu alacağı muaccel olduktan sonra esas alacakla olan bağılılığı kopacak ve artık bağımsız bir alacak niteliği kazanacaktır. Yükleniciyi yapıyı teslim borcunda temerrüde düşürmek için yapılacak temerrüt ihtar birlikte yüklenicinin ceza koşulu borcu için de temerrüde düşmüş olacağını savunan ilk görüş kabul

⁴⁸⁹ EKİNCİ, s. 272; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 105; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 63; KARAKAŞ, s. 68; KURT, s. 222-223; SEÇER, s. 275.

⁴⁹⁰ KURT, s. 222; OZANOĞLU, s. 75.

⁴⁹¹ AYAN, s. 200.

⁴⁹² KURT, s. 227.

⁴⁹³ EKİNCİ, s. 276; KURT, s. 228.

edilirse, yapıyı teslim borcunda temerrüde düşülen tarih ile ceza koşulu borcu için temerrüde düşülen tarih aynı olacaktır. Bu durumun kabulü ise ceza koşulu alacağının muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak kazanması niteliğine aykırı düşecektir. Bu nedenle bağımsız bir borç haline gelen ceza koşulu alacağı için de iş sahibinin ayrı bir ihtarla yükleniciyi temerrüde düşürmesi gerektiği yönündeki ikinci görüşe katılmaktayız.

Çalışmamızın “Teslimde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması” başlığı altında açıklamaya çalıştığımız üzere iş sahibinin risk alanında doğan bazı sebepler yapının zamanında teslim edilememesine ve teslim süresinin yüklenici lehine haklı olarak uzamasına sebebiyet vermektedir. Risk alanı kavramı ve sözleşmenin uzamasına sebep olacak hususlardan çalışmamızda bahsedildiğinden⁴⁹⁴ tekrara düşmemek adına bu kadar değinmekle yetineceğiz.

Taraflar teslim süresinin ne kadar uzayacağını sözleşmede veya gecikme meydana geldikten sonra kararlaştırmış olabilirler. Sözleşmede böyle bir hüküm var ise sözleşme süresi, sözleşmede belirlenen süre kadar kendiliğinden uzayacaktır⁴⁹⁵. Sürenin ne kadar uzayacağı noktasında taraflar bir anlaşmaya varamamış ise bu boşluk hakim tarafından tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulacaktır. Buna göre, teslim süresinin yüklenicinin çalışmasının kesintiye uğraması nedeniyle yerine getiremediği işleri yapabilmesi için gerekli olan makul süre kadar uzamasına hükmedilecektir⁴⁹⁶. Yüklenicinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı kural olarak sözleşme süresi uzamayacaktır, bu gecikmeye yüklenici katlanmak zorunda kalacaktır. İş sahibinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı ise sözleşme süresi kendiliğinden uzayacaktır⁴⁹⁷. O halde yapıyı teslim borcunun muacceliyet tarihi değişeceğinden ceza koşulunun muacceliyet tarihi de değişmiş olacaktır. Bu sebepler ilgili bölümde açıklandığından tekrara düşmemek adına burada ayrıca bahsetmemeyi; yalnızca yüklenicinin inşaatı teslimde gecikmesinin haklı bir nedene dayanacağı bu hallerde, teslim borcunda temerrüdün söz konusu olmayacağını ve dolayısıyla ceza koşulunun da

⁴⁹⁴ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 2.

⁴⁹⁵ **ARPACI**, s. 269; Sürenin uzamasından bahsedebilmek için inşaat süresinin başlamış olması gerektiği, aksi halde sürenin uzaması değil inşaat süresinin başlama tarihinin ertelenmesi söz konusu olacaktır **EKEN**, s. 63; **ERGİN**, s. 47; Bu durumda sözleşme süresi sözleşmede belirlenen süre kadar kendiliğinden uzayacaktır **KURT**, Süre, s. 159; **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 507.

⁴⁹⁶ **EKEN**, s. 80; **KURT**, Süre, s. 165; **SEÇER**, Teslim Borcu, s. 507.

⁴⁹⁷ **GÜMÜŞ**, s. 36; **KURT**, Süre, s. 165; **TEKELİOĞLU**, s. 174.

muaccel olmayacağını belirtmekle yetiniyoruz⁴⁹⁸. Bu durumda teslim tarihinin, muacceliyet tarihi niteliğini kaybedeceği ve aksine anlaşma olmadığı takdirde⁴⁹⁹ teslim tarihinin, gecikme süresi kadar uzayacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁰. İşte vadenin gecikme süresi kadar uzaması sonucu oluşan bu yeni vadenin bitiminde de yüklenici tarafından yapının teslim edilmemesi durumunda ceza koşulu muaccel olacaktır. Ancak bu durumda başlangıçta belirli olan vade artık belirsiz vadeye dönüşmüş olacağından iş sahibinin ceza koşulu alacağını talep edebilmesi için yükleniciye ihtarda bulunması gerekeceğini bir kez daha hatırlatmak isteriz⁵⁰¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki ceza koşulunun tabi olduğu zamanaşımı, ceza koşulunun muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıl, yüklenicinin gecikmede ağır kusurlu olması halinde ise 10 yıldır (TBK m. 147/6)⁵⁰².

III. SÖZLEŞMEDE YER ALAN CEZA KOŞULU TÜRÜNÜN BELİRLENMESİ

A. Ceza Koşulu Türleri

Ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası olmak üzere üç türü bulunmaktadır (TBK m. 179). Bu kavramlar farklı şekillerde adlandırılmış olsa da⁵⁰³ biz çalışmamızda seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulu kavramlarını kullanmayı tercih ettik. Bunun yanı sıra bizim de katıldığımız doktrinde çoğunluk görüşü⁵⁰⁴, dönme cezasını gerçek anlamda bir ceza koşulu türü olarak kabul etmemekte, ceza koşulu ile

⁴⁹⁸ TBK m. 112 gereği, yüklenicinin gecikmenin kendisinden kaynaklanmadığını ispatlaması gerekecektir **DİRİCAN**, s. 103; **EKEN**, s. 62; **GÖKYAYLA**, s. 198; **OZANOĞLU**, s. 100; **SEÇER**, s. 147; **TEKELİOĞLU**, s. 173.

⁴⁹⁹ Burada aksine anlaşma ile kastedilen; tarafların bu hallerin sözleşme süresini uzatmayacağını sözleşmede kararlaştırmış olmalarıdır.

⁵⁰⁰ **BÜYÜKAY**, s. 222; **GÖKYAYLA**, s. 198; **KURT**, s. 106; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 125; **OZANOĞLU**, s. 46; Ancak önemle belirtmek gerekir ki, iş sahibinin arsayı gerekli şekilde teslim etmemiş olması yüklenicinin işe zamanında başlamasına veya devam etmesine engel olacak nitelikte değilse yüklenicinin gecikmesi haklı nedene dayanmış olmayacaktır **ÖZ**, s. 150; **PEKTAŞ**, s. 91; **TANDOĞAN**, s. 131; **USLU**, s. 111; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 485.

⁵⁰¹ **DİRİCAN**, s. 104; **TEKELİOĞLU**, s. 174.

⁵⁰² **KURT**, s. 226; **OLGAÇ**, s. 108.

⁵⁰³ Bazı yazarlar, seçimlik ceza koşulunu ifa yerine talep edilebilen ceza koşulu; ifaya eklenen ceza koşulunu ise ifayla birlikte talep edilen ceza koşulu olarak adlandırmıştır bkz. **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 48 ve **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 538; **ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, ifaya eklenen ceza koşuluna gecikme cezası demektir, s. 333.

⁵⁰⁴ **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 375; **ÇAKIROĞLU**, s. 87; **DİRİCAN**, s. 31; **EKİNCİ**, s. 222; **EREN**, s. 1186; **GÜLSEVEN**, s. 42; **C. GÜNAY**, s. 641; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 85; **KAPANCI**, s. 663; **KOCAAĞA**, s. 144; **KURT**, s. 218; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt -2, s. 538; **TEKELİOĞLU**, s. 170; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 429; **USLU**, s. 76; **USTA**, s. 131; **YAĞCIOĞLU**, s. 75.

bazı yönlerden benzer olması nedeniyle kanunda ceza koşuluna ilişkin hükümler arasında düzenleme altına alındığını belirtmektedir⁵⁰⁵.

Çalışmamızın konusunun teslim borcunda temerrüde ilişkin ceza koşulu olması ve dönme cezasının gerçek anlamda bir ceza koşulu olmaması sebebiyle çalışmamızda yalnızca seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşulunun incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Seçimlik Ceza Koşulu

Seçimlik ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu’nun 179/1 hükmünde düzenlenmiş olup söz konusu hüküm; *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”* düzenlemesini içermektedir.

Madde hükmünde geçen *“ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”* ibaresinden anlaşılabacağı üzere seçimlik ceza koşulu, asıl borcun ifası ile birlikte istenebilen bir ceza koşulu türü olmayıp asıl borcun yerine istenebilen ceza koşulu türüdür. Başka bir deyişle, seçimlik ceza koşulu ancak ve ancak asıl borcun ifasından vazgeçilmek suretiyle talep edilebilmektedir⁵⁰⁶.

Kural bu olmakla birlikte madde hükmünde geçen *“aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça”* ibaresi de tarafların aksi yönde anlaşma yapabileceklerini ifade etmektedir⁵⁰⁷. Örneğin; taraflar sözleşme metnine *“yapının zamanında teslim edilmemesi halinde ayrıca 50.000 TL ödenecektir veya yapının zamanında teslim edilmemesi halinde gecikilen her ay için 10.000 TL ödenecektir”* şeklinde bir hüküm eklemişlerse iş sahibi hem yapının teslimini hem ceza koşulunu talep edebilecektir. Bu durumda bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz ifaya eklenen ceza koşulu söz konusu olacaktır.

⁵⁰⁵ AKKAYAN YILDIRIM, s. 375; KARAKAŞ, s. 47; KOCAAĞA, s. 154; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt -2, s. 542.

⁵⁰⁶ AYDEMİR, s. 379; CANSEL/ÖZEL, s. 723; EREN, s. 1184; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 185; GÜLSEVEN, s. 40; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 78; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 48; KAPANCI, s. 670; KOCAAĞA, s. 133; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 538; TEKELİOĞLU, s. 168; UÇAR, s. 17; USLU, s. 65; UYGUR, Cilt 4, s. 4347.

⁵⁰⁷ EKİNCİ, s. 132; EREN, s. 1184; GÜLSEVEN, s. 40; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 49; KARAKAŞ, s. 37; TEKELİOĞLU, s. 168, USLU, s. 69.

Kanun'un 179. maddesi, seçimlik ceza koşulunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında söz konusu olacağını düzenlemektedir. Buna göre, borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşen borç ihlalleri için alacaklı kural olarak ya borcun ifasını ya da cezayı isteyebilecektir⁵⁰⁸.

Bu noktada incelenmesi gereken husus, borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşen borç ihlallerinden ne anlaşılması gerektiğidir. *Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi* haline ayıplı ifa örneği verilebilecektir⁵⁰⁹. Ancak çalışma konumuz dışında olduğundan burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

Borcun hiç ifa edilmemesi ise iki şekilde karşımıza çıkabilecektir⁵¹⁰. Borcun hiç ifa edilmemesi hallerinden ilki, kusurlu ifa imkansızlığı başka bir deyişle yüklenicinin yapıyı teslim borcunu kendi kusuru ile imkansızlaştırması halidir⁵¹¹. Kusurlu ifa imkansızlığına örnek olarak yüklenicinin hiçbir şekilde ruhsat alınamayacak bir arsaya inşaat yapmış olması verilebilir. İmkansızlık borçlu yüklenicinin kusuru ile meydana gelmiş ise kararlaştırılmış olan ceza koşulu her zaman talep edilebilecekken, imkansızlık borçlu yüklenicinin kusuru ile meydana gelmemişse ancak taraflarca sözleşmede kusursuz imkansızlık halinde dahi ceza koşulu istenebileceği kararlaştırılmış ise talep edilebilecektir⁵¹².

Borcun hiç ifa edilmemesi hallerinden ikincisi ise teslimin kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesidir⁵¹³. İfanın zamanında yerine getirilmemesi halinde ifa hala mümkündür, ifanın sonradan yerine getirilmesi halinde temerrüt söz konusu olacaktır⁵¹⁴. Bizim çalışma konumuz yüklenicinin teslim borcunda temerrüdüne ilişkin ceza koşulu olduğundan

⁵⁰⁸ AKKAYAN YILDIRIM, s. 372; COŞKUN, s. 793; EKİNCİ, s. 128; PEKTAŞ, s. 59.

⁵⁰⁹ AYDINCIK, s. 28; DİRİCAN, s. 107.

⁵¹⁰ AYDINCIK, s. 28; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 54.

⁵¹¹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 54; KURT, İmkansızlık, s. 178 vd.; PEKTAŞ, s. 81.

⁵¹² CANSEL/ÖZEL, s. 724; EREN, s. 1187; GÜLSEVEN, s. 50; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 54; KOCAAĞA, s. 80; Örneğin, idarece inşaat yasağı getirilmesi durumunda sonradan ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle borç ve buna bağlı ceza koşulu sona ereceğinden, alacaklı sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça ceza koşulunu talep edemeyecektir KURT, s. 219.

⁵¹³ DEMİR, s. 51; GÜNDOĞDU, s. 56; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 54; KOCAAĞA, s. 219; PEKTAŞ, s. 81.

⁵¹⁴ Borcun zamanında ifa edilmemesi halinde borçlunun sonradan borcu ifa etmesi halinde dahi gereği gibi ifadan söz edilemeyeceği ve hatta borcun zamanında ifa edilmesinin büyük önem taşıdığı sözleşmelerde borcun zamanında ifa edilmemesi halinde tam imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde GÜNDOĞDU, s. 48; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 54; KOCAAĞA, s. 220; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 538; OZANOĞLU, s.

çalışmamız bakımından ceza koşulunun teminat altına aldığı borç yüklenicinin yapıyı zamanında teslim borcu, borcun ihlali ise yapının zamanında teslim edilmemesidir.

Seçimlik ceza koşulu kararlaştırılan bir inşaat sözleşmesinde yapıyı teslim borcunun yüklenicinin kusuru ile imkansızlaşması halinde ne olacağı tartışmalıdır. Bu durumda iş sahibinin, teslim borcunun imkansızlaşması nedeniyle yapının teslimini talep edemeyeceği ortadadır. Doktrinde böyle bir durumda alacaklının ya tazminat talebinde ya da -şayet kararlaştırılmışsa- ceza koşulu talebinde bulunabileceği ileri sürülmektedir⁵¹⁵. Ancak böyle bir durumda iş sahibinin ceza koşulu yönünde seçim yapması menfaatine uygun olacaktır. Zira ceza koşulunu seçmesi durumunda ceza koşulu miktarına kadar olan kısım bakımından zararı ispat külfetinden kurtulacak, yalnızca aşan kısım bakımından zararı ispat etmekle yükümlü olacaktır⁵¹⁶. Konu ile ilgili açıklamalar çalışmamızın ileriki bölümlerinde ele alınacağından burada bu kadar bahsetmekle yetineceğiz⁵¹⁷.

TBK m. 179/1 hükmünün emredici bir hüküm olmadığı bu nedenle sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri için tarafların hem ceza koşulunun hem ifanın talep edilebileceğini eş deyişle aşağıda incelemeye çalışacağımız ifaya eklenen ceza koşulunu kararlaştırabilecekleri unutulmamalıdır⁵¹⁸.

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmesini sağlamak için en çok kararlaştırılan ceza koşulu türü ifaya eklenen ceza koşuludur. Zira yüklenici inşaatı zamanında teslim edememekle birlikte yapının inşasına başlamış bulunuyorsa iş sahibi genellikle inşaatın yapımından vazgeçme niyetinde olmayacak, inşaatın tamamlanmasını ve kendisine teslimini bekleyecektir. Bu nedenle yukarıda açıklamaya çalıştığımız seçimlik ceza koşulu yerine bu tür bir ceza koşulu kararlaştırılması iş sahibinin menfaatine olacaktır.

⁵¹⁵ AKSOY, s.1001; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 79; GÜNDOĞDU, s. 323; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 49; KOCAĞA, s. 133-134; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 538; OZANOĞLU, s. 88.

⁵¹⁶ CANSEL/ÖZEL, s. 716; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 49.

⁵¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm V. B. 4.

⁵¹⁸ ÇAKIROĞLU, s. 87; DİRİCAN, s. 106; EREN, s. 1184; GÜLSEVEN, s. 41; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 84; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 48-49; KAPANCI, s. 664; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 25; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 538; TEKELİOĞLU, s. 168; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 874; TUTAR, s. 33.

Türk Borçlar Kanunu’nun 179/2 hükmü, “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir*” düzenlemesini içermektedir. Madde hükmünde görüleceği üzere ifaya eklenen ceza koşulu kural olarak borcun zamanında veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesi ihtimali için kararlaştırılmaktadır⁵¹⁹. O halde 179/2 hükmü ile kanunun, borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi şeklinde gerçekleşen borca aykırılıklar için kararlaştırılan ceza koşulunun ifaya eklenen ceza koşulu olduğuna ilişkin bir karine koyduğu söylenebilecektir⁵²⁰.

Örneğin sözleşmede yer alan “yüklenici sözleşmede belirlenen tarihte inşaatı teslim etmezse gecikilen her gün için iş sahibine 1000 TL ödeyecektir” şeklindeki hükmün varlığı halinde iş sahibi hem inşaatın tamamlanmasını hem de inşaat tamamlanıp kendisine teslim edilene kadarki süre boyunca hak kazanacağını ceza koşulunu isteyebilecektir⁵²¹. Örnekte görüldüğü üzere ifaya eklenen ceza koşulu özellikle gecikmiş ifalarda gündeme gelmektedir⁵²². Bu nedenle işleyecek ifaya eklenen ceza koşulu meblağını tespit edebilmek için “gecikmiş ifa”, “gecikilen gün”, “gecikilen hafta”, “gecikilen ay” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Gecikmiş ifa kavramından çalışmamızın “Gecikmeden Doğan Zararlar” başlığı altında bahsedilmiş olsa da burada konunun önemine binaen bir kez daha yinelemeyi uygun görüyoruz. Gecikmiş ifa, yüklenicinin temerrüde düştükten sonra ifada bulunmasıdır. Vadesi belirli veya belirlenebilir bir inşaat sözleşmesinde vadenin gelmesi ile yüklenici kendiliğinden temerrüde düşecektir. Dolayısıyla vadeden sonra gerçekleştirilecek ifa gecikmiş ifa olacak ve iş sahibi vade ile inşaatın gecikerek de olsa tamamlanıp teslim edildiği tarihler arasında işleyecek olan ifaya eklenen ceza koşuluna hak kazanacaktır⁵²³. Ancak temerrüt için ihtarın

⁵¹⁹ AKKAYAN YILDIRIM, s. 373; AYDEMİR, s. 380; DİRİCAN, s. 30; EREN, s. 1185; GÜLSEVEN, s. 41; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 83; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 52; KOCAAĞA, s. 137; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 22; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 540; OZANOĞLU, s. 86; TEKELİOĞLU, s. 169; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 429; UÇAR, s. 56; USLU, s. 128; USTA, s. 117.

⁵²⁰ DİRİCAN, s. 64; KOCAAĞA, s. 138; KURT, s. 218; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 25; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 46; TUTAR, s. 33.

⁵²¹ DİRİCAN, s. 63; EKİNCİ, s. 177; GÜLSEVEN, s. 41; KOCAAĞA, s. 137; KURT, s. 218; OLGAÇ, s. 103; OZANOĞLU, s. 85; ÖZ, s. 156; TEKELİOĞLU, s. 169; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 863.

⁵²² AKKAYAN YILDIRIM, s. 373; DİRİCAN, s. 64; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 24; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 540; USLU, s. 129; USTA, s. 117.

⁵²³ AYDEMİR, s. 381; İnşaat sözleşmelerinde teslim, yüklenicinin iş sahibine yönelttiği teslim bildirimi ile gerçekleşir. Yüklenici inşaatı tamamladığını iş sahibine bildirerek arsadan çekildiği anda cezanın işlemesi de son bulur BÜYÜKAY, s. 73; KURT, s. 223; OLGAÇ, s. 108.

gerekli olduğu hallerde yüklenici, teslim borcunun muaccel olması ile iş sahibi tarafından gönderilecek temerrüt ihtarı ile kendisinin temerrüde düşürülmesi arasında ifada bulunursa bu gecikmiş ifa olmayacaktır. Dolayısıyla iş sahibi bu dönem için ifaya eklenen ceza koşuluna hak kazanamayacaktır⁵²⁴. Ancak iş sahibi ek süre verme zorunluluğu olmamasına rağmen temerrüde düşen yükleniciye ek süre vermişse temerrüt bu ek süre boyunca da devam edecek ve dolayısıyla bu dönem için de ifaya eklenen ceza koşulu talep etmeye hak kazanacaktır⁵²⁵.

İfaya eklenen ceza koşulu, yüklenicinin yapıyı teslim etmekte gecikmesi halinde belli ve toplu bir para⁵²⁶ veya gecikilen süreye bağlı olarak artacak bir miktar para⁵²⁷ olarak belirlenebilmektedir. İfaya eklenen ceza koşulunun, belli ve toplu bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırıldığı hallerde teslimin zamanında gerçekleşmemesi halinde iş sahibi yapının kendisine teslimi ile birlikte bu cezanın da ödenmesini talep edilebilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere uygulamada ifaya eklenen ceza koşulunun gecikilen süreye bağlı olarak artacak şekilde belirlenmesine daha çok rastlanmaktadır. Bu durumda ceza koşulu her gecikmede dönemsel olarak muaccel olacaktır⁵²⁸.

İfaya eklenen ceza koşulu muaccel olunca yüklenicinin teslim borcunun ifası sonradan imkansızlaşsa dahi iş sahibi ceza koşulu isteme hakkını kaybetmeyecektir⁵²⁹. Bu durumda iş sahibi hem ceza koşulunu hem de ceza koşulu ile karşılanmayan zararlarını -aşan zararlarını- isteyebilecektir⁵³⁰.

Seçimlik ceza koşulu ve ifaya eklenen ceza koşuluna ilişkin yaptığımız açıklamaları özetlemek gerekir ise, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimali için kararlaştırılan ceza koşulu türü aksine bir anlaşma olmadıkça seçimlik ceza koşuludur. Buna göre alacaklı iş sahibi ya teslim borcunun ifasını ya da ifa yerine ceza koşulunun ödenmesini isteyebilecektir. Borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ödenmemesi ihtimali için kararlaştırılan ceza koşulu türü ise aksi belirtilmedikçe ifaya eklenen ceza koşuludur. Buna göre alacaklı iş sahibi hem

⁵²⁴ KAHVECİ, s. 103; YAKUPPUR, s. 99.

⁵²⁵ DEMİR, s. 88; SELİMOĞLU, s. 289; ŞAHİN, s. 262; aksi görüşte TANDOĞAN alacaklının borçluya ek süre vermesinin temerrüdü sona erdirdiğini, dolayısıyla belirlenen bu ek süre içerisinde temerrüdün sonuçlarının doğmayacağını savunmaktadır TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 481.

⁵²⁶ Örneğin, yapıyı zamanında teslim edemeyen yüklenicinin 50.000 TL ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılması gibi.

⁵²⁷ Örneğin, yapıyı teslimde geciken yüklenicinin gecikilen her ay için 10.000 TL ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılması gibi.

⁵²⁸ DİRİCAN, s. 84.

⁵²⁹ KARAKAŞ, s. 43; KOCAĞA, s. 80; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 541.

⁵³⁰ Bkz. İkinci Bölüm V. B. 4.

teslim borcunun ifasını hem de ceza koşulunun ödenmesini talep edebilecektir. Ancak, TBK m. 179 hükmü emredici değildir. Bu nedenle, taraflar hükmün aksine düzenleme yaparak kararlaştırılan yerde veya zamanında ifa etmeme durumu için seçimlik ceza koşulu kararlaştırılabileceği gibi diğer borca aykırılıklar için de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilecektir⁵³¹.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki, tarafların aynı sözleşmede farklı borca aykırılıklar için hem seçimlik ceza koşulu hem de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırmaları mümkündür⁵³². Örneğin, yüklenicinin yapıyı kararlaştırılan zamanda teslim etmemesi halinde her ay işleyecek 1000 TL, yapının ayıplı teslim edilmesi halinde ifa yerine ödenecek 30.000 TL ceza koşulu kararlaştırılmış olsun. Bu durumda aynı sözleşmede hem ifaya eklenen ceza koşulu hem de seçimlik ceza koşulu kararlaştırılmış olacaktır. Ancak, ifaya eklenen ceza koşulu ifa ile birlikte, seçimlik ceza koşulu ise ifanın yerine talep edilebilen ceza koşulu türü olduğundan iki tür ceza koşulunun bir arada istenebilmesi mümkün olmayacaktır⁵³³.

B. Ceza Koşulu Türünün Belirlenmesi

1. Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun ceza koşuluna ilişkin 179. madde hükmü emredici nitelikte olmadığından tarafların aksine düzenlemeler yapabilmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle, ifanın belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen ceza koşulu, diğer borca aykırılık hallerinde seçimlik ceza koşulu kararlaştırılmıştır gibi kesin ve net bir sonuca varabilmek mümkün olmayacaktır.

Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu türünün tespiti, yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde muaccel olan ceza koşulu ediminin yanında

⁵³¹ DİRİCAN, s. 31; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 52; KOCAAĞA, s. 138; KURT, s. 218; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 540; TEKELİOĞLU, s. 169.

⁵³² DUMAN, s. 99; KOCAAĞA, s. 139.

⁵³³ Yarg. 13. HD, 02.07.2018, 37957/7535; "... Davacı, eldeki davada hem kira tazminatı hem de davalı ile aralarındaki sözleşmeye istinaden cezai şartın davalıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece, her ne kadar her iki talebin kabulüne karar verilmiş ise de; 6098 Sayılı TBK'nın 179. ve devamı maddelerinde düzenlenen şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeme taahhüdüdür. Anılan maddenin 1. fıkrasında seçimlik şart, 2. fıkrasında ise ifaya eklenen şart düzenlenmiştir...Sözleşmede öngörülen cezai şart geç teslim nedeni ile uğranılan kira kaybı zararının karşılığıdır. Dolayısıyla hem cezai şart hem de kira tazminatının birlikte talep edilmesi mümkün değildir..." (E.T: 05.05.2020, www.kazanci.com).

yükleniciden yapının tamamlanıp tesliminin de istenip istenemeyeceği gibi birtakım sonuçlar bakımından önem arz etmektedir⁵³⁴.

Kararlaştırılan ceza koşulu türünün tespiti için öncelikle sözleşmedeki taraf iradelerini yorumlamak gerekecektir⁵³⁵. Taraflar sözleşmede iradelerini açıkça belirtmiş olabilirler. Örneğin, “yapının vadesinde teslim edilmemesi halinde ifanın geciktiği her gün için 100 TL ödenecektir” şeklindeki sözleşme hükmünün ifaya eklenen ceza koşulu olduğu, “yüklenici yapıyı kararlaştırılan zamanda teslim edemediği takdirde iş sahibine yapının teslimi yerine 50.000 TL ödeyecektir” şeklindeki sözleşme hükmünün ise seçimlik ceza koşulu olduğu açıktır. Ancak taraf iradeleri verilen örneklerde olduğu gibi her zaman bu kadar açık olmayabilir. Bu nedenle taraf iradeleri yorumlanırken dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de ceza koşulu kararlaştırılmasındaki amaçtır. Öyle ki ifaya eklenen ceza koşulunun en büyük işlevi borçluyu ifaya zorlamak iken seçimlik ceza koşulunda ifaya zorlama amacının bu denli ön planda olduğunu söylemek pek de mümkün görülmemektedir⁵³⁶.

Taraf iradelerinin açık ve anlaşılır olmadığı durumlarda yapılması gereken şeylerden bir diğeri tamamlayıcı hukuk kuralları olan TBK m. 179/1 ve TBK m. 179/2 hükümlerine başvurmaktır. Buna göre, ifanın belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesi halinde ifaya eklenen ceza koşulu, diğer borca aykırılık hallerinde seçimlik ceza koşulu kararlaştırıldığı kabul edilecektir⁵³⁷. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun 179. madde hükmü emredici nitelikte olmadığını bu şekilde kesin ve net bir sonuca varabilmenin mümkün olmadığını bir kez daha belirtmek isteriz.

Doktrinde bazı yazarlarca kararlaştırılan ceza koşulu miktarının düşük olması halinde bunun ifaya eklenen ceza koşulu olabileceği, buna karşılık ceza miktarının yüksek olması ve olumlu zararın tazminine yönelik olduğu sonucunun çıkarılabildiği durumlarda seçimlik ceza koşulu olabileceği savunulmaktadır⁵³⁸.

⁵³⁴ ÇAKIROĞLU, s. 90; DİRİCAN, s. 38.

⁵³⁵ AKSOY, s. 1004; ÇAKIROĞLU, s. 90; DİRİCAN, s. 33; KARAKAŞ, s. 38.

⁵³⁶ EKİNCİ, s. 183; KOCAĞA, s. 141-142; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 26; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 46.

⁵³⁷ COŞKUN, s. 813; ÇAKIROĞLU, s. 90; DİRİCAN, s. 64.

⁵³⁸ BİLGE, s. 103; EKİNCİ, s. 181; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 381; KOCAĞA, s. 142; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 26; YAĞCIOĞLU, s. 61.

2. Götürü Tazminatın Ayırt Edilmesi

Götürü tazminat ile ceza koşulunun ayırt edilmesi ve iki kurum arasındaki farkların ortaya konulması büyük bir önem arz etmektedir. Doktrinde götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farklılıklar üzerinde sıklıkla durulmuş ve bu konu geniş tartışmalara sebep olmuştur. Sözleşmede yer alan kaydın götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu mu olduğunun tespitinde bu iki kurum arasındaki farkların belirlenmesi ve sınırların çizilmesi büyük önem arz etmekle birlikte bu ayrımı yapmak pek de kolay olmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda da ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farklara dikkat çeken bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından da konuya açıklık getiren, sağlıklı ve istikrarlı kararlar verildiği söylenemeyecektir.

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibi lehine gecikilen her ay için ödeneceği kararlaştırılan kayıtların amacı çoğunlukla yapının geç tesliminden dolayı iş sahibinin mahrum kaldığı kira bedellerini elde etmesini sağlamak ve bu muhtemel zararı önceden belirlemektir⁵³⁹. İşte sözleşmede yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibine yapacağı kararlaştırılan bu ödemenin ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu hususu uygulamada önem arz etmektedir.

Ceza koşulu ile götürü tazminatın birbirinden ayırt edilmesi bakımından doktrindeki görüşler ışığında her iki kurumun benzerliklerine ve farklılık arz eden noktalarına değinmek yararlı olacaktır. Bu nedenle bu başlık altında öncelikle götürü tazminat kavramı, ardından götürü tazminat ile ceza koşulunun benzer ve farklı yönleri ve son olarak bu iki kurumu ayırt etmeye yarayacak kıstaslar açıklanmaya çalışılacaktır.

a. Götürü Tazminat Kavramı

Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar, sözleşmenin içeriğini kanuni sınırlar içerisinde kalmak şartıyla serbestçe belirleyebilirler⁵⁴⁰. Dolayısıyla taraflar, sözleşmeye aykırı

⁵³⁹ DUMAN, İnşaat, s. 720.

⁵⁴⁰ BERBEROĞLU YENİPINAR, s. 10; Sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 60-62; bkz. KARABAĞ BULUT, s. 3 vd.; Sözleşme yapma özgürlüğü iki alt unsurdan oluşur 1- Sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü, 2- Şekil özgürlüğü. Detaylı bilgi için bkz. D. ATEŞ, s. 40 vd.; KAVAK, s. 15; KOCAĞA, s. 97; KOCAĞA, Sözleşme, s. 132; KURT, s. 216; ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi

davranılması durumunda zararın tazmini hususunda anlaşılarak tazminat miktarını önceden kararlaştırabilirler. İşte tarafların, zararın hesaplanması ve tazminat miktarının tespit edilmesi hususlarındaki belirsizliği gidermek amacıyla ödenecek olan tazminatı önceden belirli bir miktar olarak kararlaştırmalarına “*götürü tazminat*” denilmektedir⁵⁴¹.

Götürü tazminat, ceza koşulundan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş bir kurum değildir. Zira götürü tazminat anlaşmasına ilişkin unsurlar kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde yer almamaktadır⁵⁴². Bu nedenle doktrinde kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵⁴³.

İnşaat sözleşmelerinde yapının zamanında teslim edilememesi ihtimaline karşı iş sahibinin uğrayacağı zararlara ilişkin tazminatın önceden götürü olarak belirlenmesine sıklıkla rastlanmaktadır⁵⁴⁴. Götürü tazminat anlaşması, iş sahibi bakımından uğradığı zararı ispat etme yükünden kurtarması, yüklenici bakımından ise kendisini ne gibi risklerin beklediği yönünde bir öngörülebilirlik yaratması bakımından fayda sağlamaktadır⁵⁴⁵.

Bilindiği üzere TBK m. 112 hükmü gereği, borca aykırı davranan borçlunun kusurluluğu karine olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle götürü tazminatın talep edilebilmesi için iş sahibinin yüklenicinin kusurunu ispat etmesi gerekmeyecek, yüklenicinin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekecektir⁵⁴⁶. Ancak, kanunun yükleniciyi ifa yardımcısının

Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 223; **TEKELİOĞLU**, s. 175.

⁵⁴¹ **BİRİNCİ UZUN**, s. 66; **EKİNCİ**, s. 200; **ERDEM**, Mehmet, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara, 2009, s. 98; Götürü tazminat esasen iş sahibini zarar miktarını tespit yükünden kurtarmak amacıyla gecikme tazminatının önceden götürü olarak belirlenmesidir **GÜMÜŞ**, s. 37; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 125; **KAPANCI**, Götürü, s. 656-657; **KARAKAŞ**, s. 50; **KOCAAĞA**, s. 176, 184-185; **KOCAAĞA**, Sözleşme, s. 131; **KOCAAĞA**, İnşaat, s. 152; **KURT**, s. 229; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 49; **OLGAÇ**, s. 103; **ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN**, s. 222; **PARLAK BÖRÜ**, Şafak, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 29, S. 129, 2017, s. 197; **ŞAHİN**, s. 341; **TEKELİOĞLU**, s. 177; **TUTAR**, s. 33.

⁵⁴² **KAPANCI**, Götürü, s. 656; **KOCAAĞA**, s. 184; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 124-125; **KURT**, s. 228; **TEKELİOĞLU**, s. 179.

⁵⁴³ **BİRİNCİ UZUN**, s. 153; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 126; **ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN**, s. 224; **PARLAK BÖRÜ**, s. 197; **YAĞCIOĞLU**, s. 91.

⁵⁴⁴ **ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN**, s. 221; **TEKELİOĞLU**, s. 175.

⁵⁴⁵ **EKİNCİ**, s. 201; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 125; **KOCAAĞA**, İnşaat, s. 152; **KURT**, s. 229; **PARLAK BÖRÜ**, s. 222.

⁵⁴⁶ **DİRİCAN**, s. 67; **EKİNCİ**, s. 282; **ERDEM**, s. 106; **OLGAÇ**, s. 103; **ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN**, s. 224.

davranışlarından dolayı sorumlu tuttuğu hallerde de götürü tazminatın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurunun aranmayacağı unutulmamalıdır⁵⁴⁷.

Götürü tazminatta her ne kadar zararın miktarını ispat yükümlülüğü olmasa da götürü tazminat talep eden tarafın mutlaka zarara uğradığını ispat etmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, zararın varlığı ispat edilecek ancak ne kadar zarara uğranıldığının ispatı gerekmeyecektir⁵⁴⁸. Bunun yanı sıra tarafların alacaklının zararın varlığını ispat etmeksizin götürü tazminat talep edebileceği hususunda anlaşma yapmaları da mümkündür⁵⁴⁹.

b. Ceza Koşulu ile Benzer ve Farklı Yönleri

Götürü tazminat ile ceza koşulunun benzer yönleri, her iki kurumun da iş sahibinin, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu zamanında yerine getirmemesinden kaynaklanan zararlarına ilişkin olması ve her iki kurumun da fer'i bir niteliğe sahip olmasıdır. Götürü tazminat da tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi sözleşmenin geçersiz olması halinde fer'i niteliği gereği geçersiz olacaktır⁵⁵⁰.

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farklardan ilki, bu iki kurumun amacıdır. Yüklenicinin yapıyı teslim borcunu zamanında ifa etmesi için kararlaştırılan ceza koşulunun temel amacı, yüklenici üzerinde bir baskı oluşturarak yapıyı zamanında teslim etmeye zorlamak iken götürü tazminat yükleniciyi ifaya zorlama amacı olmaksızın zarar miktarını iş sahibi açısından öngörülebilir kılma ve zararın giderilmesini de kolaylaştırma amacı güden sözleşmelerdir⁵⁵¹. Bu bakımdan ceza koşulu anlaşmaları daha çok alacaklı iş sahibinin menfaatine, götürü tazminat anlaşmaları ise her iki tarafın menfaatine hizmet eden sözleşmelerdir⁵⁵². Doktrinde bazı yazarlar⁵⁵³ tarafından götürü tazminatın da asli amacı bu

⁵⁴⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 126-127.

⁵⁴⁸ ERDEM, s. 106; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 127.

⁵⁴⁹ ERDEM, s. 108; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 127.

⁵⁵⁰ ERDEM, s. 100; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 49; PARLAK BÖRÜ, s. 204; TEKELİOĞLU, s. 176; YAĞCIOĞLU, s. 92.

⁵⁵¹ AKSOY, s. 1005; DUMAN, İnşaat, s. 721; EKİNCİ, s. 201; ERDEM, s. 102; GÜMÜŞ, s. 38; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130; KAPANCI, Götürü, s. 677; KOCAAĞA, s. 179; KOCAAĞA, İnşaat, s. 155-156; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 133; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 50; TEKELİOĞLU, s. 179-180; USLU, s. 81; YAĞCIOĞLU, s. 93.

⁵⁵² BİRİNCİ UZUN, s. 146; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130; KAPANCI, Götürü, s. 677; KOCAAĞA, İnşaat, s. 156.

⁵⁵³ BİRİNCİ UZUN, s. 147; ERDEM, s. 102; OZANOĞLU, s. 86; PARLAK BÖRÜ, s. 208; YAĞCIOĞLU, s. 94.

olmamakla birlikte ceza koşulu gibi borçlu yüklenici üzerinde borcun zamanında ifası hususunda dolaylı olarak baskı yaratacağı savunulmakta, gerekçe olarak ise somutlaşmış bir edim olan götürü tazminatın soyut bir düzenlemeye nazaran daha güçlü bir psikolojik baskı yaratacağı gösterilmektedir.

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki diğer bir fark kusur noktasında toplanmaktadır. Götürü tazminat, bir tazminat türü olduğu için yapının iş sahibine zamanında teslim edilememesinde –aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça- yüklenicinin kusurlu olması aranacaktır⁵⁵⁴. Ceza koşulu bakımından ise çalışmamızda bahsedildiği üzere⁵⁵⁵, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlu yüklenicinin kusurunu aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Ancak bizim katıldığımız görüşe göre yüklenicinin kusurlu olması gerekecektir. Bu görüş kabul edildiğinde ceza koşulu ile götürü tazminatın ortak bir özelliğe daha sahip olduğu söylenebilecekken, ceza koşulu için borçlunun kusurlu olmasını aramayan görüş kabul edildiğinde iki kurum arasında bir fark daha oluşmuş olacaktır diyebiliriz. Ancak unutulmamalıdır ki hem götürü tazminat hem de ceza koşulu bakımından yüklenici teslim borcunda temerrüde düşmede kusursuz olsa dahi ceza koşulu/götürü tazminat ödeneceği yönünde anlaşmaları mümkündür⁵⁵⁶.

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki diğer bir fark zarar unsurudur. Yukarıda bahsedildiği üzere her ne kadar götürü tazminat anlaşması zararın miktarını ispat yükünden kurtarıyor olsa da tazminat niteliğinde olduğundan, talep edilebilmesi için mutlaka bir zararın varlığı şarttır. Ancak ceza koşulu bakımından -taraflarca aksine bir anlaşma olmadıkça- zararın varlığı aranmayacak, başka bir deyişle iş sahibi hiçbir zarara uğramamış olsa da ceza koşulunu talep edebilecektir⁵⁵⁷.

Götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farklardan bir diğeri ise aşan kısmın tazmini noktasında ortaya çıkmaktadır. Ceza koşulunu aşan miktarın TBK m. 112 uyarınca talep edilebilmesi mümkün iken götürü tazminatta aşan kısmın tazmini mümkün olmayacaktır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ BİRİNCİ UZUN, s. 150; KOCAAĞA, s. 183; TEKELİOĞLU, s. 180.

⁵⁵⁵ Bkz. İkinci Bölüm II. A. 2. a. cc.

⁵⁵⁶ KOCAAĞA, s. 180; TEKELİOĞLU, s. 180.

⁵⁵⁷ BİRİNCİ UZUN, s. 148-149; DUMAN, İnşaat, s. 721; ERDEM, s. 109; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130; KAPANCI, Götürü, s. 677; KOCAAĞA, s. 180; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 133; KURT, s. 229; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 50; OZANOĞLU, s. 83; YAĞCIOĞLU, s. 94-95.

⁵⁵⁸ E. B. AKKANAT, s. 47; Götürü tazminatta ceza koşulunda olduğu gibi taraflara aşan zararın talep edilebilmesi hakkı tanınmasının götürü tazminatın tazminat miktarının önceden kesin olarak belirlenmesi

Aşan zararın tazminine ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamızın V. bölümünde yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

Götürü tazminat olarak kararlaştırılan meblağın aşırı olması durumunda TBK m. 182/3 uyarınca bir indirimde de gidilemeyecektir⁵⁵⁹. Doktrinde bazı yazarlar⁵⁶⁰, ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile dahi götürü tazminata uygulanmayacağını bu nedenle aşırı bulunan götürü tazminatın TBK m. 182/3 uyarınca değil ancak tazminat hukukuna ilişkin hükümlerin tatbiki ile indirilebileceğini savunmaktadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin detaylı açıklamalar çalışmamızın VI. bölümünde yapılacağından burada bu kadar bahsetmekle yetiniyoruz.

Ceza koşulu ile götürü tazminatın ayrımı noktasında Yargıtay kararlarına bakılması çoğu zaman bir fayda sağlamayacaktır, zira Yargıtay bu iki kavramı birbirine karıştırmaktadır. Yargıtay bir kararında⁵⁶¹, sözleşmedeki süre ve verilen ek sürelerle rağmen inşaatın teslim edilmemesi halinde yüklenicinin her bir daire için ödemeyi kabul ettiği aylık 500 TL'nin gecikme tazminatı niteliğinde olduğuna, diğer bir kararında ise⁵⁶² arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dairelerin kararlaştırılan tarihte teslim edilmemesi halinde yüklenicinin ödeyeceği bedelin ifaya eklenen ceza koşulu olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay bazı kararlarında ise⁵⁶³ gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödeneceği şeklindeki bu tarz kayıtları “kira tazminatı” olarak nitelendirmiştir.

amacına aykırılık teşkil edeceği görüşü için bkz. ERDEM, s. 121-122; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 131; KOCAAĞA, s. 181; KOCAAĞA, İnşaat, s. 151.

⁵⁵⁹ E. B. AKKANAT, s. 49; DİRİCAN, s. 68, ERDEM, s. 122; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 131; KAPANCI, Götürü, s. 678; KOCAAĞA, İnşaat, s. 154; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 134; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 51; Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN, s. 232 vd.; PARLAK BÖRÜ, s. 221; YAĞCIOĞLU, s. 95.

⁵⁶⁰ BİRİNCİ UZUN, s. 153; DUMAN, İnşaat, s. 722; KAPANCI, Götürü, s. 675; ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN, s. 245; ŞAHİN, s. 342; USLU, s. 85.

⁵⁶¹ Yarg. 15. HD, 06.12.2011, 515/7200 sayılı kararı (E.T.: 14.04.2020, www.kazanci.com).

⁵⁶² Yarg. 15. HD, 08.07.2004, 6165/3813 sayılı kararı (E.T.: 14.04.2020, www.kazanci.com).

⁵⁶³ Yarg. 15. HD, 26.4.2021, 2559/1961; “...15/05/2009 tarihinden 06/08/2009 tarihine kadar olan kira tazminatı davacı lehine hüküm altına alınmıştır. Davacı açtığı bu dava ile, 22 adet daire ve 2 adet dükkan için 06/08/2009 tarihinden dava konusu toplam 24 adet bağımsız bölümün iskanının alındığı 15/06/2010 tarihine kadar olan dönem için gecikme (kira) tazminatı istemektedir...”; Yarg. 15. HD, 19.4.2021, 2403/1785; “...Davacı arsa sahibi vekili sözleşmeden kaynaklanan gecikme tazminatı ile cezai şart talebinde bulunmuş olup, taraflar arasında akdedilen 02.10.2013 tarihli ...4. Noterliği'nin Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, 28.02.2014 tarihinde arsa sahibinin daireleri eksiksiz ve tam teslim edilmese her ay için 15.000,00 TL gecikme tazminatı ödenecek hükmü ile 6. maddesinde, bu sözleşmeye uymayan ve mücbir sebep olmadan yerine getirmeyen cezai şart olarak 150.000,00 TL ödeyecektir hükümleri yer almaktadır...Sözleşmenin 5. maddesinde kararlaştırılan gecikme tazminatı maktu olarak kararlaştırılan kira tazminatı olup...”; Yarg. 3. HD, 9.12.2020, 6106/7511; “Asıl davada davacının geç teslim nedeniyle kira tazminatı talebi Mahkemece, kiraya verilecek mecurun kiracısının ne kadar sürede bulunabileceği, hemen bulunup bulunmayacağını

Uygulamada özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri olmak üzere çoğu inşaat sözleşmesinde, bu tarz kayıtların nedeni geç teslim nedeniyle iş sahibinin mahrum kalacağı kira bedellerini, başka bir deyişle “muhtemel zararlarını” belirlemektir⁵⁶⁴. Yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay bu kayıtları kira tazminatı olarak nitelendirse de Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde, bu kayıtların tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın önceden belirlenmesinden ziyade yükleniciyi ifaya zorlama amacı taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁶⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ceza koşulu ile götürü tazminatın ayırt edilmesi ifa sırasında iş sahibinin ceza koşulu veya götürü tazminat isteme hakkını saklı tutmuş olup olmaması noktasında önem taşımaktadır. Zira ifaya eklenen ceza koşulunda TBK m. 179/2 gereği ceza koşulu isteme hakkı saklı tutulmadıkça sonradan isteme hakkı kaybediliyorken götürü tazminat bakımından böyle bir durum söz konusu olmamaktadır⁵⁶⁶.

c. Ayırt Edici Kıstaslar

Doktrinde götürü tazminat ile ceza koşulunun ayırt edilmesi noktasında iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş⁵⁶⁷, götürü tazminat kurumuna ihtiyaç olmadığını, sözleşmede borca aykırılık durumunda ödeneceği kararlaştırılan bedellerin ceza koşulu olduğunu ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirterek adeta götürü tazminat kurumunu

tam olarak belirlenebilir olmaması nedeni ile talep edilmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Dava konusu bağımsız bölümün satımına ilişkin taraflar arasında imzalanan 23.05.2011 tarihli sözleşmede, binanın tamamının tapu tesliminde eksiksiz olarak tamamlanacağı ve tapu teslim tarihinin 30.07.2011 olduğu belirtilmek suretiyle teslim tarihi 30.07.2011 olarak kararlaştırılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, temerrüde düşen borçludan TBK 125. (eski BK 106. vd.) maddeleri çerçevesinde aynen ifa ve gecikmeden dolayı uğradığı zararının veya aynen ifayı reddederek müspet zararının yahut sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini seçimlik olarak isteyebilir. Somut uyuşmazlıkta davacı, sözleşmeyi ayakta tutarak geç teslim nedeni ile uğradığı zararın tazminini istemektedir. Bu durumda, TBK.125. (eski BK 106 vd.) maddelerine göre davacının zararını talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemece, davacının geç teslim nedeniyle kira tazminatı talep edebileceği gözetilerek yapılacak inceleme sonucu hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (E.T.: 02.08.2021, www.kazanci.comtr).

⁵⁶⁴ AYDEMİR, s. 540; ENLİ, Makale, s. 104; KAPANCI, Götürü, s. 675; KOCAĞA, İnşaat, s. 155; KOCAĞA, Sözleşme, s. 135; SELİÇİ, s. 72.

⁵⁶⁵ DİRİCAN, s. 67.

⁵⁶⁶ BİRİNCİ UZUN, s. 151; EKİNCİ, s. 202; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 132; KOCAĞA, s. 178; KOCAĞA, İnşaat, s. 151; KOCAĞA, Sözleşme, s. 131; KURT, s. 230; OZANOĞLU, s. 89; TANDOĞAN, s. 138; TEKELİOĞLU, s. 180-181; USLU, s. 81; YAĞCIOĞLU, s. 96.

⁵⁶⁷ E. B. AKKANAT, s. 42.

reddetmektedir. Ağırlıklı görüş ise⁵⁶⁸, bu iki kurumun amaç ve nitelik bakımından birbirinden farklı olduğunu ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerin götürü tazminata tatbik edilmesinin mümkün olamayacağını ileri sürmektedir. Bizce de her iki kurumun ortak noktalarının yanı sıra farklı yönleri de oldukça fazladır. Özellikle götürü tazminatın bir tazminat türü olması bile başlı başına ceza koşulundan farklı bir kurum olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Sözleşmede yer alan kaydın götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu mu olduğu tespit edilirken tarafların sözleşmedeki ifadelerinden ve nitelendirmelerinden bir sonuca varmak her zaman mümkün olmayabilir⁵⁶⁹. Zira tarafların ceza koşulu olarak adlandırdıkları bir kaydın götürü tazminat olması da mümkündür. Doktrinde, tarafların içinde bulundukları koşulların ve gerçek amaçlarının irdelenmesi, irade açıklamasının güven prensibi çerçevesinde yorumlanması ve bu suretle bir sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁷⁰. Bu bakımdan taraflar temerrüitten doğacak zararın önceden tespitinden ziyade yapıyı teslim borcunun zamanında ifa edilmesi amacına yönelmişse ceza koşulu, zarara odaklanıp tazminat miktarını belirlemeye odaklanmışlarsa götürü tazminat olduğu söylenebilecektir⁵⁷¹. Doktrinde bazı yazarlar⁵⁷², kararlaştırılan edimin ceza koşulu mu götürü tazminat mı olduğunun hiçbir suretle tespit edilememesi durumunda her iki tarafın menfaatine uygun düşen götürü tazminatın varlığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Doktrinde bir kısım yazar⁵⁷³, sözleşmede kararlaştırılan meblağ ile gerçek zarar arasındaki farkın da ayırt edici olabileceğini ileri sürmektedir. Yazarlara göre, kararlaştırılan götürü tazminat bedelinin uğranılan gerçek zarara kıyasla çok yüksek olduğu durumlarda, tarafların sözleşmeyi nasıl adlandırdıklarına bakılmaksızın ceza koşulu olduğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu görüş kesin bir sonuca götüremeyecek olsa da bir fikir verebilir. Zira, götürü tazminat kararlaştırılırken ortaya çıkabilecek muhtemel zarara ilişkin makul bir

⁵⁶⁸ BİRİNCİ UZUN, s. 142; ERDEM, s. 121; KOCAAĞA, s. 179; OZANOĞLU, s. 82 vd.; TEKELİOĞLU, s. 179.

⁵⁶⁹ E. B. AKKANAT, s. 48; EKİNCİ, s. 202; GÜMÜŞ, s. 38; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 128; KAPANCI, Götürü, s. 656; KOCAAĞA, s. 186; KOCAAĞA, İnşaat, s. 154; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 134; KURT, s. 230; OZANOĞLU, s. 83; TEKELİOĞLU, s. 180; USLU, s. 84; YAĞCIOĞLU, s. 96.

⁵⁷⁰ ERDEM, s. 123; KAPANCI, Götürü, s. 656; KOCAAĞA, s. 186; KOCAAĞA, İnşaat, s. 154; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 128; OZANOĞLU, s. 84; PARLAK BÖRÜ, s. 224; TEKELİOĞLU, s. 180.

⁵⁷¹ GÜMÜŞ, s. 38; KAPANCI, Götürü, s. 679; KOCAAĞA, Sözleşme, s. 131; KURT, s. 230; PARLAK BÖRÜ, s. 197; TEKELİOĞLU, s. 180.

⁵⁷² BİRİNCİ UZUN, s. 164; PARLAK BÖRÜ, s. 224.

⁵⁷³ AYAN, s. 206; BİRİNCİ UZUN, s. 158-159; KOCAAĞA, s. 186; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 130-131; KAPANCI, Götürü, s. 679; KURT, s. 231; PARLAK BÖRÜ, s. 224; OZANOĞLU, s. 84; TEKELİOĞLU, s. 180; YAĞCIOĞLU, s. 97.

tahmin yapılması gerekmektedir. Uğranılan zarar ile karşılaştırılan edim arasında pek fazla fark bulunmuyorsa başka bir deyişle sözleşmedeki hükümde geçen bedelin makul bir zarar tahmini olduğu söylenebiliyorsa götürü tazminatın aksi halde ifaya zorlama işlevi sebebiyle ceza koşulunun ön planda tutulması isabetli olacaktır. Örneğin, inşaat ifa zamanında teslim edilmediği takdirde her ay rayiç kira bedelinin ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede “rayiç kira bedeli” ifadesi, bu sözleşme maddesinin gerçek zararın karşılanmasına yönelik bir amaçla konulduğunu göstermekte ve bu nedenle zararın götürü olarak belirlenmesi amacı ön plandadır diyebiliriz. Rayiç kira bedeli yerine “...5000 TL ödenecektir”, “...10.000 TL ödenecektir” gibi bir belirleme yapılmışsa bu takdirde yapılması gerekenin sözleşmede karşılaştırılan bu bedel ile rayiç kira bedelinin karşılaştırılması ve bu bedelin rayiç kira bedeline ne derece yakın olduğunun tespit edilmesi olduğunu düşünüyoruz. Örneğin, yapı tamamlandığında rayiç kira bedeli 5000 TL olacaksa ve sözleşmede “... her ay 15.000 TL ödenecektir” denilmişse bunun ceza koşulu olduğunu daha rahat söyleyebiliriz. Örneği tam tersine çevirdiğimizde de aynı sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, “...her ay 2000 TL ödenecektir” şeklindeki örnekte 2000 TL, 5000 TL’lik rayiç kira bedelinin altında olması zarardan bağımsız bir bedelin karşılaştırılmak istendiğini, tarafların ortak amacının gerçek zararın belirlenmesi olmadığını göstermekte ve bu nedenle ceza koşulu olduğu yönünde bir ipucu vermektedir diyebiliriz.

3. Saf Garantiden Ayırt Edilmesi

Saf garanti sözleşmeleri, bir kimsenin başka bir kimseyi belirli bir davranışta bulunmaya yöneltmek amacıyla gerçekleştirilmesi istenen bu davranış sebebiyle o kimse için ortaya çıkabilecek riskleri tamamen veya kısmen üzerine alması borcunu doğuran sözleşmelerdir⁵⁷⁴. Örneğin, yüklenici yurtdışından özel mermerlerin getirileceğini ve bu mermerlerin inşaatla kullanılacağını, bunlar tedarik edilemediği takdirde iş sahibine belli bir miktar para ödemeyi taahhüt etmiş olsun. Bu taahhüdünün ceza koşulu mu yoksa saf garanti mi olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Zira her iki kurum birtakım farklar bulunmaktadır.

Ceza koşulu ile saf garanti sözleşmeleri arasındaki farklardan ilki, ceza koşulunun fer’i özelliğine karşılık saf garanti sözleşmesinin garanti vereni asıl sözleşmeden bağımsız bir yükümlülük altına sokmasıdır. Başka bir deyişle asıl sözleşmenin geçersizliği veya asıl

⁵⁷⁴ GÜMÜŞ, s. 509; KAHRAMAN, Garanti, s. 21; TANDOĞAN, s. 806.

sözleşmeden dönülmesi garanti sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁷⁵. Bir diğer fark, ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlu yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ve fakat saf garanti sözleşmesinde garanti verenin yükümlülüğünün doğabilmesi için kusurlu olması gerekmediğidir⁵⁷⁶.

Her iki kurumun ayırt edilmesi noktasında öncelikle tarafların ortak iradeleri irdelenmelidir. Şayet taraflarca yüklenicinin yapıyı geç teslimde kusurlu olması halinde cezalandırılması amaçlanıyorsa ceza koşulu, garanti alanı belli bir şekilde hareket etmeye sevk etmek amaçlanıyorsa saf garanti olduğu yönünde bir çıkarım yapılabilecektir. Tarafların ortak iradesinden bir sonuca varılamadığı takdirde ise kusursuz imkansızlık halinde taahhüt edilen meblağın ödeneceğinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılmalıdır. Zira ceza koşulu için kusur gerekli olduğundan kusursuz imkansızlık halinde de ödeme yapılacak ise bunun ceza koşulu değil, saf garanti olduğu söylenebilecektir. Yukarıda yer verilen yüklenicinin inşaata kullanılmak üzere yurtdışından özel mermerlerin getirileceğini ve bunlar tedarik edilemediği takdirde iş sahibine belli bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi örneğinde yüklenici bu mermerler için ithal yasağı getirilmesi riskini de üstleniyorsa saf garanti, bu riski üstlenmiyor başka bir deyişle kusuru olmaksızın borcun yerine getirilememesi ihtimali ile ilgilenmiyorsa ceza koşulu olduğu söylenebilecektir⁵⁷⁷.

IV. CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYETİNE İLİŞKİN HÜKÜM VE SONUÇLAR

A. Seçimlik Ceza Koşulu Bakımından Sonuçları

1. Seçim Hakkının Kullanılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 179/1 maddesinin asıl borç ile ceza koşulu arasında bir seçim hakkından bahsettiği söylenebilecektir. Buna göre, iş sahibi dilerse yapının teslimini dilerse kararlaştırılmış ceza koşulunun ifasını isteyebilme hakkına sahip olmaktadır⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ KAHRAMAN, Garanti, s. 69.

⁵⁷⁶ KAHRAMAN, Garanti, s. 70.

⁵⁷⁷ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KAHRAMAN, Garanti, s. 69-75.

⁵⁷⁸ Eğer iki borç arasında aslilik-fer'ilik ilişkisi yoksa ceza koşulu değil, seçimlik borç söz konusudur. Zira seçimlik borçta borçlanılan edimlerin hepsi asli niteliktedir. Borçlardan birinin imkansızlaşması halinde

Seçimlik ceza koşulunda iş sahibi, seçimlik hakkını varması gerekli ve tek taraflı irade beyanı ile kullanacaktır⁵⁷⁹. Bu hak mahiyeti gereği değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğundan iş sahibi seçimini yaptıktan sonra bundan dönemeyecek ve beyanını geri alamayacaktır⁵⁸⁰. İş sahibinin seçim beyanı yükleniciye ulaşınca hüküm ve sonuçlarını doğuracak, seçimlik ceza koşulunun seçilmesi halinde ise bu beyanın yükleniciye ulaşması ile birlikte yüklenici yapıyı teslim borcundan kurtulacaktır⁵⁸¹. Bu durumda yapının teslimini talep eden iş sahibinin artık ceza koşulunu talep edemeyeceği yönünde görüşler bulunsa da⁵⁸² doktrinde çoğunluk görüşü⁵⁸³, borçlu yüklenicinin borcunu ifa etmeye yönelik faaliyetlerde bulunmaması durumunda alacaklı iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu talep edebileceği yönündedir.

borç ilişkisi sona ermeyip diğer borç ile ifa yükümlülüğü devam eder. Oysaki seçim hakkının söz konusu olduğu halde, ceza koşuluna bağlanan asıl edimin imkansızlaşması halinde kural olarak ceza koşulu borcu da sona erecektir **AKINTÜRK/ATEŞ**, s. 165; **CANSEL/ÖZEL**, s. 719; **ÇAKIROĞLU**, s. 85; **DİRİCAN**, s. 114; **DUMAN**, s. 98; **GÜLSEVEN**, s. 40; **C. GÜNAY**, s. 620; **KOCAAĞA**, s. 134, 202 vd.; **OLGAÇ**, s. 102; Borç birden çok edimi kapsıyor fakat bu edimlerden yalnızca biri ifa edilecekse seçimlik borç söz konusu olacaktır **REİSOĞLU**, s. 303; Benzer yönleri nedeniyle seçimlik borca ilişkin hükümlerin kıyasen seçimlik ceza koşuluna uygulanabileceği olduğu görüşü hakkında bkz. **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 874; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 106; **UÇAR**, s. 55; **USTA**, s. 109; **YAĞCIOĞLU**, s. 186. **BİLGE**, s. 99; **CANSEL/ÖZEL**, s. 722; **COŞKUN**, s. 795;

⁵⁷⁹ **ANTALYA**, O. Gökhan, s. 554; **BİLGE**, s. 99; **CANSEL/ÖZEL**, s. 722; **COŞKUN**, s. 795; **KARAKAŞ**, s. 39; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 107

⁵⁸⁰ **DİRİCAN**, s. 28; **EKİNCİ**, s. 306; **EREN**, s. 1184; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 139; **KARAKAŞ**, s. 39; **KOCAAĞA**, s. 184; **OLGAÇ**, s. 102; **UÇAR**, s. 55; **USTA**, s. 112; **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 874; **YAĞCIOĞLU**, s. 187; **YAKUPPUR**, s. 95; **Yarg. 15. HD, 27.11.2018, 2963/4699**; "...Bu anlatımlar ışığında somut olaya gelindiğinde; taraflar arasında düzenlenen sözleşmedeki ceza seçimlik ceza niteliğinde bulunduğundan akdın ifasını isteyen tarafın seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir. Davacı taraf sonradan ödenmesi nedeniyle konusuz kalmış olsa da davanın başlangıcında akdın ifası kapsamında prim borçlarının ödenmesini talep ettiğine göre seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir. Bu nedenlerle, ceza talebinin reddine karar verilmesi gerekir iken bu talebin kabul edilmesi doğru olmamış, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir" (E.T: 05.05.2020, www.kazanci.com).

⁵⁸¹ **BİLGE**, s. 99; **ÇAKIROĞLU**, s. 86; **DİRİCAN**, s. 115; **EKİNCİ**, s. 306; **EREN**, s. 1184; **A. KILIÇOĞLU**, s. 986; **KOCAAĞA**, s. 184; **OLGAÇ**, s. 102; **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 875; **UÇAR**, s. 55; **YAĞCIOĞLU**, s. 186.

⁵⁸² **CANSEL/ÖZEL**, s. 722; **EKİNCİ**, s. 312; **C. GÜNAY**, Cezai Şart, s. 78; **KARAKAŞ**, s. 39; Asıl borcun ifası talep edildikten sonra bundan dönülmesi ve ceza koşulunun talep edilebilmesinin kabulü, yenilik doğuran hakların mahiyeti ile bağdaşmayacağı görüşü için bkz. **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 109.

⁵⁸³ **BUZ**, seçim hakkının karşı tarafa ulaştıktan sonra geri alınamayacağı görüşüne karşı çıkmakta ve hukuki bir belirsizlik yaratmayan iki durumda kullanılmış olan seçim hakkının geri alınabileceğini savunmaktadır. İlk durum, muhatabın muvafakat göstermesi; ikinci durum ise muhatabın yenilik doğuran beyana gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle itiraz etmesidir **BUZ**, s. 474-475; **BİLGE** de bu görüşü savunmakla birlikte borcun ifasının imkânsız hale gelmesi ihtimalinde alacaklının artık ceza koşulu isteyemeyeceğini; aksi kabulün hakkaniyete uygun düşmeyeceğini ileri sürmektedir, s. 100; **DİRİCAN**, s. 110; Borçlunun asıl borcun ifasını seçmesi halinde ceza koşulu alacağından feragat etmiş sayılacağı ve artık bundan dönemeyeceği ve fakat tarafların asıl borcun ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun istenebileceği yönünde anlaşma yapmaları halinde alacaklının sonradan ceza koşulunu isteyebileceğini görüşü için bkz. **EREN**, s. 1184; **KOCAAĞA**, s. 250-251; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 349; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 429; **USTA**, s. 113; **YAĞCIOĞLU**, s. 189.

İş sahibinin yapının teslimini ve ceza koşulunu seçtiğine yönelik bu beyanı herhangi bir şekilde tabi olmaksızın yazılı, sözlü hatta örtülü şekilde dahi yapılabilecektir⁵⁸⁴. Yargıtay bir kararında⁵⁸⁵, davalı tarafından haksız olarak feshedilen sözleşmenin hukuken geçerliliğini koruduğunun tespitine yönelik açılan davada, davacının iradesinin ifanın yerine getirilmesi olduğuna eş deyişle seçimlik ceza koşulundan yana olmadığına karar vermiştir. Yargıtay başka kararında⁵⁸⁶, eksik veya kusurlu işlerin giderilmesi bedelinin istenilmesi durumunda bunun akdin ifasını talep niteliğinde olduğuna ve artık seçimlik ceza koşulunun istenemeyeceğine, bir diğer kararında ise⁵⁸⁷ inşa edilecek bina ile ilgili harç, vergi ve sigortaların yükleniciye ait olduğunun kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, sözleşme gereğince yüklenicinin sorumlu olduğu 33.064,95 TL prim borcunun iş sahibi tarafından ödenmesi sebebiyle bu bedelin yükleniciden talep edildiği bir davada, iş sahibinin yükleniciden bu bedeli istemesinin akdin ifasını talep niteliğinde olduğuna ve bu nedenle seçimlik ceza koşulunun istenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

⁵⁸⁴ **EKİNCİ**, s. 307; **KARAKAŞ**, s. 40; **REİSOĞLU**, s. 303; Alacaklının ifayı dava etmesi örtülü şekilde seçimini bildirmiş olmasına örnek verilebilir **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 110; **YAĞCIOĞLU**, s. 187.

⁵⁸⁵ **Yarg. 15. HD, 15.2.1988, 1994/569**; "... Olayda davacı, dava dilekçesinde davalının akdi feshetmek yolundaki davranışının doğru olmadığını ileri sürerek çıkarılan muarazanın önlenmesini ve sözleşmenin hukuken geçerliliğini koruduğunun tespitini dava ettiğine göre, iradesi akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduğundan ve mahkemece de buna karar verildiğinden artık cezai şartın tahsilini talep edemez..." (E.T: 20.03.2021, www.kazancı.com.tr).

⁵⁸⁶ **Yarg. 15. HD, 06.12.2011, 7371/7197**; Alacaklı tarafından açılan davada alacaklı hem seçimlik ceza koşulunu hem de eksik veya kusurlu işlerin giderilmesi ile gecikme tazminatını talep etmişse, hakim in ifa niteliğindeki talepleri mi yoksa ceza koşulunu mu istediğini sorup konuyu aydınlatması gerekmektedir **ÖZTÜRK/GÖZÜTOK**, s. 332.

⁵⁸⁷ **Yarg. 15. HD, 27.11.2018, 2963/4699**; "Dava, eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tazminat talebinden ibarettir. Davacı iş sahibi, davalı ise yüklenicidir. Davacı iş sahibi vekili; müvekkilinin adına kayıtlı ... ili, ... ilçesi, ... Mahallesinde kain, 20278 ada 12 parselde kayıtlı 536 metrekairelik arsa üzerinde inşaat yaptırmak üzere müvekkili ile davalı arasında 16.09.2008 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını, sözleşmeye göre yapılacak inşaatın 6 daireden 2'sinin müvekkiline, diğerlerinin ise davalıya ait olacağını ve davalı müteahhidin binayı ruhsat tarihinden itibaren 15 ay içerisinde eksiksiz olarak bitirip teslim edeceğini taahhüt ettiğini, yine sözleşmenin yapım şartları başlıklı kısmının 4. maddesine göre müteahhidin binayı bitirmek ve iskân ruhsatını almakla yükümlü olduğunu, bina ile ilgili tüm resmi harçlar, vergiler, sigortalar, yazışmalar ve iskân ile ilgili tüm harçların müteahhide ait olduğunu, ...ayrıca yapılan bina ile ilgili sigorta prim borçlarından davacının bilgisi ve rızası haricinde ve sözleşmeye aykırı olarak müvekkilinin borçlandırıldığını, müvekkiline dava dışı ... Başkanlığı ... Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'nün 20.08.2013 tarihli yazısı ile 33.064,95 TL sosyal güvenlik prim borcu olduğunun bildirildiğini ve müvekkilinin bu miktar üzerinden zarara uğratıldığını, yine sözleşme gereğince şartlara uymayan davalının müvekkiline 50.000,00 TL tazminat ödemesi gerektiğini, bu nedenlerle sigorta prim borcunda 29.08.2013 tarihinden sonra meydana gelecek artışlara ilişkin talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla sigorta prim bedellerinden doğan 33.064,95 TL ve sözleşme şartlarına uyulmaması nedeniyle 50.000,00 TL olmak üzere toplam 83.064,95 TL'nin davalıdan alınarak müvekkiline verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Somut olaya gelindiğinde; taraflar arasında düzenlenen sözleşmedeki ceza seçimlik ceza niteliğinde bulunduğundan akdin ifasını isteyen tarafın seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir. Davacı taraf sonradan ödenmesi nedeniyle konusuz kalmış olsa da davanın başlangıcında akdin ifası dolayısıyla prim borçlarının ödenmesini talep ettiğine göre seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir..." (E.T.: 02.08.2021, www.kazancı.com.tr).

Bu seçim hakkının ne zaman kullanılacağına dair yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir görüş⁵⁸⁸, iş sahibinin bu hakkını bir an önce kullanması gerektiğini, seçim hakkının kullanılmasında gecikildiği takdirde seçimlik borçlara ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, iş sahibinin bu seçim hakkını kullanmaması durumunda yüklenicinin, iş sahibini seçim beyanında bulunmaya davet ederek temerrüde düşürdükten sonra sözleşmeden dönebileceğini ileri sürmektedir. DİRİCAN ise bu görüşe karşı çıkarak herhangi bir beyanda bulunmayan iş sahibinin aynen ifade ısrar ettiğine dair varsayımın kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸⁹.

Seçimlik ceza koşuluna ilişkin bir diğer tartışma, iş sahibinin yapının teslimi ile seçimlik ceza koşulu arasında seçim hakkını kullanırken öncelikle ifayı talep etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Başka bir deyişle, alacaklı iş sahibi ifade direktmek zorunda olmaksızın doğrudan ifa talebinden vazgeçerek kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilecek midir? Bir görüş⁵⁹⁰ öncelikle ifanın talep edilmesi gerektiğini, diğer görüş⁵⁹¹ ise doğrudan ceza koşulunun talep edilebileceğini savunmaktadır. Kanaatimizce, öncelikle ifanın talep edilmesi gerektiğini ileri süren görüş ceza koşulunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Zira ifanın bir kez zamanında gerçekleştirilmemesi tekrardan gerçekleştirilmeyeceği yönünde bir ipucu vermektedir. Temerrüde düşen yükleniciye bir kez daha ifade bulunma şansı vermek ceza koşulunun talep edilebilmesini ertelemek anlamına gelecek, iş sahibinin ceza koşulu alacağını elde etmesini geciktirecek ve bu vesile ile yüklenicinin menfaatine hizmet etmiş olacaktır. Oysaki ceza koşulu çoğunlukla alacaklının menfaatine hizmet etmesi için kararlaştırılmaktadır.

2. Yapının Tesliminin veya Seçimlik Ceza Koşulunun İstenebilmesi

Seçimlik ceza koşulunda iş sahibinin yapının teslimini veya seçimlik ceza koşulunu talep etme şeklinde iki seçimlik hakkı bulunmaktadır. İş sahibinin seçimini seçimlik ceza koşulundan yana kullanması halinde yüklenicinin edimi değişecek ve yapıyı teslim ediminin

⁵⁸⁸ EKİNCİ, s. 308; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 381; Bu durumda seçim hakkı alacaklıda ise borçlu uygun bir süre vererek borçluyu temerrüde düşürdükten sonra sözleşmeyi feshedebilecek, şayet seçim hakkı borçluda ise alacaklı seçimlik dava açacaktır TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 108; YAĞCIOĞLU, s. 188.

⁵⁸⁹ DİRİCAN, s. 113.

⁵⁹⁰ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, 167 no.lu dipnotta belirtilen yazarlar.

⁵⁹¹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 50.

yerini ceza koşuluna konu edim alacaktır⁵⁹². İş sahibinin yapının teslimini talep etmesi halinde ise yüklenici hem yapıyı teslim etme hem de –temerrüde düşmede kusurlu olması şartıyla- iş sahibinin gecikmeden doğan zararlarını karşılamakla yükümlü olacaktır⁵⁹³.

Yapıyı teslim borcunun yüklenicinin kusuru olmaksızın imkansızlaşması durumunda TBK m. 136/1 gereğince borç sona erecek ve yüklenicinin iş sahibinin uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü olmayacaktır⁵⁹⁴. Nitekim bu durumda asıl borç ortadan kalkacağından fer’ilik ilkesi gereğince ceza koşulu da ortadan kalkacak ve iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu isteyebilmesi de mümkün olmayacaktır⁵⁹⁵. Ancak taraflar yüklenicinin yapıyı teslim borcunun yüklenicinin kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde dahi ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda yüklenicinin yapıyı teslim borcunun ifası mümkün olmadığından iş sahibinin seçim hakkı ortadan kalkacak ve tek seçeneği seçimlik ceza koşulu olacaktır⁵⁹⁶. Yapının tesliminin yüklenicinin kusuru ile imkansızlaşması halinde ise yüklenici, TBK m. 112 gereğince iş sahibinin olumlu zararını karşılamakla yükümlü olacaktır. Bu durumda iş sahibi, TBK m. 112’ye göre genel hüküm çerçevesinde olumlu zararlarını talep edebileceği gibi sözleşmede seçimlik ceza koşulu kararlaştırılmış ise olumlu zararlarının sözleşmede kararlaştırılan bu seçimlik ceza koşulu ile karşılanmasını da talep edebilecektir.

B. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Bakımından Sonuçları

1. Yapının Teslimi ile Ceza Koşulunun Birlikte İstenebilmesi

İnşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan ceza koşulu kayıtlarının büyük çoğunluğunu ifaya eklenen ceza koşulu oluşturmaktadır. İfaya eklenen ceza koşulunda iş sahibi hem borcun ifasını hem de ceza koşulunun ifasını birlikte isteyebilecektir⁵⁹⁷.

⁵⁹² EREN, s. 1184; KOCAAĞA, s. 248; UÇAR, s. 55; YAĞCIOĞLU, s. 191.

⁵⁹³ DİRİCAN, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 190.

⁵⁹⁴ Z. ATEŞ, s. 19; COŞKUN, s. 232-233; DAYINLARLI, s. 98; EKİNCİ, s. 313; GÜNEŞ, s. 83; KURT, s. 122; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1 s. 440, 446; ÖZ, s. 183.

⁵⁹⁵ Bkz. İkinci Bölüm I. A. 4. a.

⁵⁹⁶ BİLGE, s. 116; KOCAAĞA, s. 80; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 33.

⁵⁹⁷ DUMAN, s. 98; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 147; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 24; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 875; YAĞCIOĞLU, s. 198.

İfaya eklenen ceza koşulunun yüklenicinin yapıyı teslim borcunda gecikmesi halinde toplu bir para veya gecikilen süreye bağlı olarak artacak bir miktar para olarak belirlenebileceğinden ifaya eklenen ceza koşulu başlığı altında bahsedilmiştir⁵⁹⁸. Yapıyı zamanında teslim edemeyen yüklenicinin 40.000 TL ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılması ilk duruma, gecikilen her ay için 10.000 TL ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılması ise ikinci duruma örnek verilebilir. Ancak uygulamada ifaya eklenen ceza koşulunun gecikilen süreye bağlı olarak artacak şekilde belirlenmesine daha çok rastlanmaktadır⁵⁹⁹.

Kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunun bu kadar net şekilde ifade edilmemesi ihtimalinde ceza koşulunun yalnızca bir defaya mahsus olarak mı talep edileceği yoksa her gecikmede tekrar tekrar talep edilebilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Örneğin “yüklenicinin teslimde gecikmesi halinde 20.000 TL ödenecektir” şeklinde kararlaştırılmış olması ihtimalinde bu 20.000 TL yalnızca bir defa mı talep edilebilecek yoksa gecikilen her ay için tekrar tekrar talep edilebilmesi mümkün olacak mıdır? Bu soruya öncelikle taraf iradelerine bakılarak ve TMK m. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde yanıt aramak gerekmektedir. Bu noktada taraf iradeleri yorumlanırken ceza koşulunun amacı, borcun ihlalinin ekonomik sonuçları, ceza koşulunun miktarı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Örneğin, düşük bir meblağ olarak kararlaştırılan ceza koşulunun ihlal devam ettiği sürece her ay için gündeme geleceği, yüksek meblağlı bir ceza koşulunun ise bir kez talep edilebileceği şeklinde bir yorum yapılabilecektir. Bu şekilde bir sonuç elde edilemediğinde ise borçlu lehine yorum ilkesi gereğince yüklenici lehine yorum yapılarak ceza koşulunun yalnızca bir kez talep edilebileceği sonucuna varmak mümkün olacaktır⁶⁰⁰.

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Talep Edilemeyeceği Haller

a. Ceza Koşulunu Talep Hakkından Açıkça Feragat Edilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun ifaya eklenen ceza koşulunu düzenleme altına alan 179/2 hükmü, “*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için*

⁵⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 2.

⁵⁹⁹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 52; KOCAAĞA, s. 138; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 540; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 350; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 12.

⁶⁰⁰ GÜLSEVEN, s. 41; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 56; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 19-20.

kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkında açıkça feragat etmiş.....olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir” demektedir. Görüleceği üzere, kanun koyucu ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkında açıkça feragat edilmesi halinde artık ceza koşulunun istenemeyeceğini düzenleme altına almıřtır⁶⁰¹.

Yüklenicinin ceza koşulu isteme hakkında feragat ettiğine ilişkin beyanı tek taraflı bir hukuki işlem olup bu beyanın mutlaka açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir⁶⁰². Nitekim bu husus TBK m. 179/2’de, *“alacaklı, hakkında açıkça feragat etmiş.... olmadıkça”* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

b. İfanın Çekince İleri Sürmeksizin Kabul Edilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 179/2 hükmü, *“Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”* düzenlemesini haizdir.

Buna göre ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin teslimde gecikmesi halinde iş sahibi hiçbir çekince ileri sürmeden yapıyı teslim alırsa ceza koşulu isteme hakkında örtülü olarak feragat etmiş sayılacaktır⁶⁰³. Dolayısıyla

⁶⁰¹ AKINTÜRK/ATEş, s. 166; BÜYÜKAY, s. 232; ÇAKIROğLU, s. 86; DİRİCAN, s. 73-74; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 382; KABAKLIOğLU ARSLANYÜREK, s. 52; KARAKAş, s. 43; A. KILIÇOğLU, s. 990; KOCAAğA, s. 143; KOCAAğA, Sözleşme, s. 130; KURT, s. 220; OğUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 541; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOğLU/ALTOP, s. 351; USTA, s. 122.

⁶⁰² KURT, s. 220; MEşE HACIOSMANOğLU, s. 90; TUNÇOMAğ, Cezai şart, s. 114-115; YAğCIOğLU, s. 210.

⁶⁰³ ARICI, s. 34; AYAN, s. 201; AYDEMİR, s. 546; BİLGE, s. 101; BÜYÜKAY, s. 232; ÇAKIROğLU, s. 87; Buradaki örtülü vazgeçme, hakim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır DİRİCAN, s. 76; EKİNCİ, s. 326; EREN, s. 1186; GÜLSEVEN, s. 42; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 382; KABAKLIOğLU ARSLANYÜREK, s. 52; KARAKAş, s. 70; KOCAAğA, s. 143; KOCAAğA, İnşaat, s. 151; KOCAAğA, Sözleşme, s. 130; Çekince ileri sürülmeksizin ifanın kabul edilmesi durumunda iş sahibinin ceza koşulu alacağından vazgeçme iradesi olmasa bile ceza koşulu alacağını talep hakkı ortadan kalkacaktır KURşAT, s. 427; KURT, s. 220; OğUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 541; OLGAÇ, s. 102; ÖZ, s. 159; TANDOğAN, s. 136; TEKELİOğLU, s. 174; TUNÇOMAğ, Cezai şart, s. 115; USLU, s. 144; UYGUR, Cilt 4, s. 4347; YAğCIOğLU, s. 207; Yarg. 3. HD, 27.5.2021, 5264/5636; “Ancak işlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir. Dosya kapsamından davacının dava konusu bağımsız bölümü 04.02.2010 tarihli teslim tutanağı ile herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim aldığı anlaşılmaktadır. O halde Mahkemece, davacının kira tazminatı talebine ilişkin açıklanan hususlar değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (E.T.: 16.08.2021, www.kazanci.com.tr); Yarg. 15. HD, 12.2.2018, 5576/499; “Taraflar arasında imzalanan sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şart niteliği itibariyle 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 179/2. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezadır. Bu cezanın talep edilebilmesi için eser teslim alınırken anılan cezayı isteme hakkının saklı tutulması veya sözleşmede ihtirazi kayda gerek olmaksızın cezai şart

feragat beyanının geri alınması mümkün olmadığından iş sahibinin sonradan ceza koşulunu talep edebilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁰⁴.

Konu ile ilgili açıklamalara geçmeden önce belirtmek isteriz ki TBK m. 179/2 hükmünde geçen “ifayı kabul” ibaresinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Zira çalışmamızın “Teslim Kavramı” başlığı altında belirttiğimiz üzere, inşaat sözleşmesinde yapının kabulü ile teslimi farklı kavramlar olup kabul, iş sahibinin teslim aldığı yapının sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğunu açıklayan irade beyanıdır. Madde hükmünde geçen ifayı kabul ibaresi ile ayıptan sorumluluğu ortadan kaldıran kabul beyanı değil, yapının teslim alınma anı kastedilmekte ve bu anlamda bir kavram karışıklığına mahal vermektedir. Bu nedenle çekince ileri sürülmesi gereken zamanı, yapının teslim alınma anı olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Çekince ileri sürme diğer adıyla ihtirazi kayıt; iş sahibinin yükleniciye yönelttiği, ifayı kabul etmekle birlikte ceza koşulu talebini daha sonra ileri sürülebilmesine imkan sağlayan başka bir deyişle hakkın korunmasına yarayan bir irade açıklamasıdır⁶⁰⁵. Bu beyan herhangi bir şekil şartına tabi olmamakla birlikte iş sahibinin ceza koşulu talep ettiğine ilişkin çekincesini açıkça ortaya koyması menfaatine olacaktır⁶⁰⁶. Zira yapının çekince ileri sürülerek teslim alındığını ispat yükü iş sahibine ait olacak ve bunu ispatlayamayan iş sahibinin ceza koşulunu talep hakkı sona erecektir⁶⁰⁷. İş sahibi tarafından çekince ileri sürüldüğü davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından re’sen de dikkate alınabilecektir⁶⁰⁸.

İş sahibinin en geç teslim anında yapının teslimi ile birlikte ifaya eklenen ceza koşulunu da talep ettiğini yükleniciye beyan etmesi gerekmektedir. Teslim borcunun yüklenicinin bildirimini ile yerine getirildiği durumlarda iş sahibinin bildirimini alır almaz ceza koşulu istemini

istenebileceğine dair bir hüküm bulunması gerekir. Aksi halde ihtirazi kayıt konulmaksızın eserin teslim alınması durumunda ceza düşer. Somut olayda davacı yan tarafından eserin teslim alındığı dava dilekçesi ve ihtarnamede açıklanmakla birlikte, cezai şarta dair bu hakkın saklı tutulduğu davacı yan tarafından iddia ve kanıtlanmış olmadığından cezai şart talebine dair davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir” (E.T: 05.05.2020, www.kazanci.com).

⁶⁰⁴ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 52; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 540; YAĞCIOĞLU, s. 209-210.

⁶⁰⁵ COŞKUN, s. 801; DİRİCAN, s. 74; DUMAN, İnşaat, s. 718; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 94; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 876.

⁶⁰⁶ DİRİCAN, s. 75; EKİNCİ, s. 329; KURT, s. 220; OLGAC, s. 103; OZANOĞLU, s. 104; PEKTAŞ, s. 111; TEKELİOĞLU, s. 174; USTA, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 203.

⁶⁰⁷ AYAN, s. 201; KOCAAĞA, s. 298; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 119; USLU, s. 144, 148; USTA, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 206.

⁶⁰⁸ COŞKUN, s. 801; KURT, s. 220; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 95; USTA, s. 123.

saklı tuttuğunu beyan etmesi gerekmektedir⁶⁰⁹. Bu noktada saklı tutma açıklamasının yapılması gereken zaman konusunda katı davranılmaması gerektiği ve iş sahibinin işlerin normal akışına göre uygun bir zamanda yapılmasının yeterli olduğu savunulmaktadır⁶¹⁰. Hatta TUNÇOMAĞ, saklı tutma iradesinin ifanın gerçekleştirildiği sırada da var olduğunun anlaşılması durumunda saklı tutma açıklamasının ifadan önce dahi yapılabileceğini savunmaktadır⁶¹¹. Kısım kısım teslim gerçekleşecek inşaat sözleşmelerinde ise her bir kısmi teslim için kararlaştırılmış olan ceza koşulunun, en geç o kısmın teslimi gerçekleşinceye kadar ileri sürülmesi gerekmektedir⁶¹². Teslimin iş sahibi ile yüklenicinin inşaatı birlikte gezdikten sonra teslim tutanağı imzalaması şeklinde gerçekleştirildiği inşaat sözleşmelerinde çekincenin bu sırada ileri sürülmesi gerekecektir⁶¹³.

⁶⁰⁹ AYAN, s. 202; AYDINCIK, s. 116; CANSAL/ÖZEL, s. 731; DİRİCAN, s. 74; KURT, s. 221; USLU, s. 145; YAĞCIOĞLU, s. 204; SÜTÇÜ, inşaat nama ifa yolu ile inşaat tamamlattırılacaksa ihtirazi kaydın, nama ifa yoluyla inşaat tamamlanmaya kadar ileri sürülmesi gerektiği görüşündedir Cilt-1, s. 1149; AYDINCIK ise, nama ifa sonucu sözleşmeden doğan yapma borcunun, üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmesi ve borçlu tarafından masrafların ödenmesi sonucu yerine getirilmiş olacağını bu nedenle nama ifa talebi ile birlikte ceza koşulunun talep edilmesinin şart olmadığını, nama ifa tamamlanıp borçludan masraflar talep edilirken ceza koşulunun talep edilebileceğini savunmaktadır s. 116. Yargıtay ise nama ifa yoluna başvurulmak üzere yarım kalan inşaatın teslim alınması anında ihtirazi kaydın ileri sürülmesi aksi halde ceza koşulunu talep hakkının sona ereceği görüşündedir, bkz. Yarg. 23. HD, 28.4.2016, 1208/2755; “Davacı vekili, müvekkilinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde davalı yüklenici tarafından üstlenilen 16.02.1998 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapımına başlanan inşaatın bitirilerek ayıpsız ve eksiksiz olarak müvekkiline teslim edilmediğini ileri sürerek, eksikliklerin giderilerek iskân ruhsatının da alınması için tüm masrafları yapmak üzere henüz yüklenicinin hak kazanmamış olduğu 3 ve 8 numaralı bağımsız bölümlerin satılarak inşaatın yüklenici nam ve hesabına tamamlanıp iskân ruhsatının alınması için müvekkiline izin verilmesini ve cezai şart olarak şimdilik 1.000,00 TL tazminat ödemesine karar verilmesini....talep ve dava etmiştir....davacının gecikme cezası talebinin ihtirazi kayıt ileri sürmeden eseri fiilen teslim almış olduğundan yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...”; Yarg. 23. HD, 18.9.2013, 2116/5488; “...davalıların edimlerini yerine getirmediğini, müvekkilinin binaya 39.699,10 TL masraf yaptıkları halde eksikliklerin giderilmediğini ve iskan alınmadığını, sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ödenmesi gerektiğini ileri sürerek, eksik-ayıplı iş bedeli, davalılar adına yapılan masraflar iskan masrafları ve cezai şart için şimdilik 50.000,00 TL'nin tahsiline..., iskan alınması için gereken masrafların tespitiyle müvekkillerine dairelerin satışı ve ifa yetkisi verilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ...ifaya ekli cezai şart kararlaştırılmış ise de, bu nevi cezai şartın tahsil edilebilmesi için hükümde açıkça belirtildiği üzere teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hususun aksine bir anlaşma yapıldığı ileri sürülmüş veya kanıtlanmış değildir. Dosya kapsamına göre ise, davacı olan arsa sahipleriyle halefleri üçüncü kişilerin dava tarihinden önce bağımsız bölümlerini fiilen teslim aldıkları anlaşılmaktadır. Ancak teslim sırasında ihtirazi kayıt koyarak ifaya ekli cezai şart isteme haklarını saklı tuttuklarını ispat etmeye yarayacak herhangi bir delil de ileri sürmemişlerdir. Bu durumda, asıl davada davacıların asıl davaya konu edilen ifaya ekli cezayı isteme haklarının düştüğü dikkate alınarak, bu istemin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”; ayrıca Yarg. 15. HD, 05.07.2004, 2951/3735 sayılı kararı için bkz. SÜTÇÜ, Cilt-1, s. 1150.

⁶¹⁰ Örneğin, ifanın alacaklının bizzat hazır bulunmadığı bir zamanda yapılması ya da alacaklının saklı tutma beyanını borçlunun yardımcısına yapması durumunda alacaklıya sonradan ceza koşulunu saklı tuttuğunu beyan etme hakkı tanınmalıdır KOCAAĞA, s. 291; OZANOĞLU, s. 104; USLU, s. 145.

⁶¹¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 118.

⁶¹² AYAN, s. 202; KURT, s. 221; TANDOĞAN, s. 137; USLU, s. 154; USTA, s. 123; YAĞCIOĞLU, s. 205.

⁶¹³ AYAN, s. 202; KOCAAĞA, s. 292.

İş sahibi tarafından çekince ileri sürülmeksizin yapı teslim alınmış olsa dahi 3 durumda ceza koşulu isteme hakkının düşmeyeceği kabul edilmektedir. Bunlar; yükleniciyi temerrüde düşürmek için iletilen temerrüt ihtarında çekincenin ileri sürülmüş olması, iş sahibi tarafından ceza koşulu alacağı ile yükleniciye ödenmesi gereken inşaat bedelinin takas edilmiş olması, ve çekince ileri sürülmeksizin ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğine ilişkin anlaşma yapılmış olmasıdır⁶¹⁴. Doktrinde bazı yazarlar tarafından teslimin iş sahibinin yapıyı teslim almaya yetkisi bulunmayan ve dolayısıyla ceza koşulu talep edilebilmesi için çekince ileri sürülmesi gerektiğini bilmeyen bir çalışanına yapılmış olması durumunda da ceza koşulunu talep hakkının düşmeyeceği savunulmaktadır⁶¹⁵. Ancak teslim iş sahibinin yetkili temsilcisine yapılmışsa bu durumda yetkili temsilcinin çekince ileri sürülmesi gerektiğini bilip bilmemesi önem arz etmeyecek, çekincesiz olarak yapıyı teslim alan temsilci, iş sahibinin ceza koşulunu talep edebilme hakkını yitirmesine sebep olacaktır⁶¹⁶.

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunun henüz muaccel olmadığı bir dönemde iş sahibi tarafından çekince ileri sürülmesi halinde bu beyanın hüküm ve sonuç doğurup doğurmayacağı doktrinde tartışma konusudur. Doktrinde bazı yazarlar⁶¹⁷, iş sahibi tarafından teslim borcunun henüz muaccel olmadığı bir dönemde çekince ileri sürülmesinin önünde bir engel olmadığını, hatta tarafların gecikerek teslim alınan yapı nedeniyle ceza koşulunun ayrıca talep edileceğine yönelik kaydı sözleşmenin kurulması aşamasında dahi eklemelerinin mümkün olduğunu ileri sürmektedirler.

⁶¹⁴ AYAN, s. 202-203; DİRİCAN, s. 75; KURT, s. 221; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 96; OLGAC, s. 103; OZANOĞLU, s. 105; Yarg. 15. HD, 25.3.2021, 2512/1196; "...Somut olayda sözleşmenin 34.3 maddesinde "gecikme cezası ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir." hükmü yer almaktadır. Sözleşmenin bu hükmü karşısında ve iş sahibi gecikme cezası miktarınca ödemeden kaçındığından ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim alma nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 179/2 maddesi anlamındaki ifaya ekli cezanın düştüğünü kabul etmek mümkün değildir. Diğer bir anlatımla davalı idare malın teslimi üzerine mal bedelini cezai şart alacağı kadar eksik ödemekle, ihtirazi kayıt dermeyeran etmiş sayılır. Kaldı ki, davalı idare simülatörlerin geçici kabulünden önce 13.07.2015 tarihinde yükleniciye gönderdiği ihtarnamede "işin teslim süresini 17.02.2015 tarihinde dolduğunu, simülatörlerin geçici kabul işlemleri yapılmak üzere ivedilikle teslim edilmesinin beklenildiğini, sözleşme gereği belirlenen teslim süresinin bitiminden işin idareye teslim edilmesi anına kadar geçecek olan gecikme süresine ilişkin olarak sözleşmenin 34. maddesinde yer alan cezai işlemlerin uygulanacağını bilmesinin önem arz ettiğini..." yükleniciye bildirerek ceza isteme hakkını saklı tutmuştur. Saklı tutmanın açık olması gerekmele birlikte mutlaka "çekince" veya "saklı tutma" gibi kelimelerin kullanılması gerekli olmayıp, bu anlama gelen kelime veya ifadeler kullanılabilir..." (E.T.: 18.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶¹⁵ DİRİCAN, s. 77; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 232; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 118.

⁶¹⁶ DİRİCAN, s. 77; ŞAHİN, s. 332.

⁶¹⁷ DİRİCAN, s. 77; USLU, s. 151.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 179/2 emredici nitelikte olmadığından tarafların ifanın kabul edilmesinden sonra da çekince ileri sürülebileceğine veya çekince ileri sürülmeksizin ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğine ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür⁶¹⁸. Ayrıca böyle bir anlaşma olmasa dahi çekince ileri sürmeksizin ifayı kabul eden ve ceza koşulunu talep hakkını kaybeden iş sahibinin TBK m. 112 uyarınca genel hükümlere göre zararlarını talep edebileceği unutulmamalıdır⁶¹⁹.

3. İş Sahibinin Seçimlik Hakkını Kullanmayı Geciktirmesi

Gecikilen süreye bağlı olarak artacak şekilde kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunda ödenecek meblağ her geçen gün artış gösterecektir⁶²⁰. Taraflar bu konuda bir üst sınır belirlemişlerse sorun yoktur, ancak böyle bir üst sınır belirlenmemişse iş sahibinin uzun süre sessiz kalarak ceza koşulunun artmasına sebebiyet vermesi durumu ortaya çıkabilir. Bu durumda ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar tarafından⁶²¹, iş sahibinin ceza koşulunun miktarını arttırmak için uzun süre sessiz kalıp aynen ifade TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırı şekilde diretemeyeceği, iş sahibinin bu davranışının zararın artmasına neden olan ortak kusur niteliğinde kabul edilmesi ve ödenmesi gereken ceza koşulu miktarından ortak kusur indirimi yapılması gerektiği savunulmaktadır

Yargıtay da 1991 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'ndan önceki dönemde⁶²² bu görüşü benimsemiş ve işin tamamlanması için gerekli olan makul süre kadar ceza koşuluna

⁶¹⁸ KOCAĞA, s. 300; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 96; USTA, s. 123.

⁶¹⁹ DİRİCAN, s. 77; KOCAĞA, s. 308; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 91; YAĞCIOĞLU, s. 208.

⁶²⁰ KURT, s. 233; OLGAÇ, s. 108; OZANOĞLU, s. 93; TEKELİOĞLU, s. 170.

⁶²¹ Z. ATEŞ, s. 34; AYDEMİR, s. 383; BÜYÜKAY, s. 231; KURŞAT, s. 431; KURT, s. 233-234; OZANOĞLU, s. 94-95; TANDOĞAN, s. 134; TEKELİOĞLU, s. 170; YAKUPPUR, s. 106.

⁶²² YHGK 1991/ 15-340 Esas 1991/ 467 Karar; "Taraflar arasındaki uyuşmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar bu dava ile sözleşmede açıklanan teslim tarihinden itibaren davacılar ait 9 bağımsız bölüme beher daire için aylık 300.000 TL. kira tazminatı istemişlerdir....Kural olarak, davacılar kendi davranışları ile davalıların durumunu ağırlaştırmamak zorunluluğundadırlar (Borçlar Kanununun 98-44 md). Öyleyse davacılar ihtar tarihinde Medeni Kanun'un 2. maddesindeki doğruluk kuralı uyarınca, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesindeki seçimlik haklarını kullanmaları gerekir. Bu durumda 11.5.1988 tarihinden itibaren inşaatteki eksikliklerin ne kadar sürede tamamlanabileceği uzman bilirkişi aracılığı ile tespit edilerek teslim tarihinden itibaren beklenen beş ay ve eksikliklerin giderilmesi için gerekli süre eklenmek suretiyle bulunacak tarihler arasındaki dönem için kira tazminatı istenebilir. Öte yandan davalıların 11.000.000 TL kira tazminatı ödedikleri uyuşmazlık konusu olmadığına göre bu miktar saptanacak kira tazminatından düşülmek suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde karar kurulması yasaya aykırıdır, gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir....Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Özel Dairenin görüşüne göre: Eser sözleşmelerinde, işin belirli süre sonunda bitirilmemesi "teslimde gecikme" halinde, iş sahibinin uygun bir süre bekledikten sonra

hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir⁶²³. Ancak 1991 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile bu uygulamadan dönülmüş ve gerekçeleri de açıklanarak söz konusu uygulamanın yerinde olmadığına hükmedilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 tarihli

(olayımızda davacının beş ay bekleme süresi uygun süre kabul edilmiştir) "Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde belirlenen seçimlik hakkını kullanması gerekeceği" ve alacaklının (davacı) sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemesi halinde", işin teslimini geciktiren eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan süre de belirlenerek"; sonuçta, "sözleşmeye göre teslim tarihi ile seçimlik hakkını davalıya bildirdiği (ihtar) tarihi arasındaki uygun süre" ve ihtar tarihinden sonra " işin tamamlanabileceği süreyle "sınırlı olmak üzere tazminata hükmedilmelidir. Başka bir deyişle sözleşme eylemli olarak daha uzun sürede yerine getirilmiş olsa bile, "uygun süre ve soyut olarak belirlenen bitiş için gerekli süreyi aşan günler dayanağı ise BK'nın 44 ve Medeni Kanun'un 2. maddesi olduğu ileri sürülmüştür...BK'nın 44. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur BK'nın 41. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir....Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olması kanıtlanmamıştır....Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanasımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemi durumu bunun kanıtıdır. Bu nedenlerle davacının, BK'nın 44. maddesindeki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur. MK'nın 2/I. maddesinde belirlenen "doğruluk ve güven kurallarının (objektif hüsnüniyet) somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması (Pacta sunt serventa ahta vefa) ilkesi gereğidir. Çünkü, doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat -cezaî şart- ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için "öngörülmeleyen bir nedenin" sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir (S. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sh: 309). Olayımızda, ne öngörülmeleyen bir hal ve ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde 45.000.000 TL tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki, davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını (Cezai şartı) ödememekte direnmekte, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına (MK. m. 2/1.) aykırıdır. Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi "hakkın kötüye kullanılması olarak da nitelendirilemez. (MK.2/2). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı haller" de söz konusu olabilir (S. Edis, age, Sh: 324). Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur....Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat isteminin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokma ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır...Yargıtay denetiminin yapıldığı bu davada ise, davacıyı sözleşmeden doğan hakkını istemesinde ne eleştirilecek yan ve ne de davalıya zarar vermek kastı olduğu söylenebilir. Davacının geç teslim nedeniyle gerçekleşen zararının karşılığını istediği de göz ardı edilmemelidir....O halde usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararı onanmalıdır" (E.T.: 22.11.2020, www.turkhukuksitesi.com).

⁶²³ Yarg. 15. HD, 29.06.1988, 4232/2458 ve Yarg. 15. HD, 02.11.1990, 2094/4988 sayılı kararları için bkz. KURT, s. 233.

kararında özetle, zarar görenin kusurunu düzenleyen TBK m. 52'nin uygulama alanı bulamayacağı, davacı alacaklının işin geç tesliminde zararın oluşmasına veya artmasına neden olan bir davranışının söz konusu olmadığı bu nedenle ortak kusur nedeniyle tazminatta indirim yapılamayacağı; TMK m. 2 bakımından yapılan değerlendirmede ise alacaklının, borçluyu zarara sokma ve onun durumunda yararlanma amacı olmaksızın salt borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yummasının tek başına hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği karara bağlanmıştır.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından 1991 tarihli YHGK kararına paralel bir görüş benimsenerek kanunun kendisine tanıdığı hakkı kullanan iş sahibinin kötü niyetli olduğundan ve ortak kusurundan söz edilemeyeceği savunulmaktadır. Bu durumda cezanın artmasını istemeyen yüklenicinin umut verici hareketlerden vazgeçerek ifayı gerçekleştiremeyeceğini iş sahibine açıkça bildirmesi gerektiği aksi halde işi uzatan yüklenicinin ceza miktarının artmasına katlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁶²⁴.

Kararın gerekçesine katılmakla birlikte sonuç kısmını eleştiren görüş ise teslim borcunun vadesi geçmesine rağmen iş sahibinin hiçbir beyanda bulunmadığı, suskun kaldığı her durumda aynen ifa ve ifaya eklenen ceza koşulunu talep ettiğine yönelik faraziyenin uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş, teslim vadesi geçmesine rağmen her iki tarafın da karşı tarafın borcunu ifa etmesi için herhangi bir talepte bulunmadığı, aynı şekilde kendi borçlarını da ifa etmedikleri durumlarda taraflar arasında örtülü bir ikale sözleşmesi bulunduğu ve bu ikale anlaşması ile borç ilişkisini sona erdirdiklerinin kabul edilmesini gerektiğini belirtmektedir. O halde bu görüş uyarınca iş sahibinin aynen ifada ısrar etmesi nedeniyle mi olduğu yoksa taraflar arasında örtülü bir ikale anlaşmasının söz konusu olması nedeniyle mi suskun kaldığının değerlendirilmesi, şayet iş sahibinin aynen ifada belirttiği sonucu çıkarılıyorsa ne kadar süre sessiz kaldığından bağımsız olarak işlemiş olan tüm ceza koşuluna hak kazanacağı sonucu ortaya çıkacaktır⁶²⁵.

Doktrinde konuya ilişkin ikili bir ayırım yapılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre eğer yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağı açıkça anlaşılıyor ise -örneğin, yüklenici inşaatı tamamlamayacağını açıkça bildirmiş veya inşaat alanını terk etmişse- iş sahibi en fazla inşaatın bitirilmesi için gerekli sürenin sonuna kadar işleyecek ceza

⁶²⁴ KOCAĞA, Sözleşme, s. 129; USLU, s. 136.

⁶²⁵ DİRİCAN, s. 98-99.

koşulunu talep edebilecektir. Şayet yüklenici inşaatı tamamlayabilmek için faaliyette bulunuyor ve bu yönde bir izlenim oluştuyorsa yüklenicinin gecikmeden doğan zararları karşılamayı göze alarak yapıyı teslim etmeyi arzu etmekte olduğu kabul edilecek, bu nedenle iş sahibi aynen ifadan vazgeçmediği sürece ne kadar uzun bir süre olursa olsun işleyecek ceza koşuluna hak kazanabilecektir⁶²⁶. Ancak bu görüş eleştirilmekte ve pratik açıdan adil görünen bu çözümün hukuki açıdan sorun teşkil edebileceği, kusurlu davranışı ile işi geciktiren taraftan tazminat istenebilmesinin gayet tabii olduğu, zarara uğrayan kişiden mutlaka ifadan vazgeçmesinin beklenemeyeceği ve TBK m. 112 hükmü gereğince gecikmeden doğan tüm zararın veya kararlaştırılmış ise ceza koşulunun talep edilebileceği savunulmaktadır⁶²⁷.

Biz cezanın artmasını istemeyen yüklenicinin umut verici hareketlerden vazgeçerek yapıyı ifa zamanında teslim edemeyeceğini iş sahibine açıkça bildirmesi gerektiği aksi halde işi uzatan yüklenicinin ceza miktarının artmasına katlanması gerektiği yönündeki KOCAAĞA'nın görüşüne katılmakla birlikte bu görüşün soruna çözüm ürettiğini düşünmüyoruz. Zira KOCAAĞA'nın belirttiği gibi yüklenici iş sahibine inşaatı teslim edemeyeceğini bildirse dahi iş sahibi seçimlik haklarını kullanmayı yine geciktirebilecek veya sessiz kalmayı seçebilecektir. Başka bir deyişle yüklenici yapıyı teslim edemeyeceğini bildirmiş olsa dahi iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının karşılanmasını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının karşılanmasını talep etmeyi yine de geciktirebilecektir. Örneğin iş sahibi, yüklenicinin yapıyı teslim edemeyeceğini bildirmesinden sonra 6 ay boyunca seçim hakkını bildirmemiş ve 6. ayın sonunda ifadan vazgeçerek olumlu zararının karşılanmasını istemiş olsun. Bu durumda olumlu zarar kapsamında ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebileceğinden yüklenici iş sahibinin 6 ay boyunca suskun kalması ve seçim hakkını bildirmemiş olmasından dolayı bu süre boyunca işleyecek ifaya eklenen ceza koşulunu karşılamak zorunda kalacaktır. Bu durumda ilk görüş doğrultusunda soruna yine TMK m. 2 ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde çözüm aramak gerekeceği, iş sahibinin yüklenici tarafından yapının teslim edilemeyeceğinin açıkça bildirildiği veya iş sahibi tarafından anlaşılabilecek şekilde inşaatı terk ettiği durumlarda bu tarihten sonra işleyecek ceza koşuluna hak kazanamaması gerektiği görüşündeyiz.

⁶²⁶ DUMAN, İnşaat, s. 720; ERMAN, s. 91-94; KURT, s. 223; ÖZ, s. 158; USTA, s. 130.

⁶²⁷ Zamanaşımı süresinin dolmasına kadar işleyecek ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceği görüşünde bkz. AYAN, s. 192; SELİÇİ, s. 75.

Uygulamada genellikle teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına tabi tutulduğundan çalışmamızda bahsedilmiştir⁶²⁸. Yüklenicinin yapı kullanma iznini zamanında almasını sağlamak amacıyla iş sahibi lehine ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırıldığı da görülmektedir. Bunun gibi teslimin yapı kullanma izninin alınması şartına tabi tutulduğu inşaat sözleşmelerinde yapı zamanında teslim edilse dahi iş sahibi yapı kullanma izninin zamanında alınmasını sağlamak için kararlaştırılan bu ceza koşulunu talep edebilecektir⁶²⁹.

C. Ceza Koşulunun Seçimlik Hakların Kullanılması İle İlişkisi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kanun koyucu, alacaklıya temerrüde düşmede kusurlu olan borçludan ifanın yanında gecikme tazminatı talep etme hakkı tanımıştır (TBK m. 118, TBK m. 125/1). Gecikme tazminatı, her türlü borç ilişkisinde geçerli olan borçlu temerrüdünün genel bir sonucudur⁶³⁰. Bunun yanı sıra kanun koyucu alacaklıya, edimin aynen ifasından vazgeçerek ifa yerine olumlu zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini isteme şeklinde iki seçimlik hak daha tanımıştır (TBK m. 125/2). İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen başka bir deyişle karşılıklı bir sözleşme olduğundan iş sahibi, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde TBK m. 125'in birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen seçimlik haklarını kullanabilecektir⁶³¹.

Ceza koşulu iş sahibine kanundan doğan bu saydığımız hakların yanında yeni ve bağımsız bir talep daha sağlamaktadır. İş sahibi dilerse yalnızca sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu talep edebilecek dilerse de borçlu temerrüdünden doğan bu haklarını kullanabilecektir⁶³².

⁶²⁸ Bkz. Birinci Bölüm I. A. 3.

⁶²⁹ KOCAAĞA, s. 275; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 89.

⁶³⁰ BÜYÜKAY, s. 229; ENLİ, s. 103; EREN, s. 1109; GÜMÜŞ, s. 37; KURT, s. 238; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 479; OZANOĞLU, s. 76; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 485; Gecikme tazminatı ile ceza koşulu kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Gecikme tazminatı; TBK m. 118 ve 125/1'de düzenleme altına alınan ve sözleşme ile kararlaştırılmasına gerek olmaksızın kanundan doğan bir haktır. İnşaat sözleşmeleri bakımından yapının teslimi gereken tarihten teslim tarihi kadarki süreye ilişkin olarak ihtirazi kayıt aranmaksızın talep edilebilir. Ancak gecikme tazminatı için zarara uğranılmış olması şarttır. Ceza koşulu ise mutlaka sözleşme ile kararlaştırılması gereken, talep edilebilmesi için zararın aranmadığı, fer'i nitelikte bir alacaktır. Ayrıca gecikme tazminatının, ceza koşulu gibi indirilme imkanı da yoktur zira gerçek zararın karşılığıdır OLGAC, s. 105.

⁶³¹ DİRİCAN, s. 107-108; ENLİ, Makale, s. 104-105; EREN, s. 1109; HAVUTÇU s. KURT, s. 238. SEÇER, s. 151.

⁶³² YAGCIOĞLU, s. 194.

Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu elde etmek isteyen iş sahibinin bu seçimlik haklarından hangisini seçmesi gerektiği kararlaştırılan ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu veya ifaya eklenen ceza koşulu olması durumunda farklılık arz edecektir. Aşağıda bu seçimlik hakların ceza koşulu türleri arasındaki ilişkisi her iki ceza koşulu türü için ayrı ayrı açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Seçimlik Ceza Koşulu Bakımından

a. Aynen İfa Talep Eden İş Sahibinin Durumu

Seçimlik ceza koşulunun asıl borcun ifası ile birlikte istenebilen bir ceza koşulu türü olmadığı ve ancak asıl borcun ifasından vazgeçilmek suretiyle talep edilebileceğinden çalışmamızda bahsedilmişti⁶³³. Bu nedenle yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin, sözleşmede kararlaştırılan seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için aynen ifayı talep etmemesi gerekir. Başka bir deyişle, aynen ifa talebi seçimlik ceza koşulunun talep edilebilmesine engel olmaktadır⁶³⁴.

Seçimlik ceza koşulunda alacaklı iş sahibi, seçimlik hakkını varması gerekli ve tek taraflı irade beyanı ile kullanacaktır⁶³⁵. Bu hak mahiyeti gereği değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğundan iş sahibi seçimini yaptıktan sonra bundan dönmeyecek ve beyanını geri alamayacaktır⁶³⁶. İş sahibinin seçim beyanı yükleniciye ulaştıca hüküm ve sonuçlarını doğuracak, seçimlik ceza koşulunun seçilmesi halinde yüklenici yapıyı teslim borcundan

⁶³³ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 1.

⁶³⁴ YAĞCIOĞLU, s. 191.

⁶³⁵ ANTALYA, O. Gökhan, s. 554; BİLGE, s. 99; CANSAL/ÖZEL, s. 722; COŞKUN, s. 795; KARAKAŞ, s. 39; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 107

⁶³⁶ DİRİCAN, s. 28; EKİNCİ, s. 306; EREN, s. 1184; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 139; KARAKAŞ, s. 39; KOCAĞA, s. 184; OLGAC, s. 102; UÇAR, s. 55; USTA, s. 112; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 874; YAĞCIOĞLU, s. 187; YAKUPPUR, s. 95; Yarg. 23. HD, 15.12.2020, 866/4307; “...Bu durumda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini düşünen taraf, sözleşmenin ifasını ya da bu cezanın tahsilini isteyebilecektir. Bir başka deyişle sözleşmenin ifasını isteyen taraf aksi sözleşmede açıkça yazılı olmadığı sürece cezayı, ceza isteyen ise ifayı isteyemez. Alacaklı, seçimlik hakkını kullandığında artık bununla bağlıdır. Yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan seçim hakkını kullanma halinde bu haktan diğer tarafın rızası olmadığı sürece vazgeçilmesi mümkün değildir. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 21.05.2010 tarihli sözleşmede, “iş bu sözleşme koşullarına uymayan taraf 50.000 Euro ceza-i şart ödeyecektir.” hükmüne yer verilmiş olup, kararlaştırılan bu ceza seçimlik ceza niteliğinde olduğundan, asıl davada akdin ifasını isteyen davacı tarafın, asıl davadan sonra açtığı işbu birleşen davada seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir” (E.T.: 03.08.2021, www.kazanci.com.tr).

kurtulacaktır⁶³⁷. Bu durumda bir görüş⁶³⁸, yapının teslimini talep eden iş sahibinin artık bundan vazgeçip ceza koşulunu talep edemeyeceğini, diğer görüş ise⁶³⁹ yüklenicinin borcu ifa etmeye yönelik faaliyetlerde bulunmaması durumunda iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu talep edebileceğini savunmaktadır. O halde ikinci görüşün benimsenmesi halinde aynen ifayı seçerek yapının teslimini talep eden iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu talep etme hakkını kaybettiği savunulamayacağından iş sahibinin ek süre tayin ederek diğer seçimlik haklarına başvurabileceği kabul edilecektir.

b. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararını Talep Eden İş Sahibinin Durumu

Yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için TBK m. 125'deki seçimlik haklarından “*ifadan vazgeçerek olumlu zararı isteme*” şeklindeki seçimlik hakkını seçmesi gerekmektedir. Zira seçimlik ceza koşulunda ifa ile ceza koşulu arasında bir seçim yapılması gerektiğinden ifanın talep edilmesi durumunda ceza koşulu istenemeyecektir. Bu nedenle, TBK m. 125/1 gereği ifa ile gecikme tazminatını veya TBK m. 125/2 gereği sözleşmeden dönerek olumsuz zararını isteyen alacaklı seçimlik ceza koşulunu isteyemeyecektir⁶⁴⁰.

⁶³⁷ BİLGE, s. 99; ÇAKIROĞLU, s. 86; DİRİCAN, s. 115; EKİNCİ, s. 306; EREN, s. 1184; A. KILIÇOĞLU, s. 986; KOCAĞA, s. 184; OLGAC, s. 102; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 875; UÇAR, s. 55; YAĞCIOĞLU, s. 186.

⁶³⁸ CANSEL/ÖZEL, s. 722; EKİNCİ, s. 312; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 78; KARAKAŞ, s. 39; Asıl borcun ifası talep edildikten sonra bundan dönülmesi ve ceza koşulunun talep edilebilmesinin kabulü, yenilik doğuran hakların mahiyeti ile bağdaşmayacağı görüşü için bkz. TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 109.

⁶³⁹ BUZ, seçim hakkının karşı tarafa ulaştıktan sonra geri alınamayacağı görüşüne karşı çıkmakta ve hukuki bir belirsizlik yaratmayan iki durumda kullanılmış olan seçim hakkının geri alınabileceğini savunmaktadır. İlk durum, muhatabın muvafakat göstermesi; ikinci durum ise muhatabın yenilik doğuran beyana gerekli borcun ifasını imkânsız hale gelmesi ihtimalinde alacaklının artık ceza koşulu isteyemeyeceğini; aksi kabulün hakkaniyete uygun düşmeyeceğini ileri sürmektedir, s. 100; DİRİCAN, s. 110; Borçlunun asıl borcun ifasını seçmesi halinde ceza koşulu alacağından feragat etmiş sayılacağı ve artık bundan dönemeyeceği ve fakat tarafların asıl borcun ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun istenebileceği yönünde anlaşma yapmaları halinde alacaklının sonradan ceza koşulunu isteyebileceğini görüşü için bkz. EREN, s. 1184; KOCAĞA, s. 250-251; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 349; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 429; USTA, s. 113; YAĞCIOĞLU, s. 189.

⁶⁴⁰ DİRİCAN, s. 112; CANSEL/ÖZEL, s. 724; KARAKAŞ, s. 41; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 539; Konu ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. KOCAĞA, s. 165 vd.; KAPANCI, s. 675; PEKTAŞ, s. 89; USLU, s. 68; YHGK, 29.11.2017, E. 2017/3-998, K. 2017/1459; “Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde ödenmek üzere cezai şart vaad edilmiş ve aksi de sözleşmede öngörülmemiş ise alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezai şartın ödenmesini isteyebilir. Seçimlik cezai şartta alacaklı seçimlik bir yetkiye sahiptir. Buna göre o şartın gerçekleşmesi yani borçlunun asıl edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda ya asıl edimin ifasını ister ya da bundan vazgeçerek cezai şartın ödenmesini talep eder. Seçimlik cezai şartta alacaklı hem asıl edimin ifasını hem de cezai şartın ödenmesini isteyemeyecektir”; Yarg. 15. HD, 28.6.2018, 6546/2760; “...Somut olaya gelince, davacı iş sahibi,...35. Noterliği vasıtasıyla davalıya keşide ettiği 04.06.2012 gün 25557 yevmiye numaralı ihtarnamesinin 2. sayfa birinci paragraf ikinci cümlesinde "bu sebeple sözleşmenin feshi gerektiği gibi sözleşmenin 5. maddesinde

Bu durumda iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için iki farklı seçim beyanında bulunması gerekecektir. İlk seçim beyanı, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki ifadan vazgeçildiğini bildirir beyandır. İkinci beyan ise iş sahibinin olumlu zararı yerine seçimlik ceza koşulunu talep ettiğini bildirir beyandır⁶⁴¹.

Çalışmamızda belirttiğimiz üzere ifadan vazgeçilerek olumlu zararın talep edilmesi ile sözleşme geçerliliğini koruyacak ve fakat sözleşmeden doğan asıl borcun yerini tazminat borcu alacaktır. İşte seçimlik ceza koşulunun kararlaştırıldığı sözleşmelerde, iş sahibi tarafından seçimlik ceza koşulunun talep edildiğinin beyan edilmesi üzerine yüklenicinin tazminat borcunun yerini seçimlik ceza koşuluna konu edim alacak, yüklenicinin işbu edimi ifa etmesi gerekecektir⁶⁴².

c. Sözleşmeden Dönen İş Sahibinin Durumu

Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde sözleşmeden dönen iş sahibi seçimlik ceza koşulunu talep edemeyecektir. Zira sözleşmeden dönme ile kural olarak sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkacak ve ortada geçerli bir sözleşme kalmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin ortadan kalkması ile yüklenicinin yapıyı teslim borcu sona erecek ve ceza koşulunun fer'i özelliğinin doğal sonucu olarak talep edilebilecek geçerli bir ceza koşulu da olmayacaktır⁶⁴³. Ancak taraflarca sözleşmeden dönme halinde dahi ceza koşulunun

şart koşulan 500.000 euro tazminatın da iş bu ihtarnamenin muhatap şirkete tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde müvekkil şirkete ödenmesini ihtaren bildiririm" şeklinde beyan ve talepte bulunmuştur. İhtarnamede sözleşmenin feshedilip edilmediği konusunda tereddüt bulunmakta ise de; davacı vekili mahkemeye verdiği 12.11.2014 havale tarihli dilekçesinin 1. sayfada 2. bilirkişi incelemesi talebimizdir başlıklı bölümün ilk paragrafında 04.06.2012 tarihli ihtarname ile sözleşmenin taraflarınca fesh olunduğunu bildirdiği ve yine aynı davacı vekilinin ...Cumhuriyet Başsavcılığı'na sunulmak üzerine ... Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdiği 12.06.2014 tarihli dilekçesinin 3. sayfa ikinci paragrafında ihtarname keşide ederek sözleşmede açıkça belirlenen 500.000 euro cezai şartın ödenmesi ile birlikte sözleşmeyi tek taraflı olarak feshettiklerini bildirmiş olması karşısında ihtarnamedeki beyanın sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen cezai şart talep edilmekle birlikte feshedildiğinin ve bu ihtarname davalı tarafa 06.06.2012 tarihinde tebliğ edilmiş olmakla davalıya ulaştığının kabulü gerekmektedir. Bu durumda kararlaştırılan seçimlik cezanın feshi halinde dahi istenebileceğine dair sözleşmede hüküm bulunmaması ve sözleşmenin 04.06.2012 tarihli ihtarname ile feshedilmiş olması karşısında istenemeyeceğinden..." (E.T.: 19.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁴¹ DİRİCAN, s. 113.

⁶⁴² DİRİCAN, s. 113; EREN, s. 1185; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 79; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 381; KOCAĞA, s. 248; USLU, s. 66.

⁶⁴³ AYDEMİR, s. 547; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 787; BUZ, Dönme, s. 160-161; DİRİCAN, s. 111; GÖKYAYLA, Makale, s. 60; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 186; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 382;

talep edilebileceği kararlaştırılmış ise dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına rağmen ceza koşulu talep edilebilecektir⁶⁴⁴.

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Bakımından

a. Aynen İfa Talep Eden İş Sahibinin Durumu

Sözleşmede ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa iş sahibi ceza koşulunu ancak yapının teslimi ile birlikte talep edebilecektir⁶⁴⁵. Bu nedenle ifaya eklenen ceza koşulunu talep etmek isteyen iş sahibinin, kural olarak gecikmiş teslimde ısrar etmesi gerekir⁶⁴⁶.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin, TBK m. 113 gereğince nama ifa yolunu seçebileceğinden eş deyişle hakimden izin alarak ifanın kendisi tarafından yapılması veya üçüncü kişiye yaptırılmasını sağlayabileceğinden çalışmamızda bahsedilmiştir⁶⁴⁷. İşte nama ifaya izin davası açıldığı takdirde sözleşmeden dönülmediği için iş sahibi, nama ifaya

KAPANCI, s. 668; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 58; **SELİMOĞLU**, s. 341; **ŞAHİN**, s. 329; **USLU**, s. 75; **USTA**, s. 89; **Yarg. 3. HD, 6.10.2020, 3275/5431**; “Davacı, eldeki davada hem ifaya eklenen cezai şart niteliğindeki tazminatı hem de davalı ile söz konusu sözleşmeyi feshederek daire satışından kaynaklı olarak davacı tarafından davalıya ödenen bedelin tahsilini istemiştir. Davacı ödemiş olduğu daire bedelini istediği dava ile sözleşmeden döndüğüne göre artık aynı sözleşmeye dayanarak davalıdan cezai şart talebinde bulunması mümkün değildir...” (E.T.: 04.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁴⁴ **GÖKYAYLA**, Makale, s. 63; **GÜMÜŞSOY KARAKURT**, s. 186; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 382; **ŞAHİN**, s. 329; **USTA**, s. 90; **Yarg. 15. HD, 25.5.2017, 355/2002**; “...Bu halde alacaklı, ya borcun ifası ya da cezanın ödenmesini isteyebileceğinden sözleşmeden dönülmesi halinde seçimlik cezanın sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa talep edilmesi mümkün değildir. Davacı, davasında sözleşmede kararlaştırılan iş bedeli karşılığı çekler sebebiyle borçlu bulunmadığının tespitini ve çeklerin iptalini talep etmiş olmakla iş bedelini istemek suretiyle sözleşmeden dönmüştür” (E.T.: 05.05.2020, www.kazanci.com); **Yarg. 23. HD, 9.9.2015, 2245/4246**; “Yanlar arasında 11.02.2013 tarihinde imzalanan eser sözleşmesi davacı tarafından gönderilen 27.03.2013 tarihli ihtarname ile feshedilmiştir. Sözleşmenin feshi halinde iş sahibi ancak menfi zarar kapsamında tazminat isteminde bulunabilir. İş sahibiyle yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan bütün işlerin 20.03.2013 tarihinde bitirileceği, gecikilen her gün için 250,00 TL gecikme cezası ödeneceğine dair düzenleme uyarınca öngörülen (gecikme tazminatı) ifaya ekli olup müspet zarar kapsamında olduğundan sözleşmede de aksine düzenleme olmadığından karar altına alınması mümkün değildir...” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁴⁵ **KARAKAŞ**, s. 43; **KURŞAT**, s. 427; **KURT**, s. 225; **OLGAÇ**, s. 106; **OZANOĞLU**, s. 94; **ÖZ**, s. 157; **Yarg. 23. HD, 12.12.2018, 1095/5765**; “Dava arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca tapu iptali tescil, karşı dava gecikme nedeniyle cezai şart tahsiline ilişkindir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimin zamanında ifa edilmemesi halinde arsa sahibi sözleşmenin feshini talep edebileceği gibi, fesihten vazgeçerek ifa talep edebilir. Somut olayda sözleşmede belirlenen bu üç aylık süre fesih öncesi yükleniciye tanınan süredir. Arsa sahibi fesihten vazgeçtiğine göre ifanın tamamlandığı tarihe kadar cezai şart talebinde bulunabilir. Ayrıca taraflar arasında düzenlenen 16.01.2004 tarihli protokolle yüklenici kooperatif, davacı karşı davalı arsa sahiplerinin 03.09.2003 ve 30.12.2003 tarihli ihtarnamelerinde belirtilen temerrüt halini kabul etmiş olup arsa sahiplerinin temerrüt tarihi ile teslim tarihi arasındaki cezai şart talep etmesi mümkün olmaktadır...” (E.T.: 05.05.2020, www.kazanci.com).

⁶⁴⁶ **DİRİCAN**, s. 30; **KARAKAŞ**, s. 43.

⁶⁴⁷ Bkz. Birinci Bölüm II. A. 1.

izin ile birlikte sözleşmede kararlaştırılmış ise ifaya eklenen ceza koşulunu isteyebilecektir. Nama ifaya izin davası kararının kesinleşmesinden nama ifanın yapılacağı eş deyişle yapının tamamlanacağı makul sürenin sonuna kadar işleyecek olan ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilecektir⁶⁴⁸.

b. Aynen İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararını Talep Eden İş Sahibinin Durumu

Sözleşmede ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa iş sahibinin ceza koşulunu ancak aynen ifa ile birlikte talep edebileceğinden bahsedilmişti⁶⁴⁹. Bu nedenle iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararını istemesi halinde ifaya eklenen ceza koşulunu elde edemeyeceği açıktır⁶⁵⁰.

c. Sözleşmeden Dönen İş Sahibinin Durumu

İfaya eklenen ceza koşulu başlığı altında açıklamaya çalıştığımız üzere ifaya eklenen ceza koşulu çoğunlukla borcun zamanında ifa edilmesini güvence altına almak üzere kararlaştırılmaktadır. Borcun zamanında ifa edilmesini istemenin alt yapısında aynen ifayı talep arzusu yatmaktadır. Bu nedenle sözleşmeden dönme yönünde iradesini açıklayan iş sahibinin aynen ifayı istediğinden söz edilemeyecektir. Eş deyişle, borcun geç ifa edilmesi halinde talep edilecek olan ifaya eklenen ceza koşulu ile sözleşmeden dönmeyen bir arada bulunamayacağı açıktır.

İş sahibi aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden döndüğü takdirde aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça ifaya eklenen ceza koşulunu isteyemeyecektir. Buna karşılık, inşaat sözleşmesinin ifasına başlanmış olup da sonradan iş sahibi tarafından sözleşme feshedilirse fesih beyanı ileriye etkili olarak sonuç doğuracağından iş sahibi, fesih anına kadar işlemiş olan ceza koşulunu isteyebilecektir⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ AYDINCIK, s. 115; DİRİCAN, s. 53; ŞAHİN, s. 243.

⁶⁴⁹ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 3.

⁶⁵⁰ AYDEMİR, s. 546; DİRİCAN, s. 83; KAPANCI, s. 672; KURŞAT, s. 427; KURT, s. 225.

⁶⁵¹ BÜYÜKAY, s. 232; DUMAN, İnşaat, s. 718; GÖKYAYLA, Makale, s. 62-63; KURT, s. 226; OLGAC, s. 110; SEÇER, s. 273; Yarg. 15. HD, 5.11.2020, 3378/2914; “Olayda, fesih halinde istenmesi mümkün değil ise de sözleşmede belirlenen 30 günlük feshedilemeyen süre için davacının gecikme cezası istemesi mümkün olduğundan mahkemece gecikme cezasının tümüyle reddi hatalıdır. Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi kurulundan alınacak ek rapor ile davalı tarafından yapılan imalatın eksik ve kusurlar dikkate alınarak mevcut hali ile tüm işe göre oranının bulunarak bu oranın tüm iş bedeline oranlanarak davalının

Sözleşmeden dönme halinde ortada geçerli bir sözleşme kalmayacağından ve iş sahibi sözleşmeden doğan hiçbir hakkını ileri süremeyeceğinden *kural olarak* ceza koşulunu da talep edemeyecektir⁶⁵². Ancak çalışmamızın “İş Sahibinin Dönme Beyanı ve Sonuçları” başlığı altında açıklamaya çalıştığımız üzere doktrinde dönmenin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Buna göre, klasik dönme görüşünü savunan yazarlara göre⁶⁵³ dönme halinde sözleşme hiç var olmamış gibi ortadan kalkacağından ceza koşulu da *-tarafarla aksi kararlaştırılmadığı sürece*⁶⁵⁴ ortadan kalkacaktır. Yeni dönme teorisini savunan yazarlara göre ise⁶⁵⁵ dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi haline getireceğinden ifaya eklenen ceza koşulu da şartları gerçekleşmişse talep edilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan ceza koşuluna ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmaması nedeniyle tarafların dönme halinde dönme anına kadar işlemiş olan ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde anlaşmış olmaları mümkündür⁶⁵⁶. Yine taraflarca sözleşmeden dönülse bile ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde anlaşılmış olması halinde de ifaya eklenen ceza koşulu dönmeye rağmen talep edilebilecektir⁶⁵⁷.

Tüm bunların yanı sıra iş sahibinin ancak ek sürenin geçmesi üzerine sözleşmeden dönebileceğinin veya bu ek sürenin bitmesi ile sözleşmenin kendiliğinden hükümsüz kalacağı

hak ettiği miktarın belirlenip bu miktardan davacı tarafından kanıtlanan ödemelerin düşürülerek davalıya fazla ödeme bulunup bulunmadığının saptanması gerekir” (E.T.: 10.05.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁵² DİRİCAN, s. 78; KAPANCI, s. 668; ŞAHİN, s. 328; USLU, s. 157.

⁶⁵³ Bkz. 311 no.lu dipnotta belirtilen yazarlar.

⁶⁵⁴ KOCAĞA, s. 169; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 537, 541; OLGAC, s. 100,102.

⁶⁵⁵ Bkz. 316 no.lu dipnotta belirtilen yazarlar.

⁶⁵⁶ DİRİCAN, s. 82.

⁶⁵⁷ GÖKYAYLA, Makale, s. 63; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 186; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 382; ŞAHİN, s. 329; USTA, s. 90; Yarg. 15. HD, 25.5.2017, 355/2002; “...Bu halde alacaklı, ya borcun ifası ya da cezanın ödenmesini isteyebileceğinden sözleşmeden dönülmesi halinde seçimlik cezanın sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa talep edilmesi mümkün değildir. Davacı, davasında sözleşmede kararlaştırılan iş bedeli karşılığı çekler sebebiyle borçlu bulunmadığının tespitini ve çeklerin iptalini talep etmiş olmakla iş bedelini istemek suretiyle sözleşmeden dönmüştür” (E.T.: 05.05.2020, www.kazanci.com); Yarg. 23. HD, 9.9.2015, 2245/4246; “Yanlar arasında 11.02.2013 tarihinde imzalanan eser sözleşmesi davacı tarafından gönderilen 27.03.2013 tarihli ihtarname ile feshedilmiştir. Sözleşmenin feshi halinde iş sahibi ancak menfi zarar kapsamında tazminat isteminde bulunabilir. İş sahibiyle yüklenici arasındaki inşaat sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan bütün işlerin 20.03.2013 tarihinde bitirileceği, gecikilen her gün için 250,00 TL gecikme cezası ödeneceğine dair düzenleme uyarınca öngörülen (gecikme tazminatı) ifaya ekli olup müspet zarar kapsamında olduğundan sözleşmede de aksine düzenleme olmadığından karar altına alınması mümkün değildir...” (E.T.: 14.08.2021, www.kazanci.com.tr).

şeklindeki bir bozucu şartın kararlaştırıldığı sözleşmelerde, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasının sınırlandırıldığı bu döneme ait ceza koşulunu talep edebilmesi mümkün olacaktır⁶⁵⁸. Yargıtay bir kararında⁶⁵⁹, teslim zamanının geçmesinden sonraki 60 günün bitiminde sözleşmenin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağına kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde bu 60 gün içerisinde iş sahibinin sözleşmeyi feshedemeyeceğine ve bu bekleme süresi boyunca işleyecek ifaya eklenen ceza koşuluna hak kazanacağına hükmetmiştir.

V. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARLARIN TALEP EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Gerek seçimlik ceza koşulu gerekse ifaya eklenen ceza koşulunda aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça aynı zarar dolayısıyla hem gecikme tazminatının hem ceza koşulunun istenebilmesi mümkün değildir⁶⁶⁰. Ancak iş sahibi gecikmeden doğan zararının

⁶⁵⁸ **DİRİCAN**, s. 80; **Yarg. 15. HD, 11.7.2017, 1501/2843**; "...verilen 20 günlük cezalı süreye rağmen işin tamamlanmaması sebebiyle feshedildiğinden, kural olarak fesih halinde ifaya ekli cezai şart istenemez ise de feshedilemeyen bu süre için tahakkuk edecek cezai şart istenebileceğinden mahkemece 20 gün karşılığı; sözleşmenin "Diğer Hususlar" başlıklı bölümünün 6. maddesinde kararlaştırılan günlük 1000,00 TL'den 20.000,00 TL cezai şart alacağının iş sahibi alacağına katılarak davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken..."; **Yarg. 15. HD, 01.10.2004, 4834/4802**; "Davalı yüklenicinin akdi süresinde ve gereği gibi ifa etmediği ortada olup, davacı iş sahibi akdi haklı nedenlerle feshetmiş olmakla, davalıya yapılan fazla ödemeler ile varsa menfi zararlarının ödetilmesini isteyebilir. Sözleşmede gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel, akdin ifasına bağlı olup müspet zarar kapsamındadır. Kural olarak akdi fesheden tarafça istenemez. Ne var ki yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir..." (E.T.: 26.08.2020, www.kazanci.com).

⁶⁵⁹ **Yarg. 15. HD, 01.10.2004, 4834/4802**; "... Ne var ki yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir..." (E.T.: 22.11.2020, www.kazanci.com).

⁶⁶⁰ **CANSEL/ÖZEL**, s. 720; **DİRİCAN**, s. 125; Kanun koyucu ceza ile tazminatın mutlak şekilde birleşmesi ilkesini reddetmiştir **EREN**, s. 1187; **KAPANCI**, her ne kadar kanun böyle bir ayrıma gitmemiş olsa da TBK m. 180/2 hükmünün yalnızca seçimlik ceza koşulu (ifa yerine talep edilebilen) için geçerli olduğunu zira ifa ile birlikte talep edilebilen ceza koşulu bakımından zaten "aşan bir kısım" söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir, s. 666; **KOCAAĞA**, s. 174; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 545; **OZANOĞLU**, s. 96; **Yarg. 23. HD, 12.06.2019, 5375/2621**; "Dava konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 5. maddesinde yer alan düzenleme ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. Dava konusu sözleşmede gecikme tazminatı (kira) ve gecikme cezasının (ifaya ekli cezai şart) ayrı ayrı alınabileceğine dair hüküm yoktur. Bu durumda davacı cezayı aşan zararını ispat etmek koşuluyla talep edebilir" (E.T.: 08.05.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 23. HD, 24.9.2019, 4788/3809**; "Taraflar arasında imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükmü '...her bir daire başına rayiç kira bedeli ifaya bağlı ceza-i şart olarak

kararlaştırılan ceza koşulu miktarından fazla olduğu başka bir deyişle gerçek zarar miktarının ceza koşulunu aştığı durumlarda TBK m. 180/2’ye göre aşan miktarı talep edebilecektir⁶⁶¹.

Aşağıda iş sahibinin ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için gerekli olan şartlara kısaca değinilmeye çalışılacaktır.

B. şartları

1. Ceza Koşulunu Aşan Zarahın Varlığı

İş sahibinin aşan zararının talep edebilmesi için yapının geç tesliminden dolayı ceza koşulunu aşan bir zararının bulunması gerekmektedir⁶⁶². şayet iş sahibinin zararı, ceza koşulu miktarından az veya ona eşitse ceza koşulu yanında aksi kararlařtırılmadıķa bu zararlarının da karşılanmasını talep edemeyecektir⁶⁶³.

Aşan zarar, iş sahibinin ceza koşulu edimi ile karşılanmayan zararlarını ifade etmektedir⁶⁶⁴. O halde aşan zararın talep edilebilmesinin ilk şartı, iş sahibinin uğradığı zarar miktarının sözleşmeden kararlaştırılan ceza koşulundan fazla olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iş sahibinin uğramış olduğu zararların tamamını değil yalnızca ceza koşulu ile karşılanmayan zararlarını talep edebileceđidir⁶⁶⁵. Ancak, TBK m. 180/2 hükmü

denecektir. Bu ceza-i şart kira tazminatından hariç olup, inşaat süresinin bitiminde hiçbir ihtar ve ihbara gerek kalmaksızın muaccel olur...' şeklindeyir. Yazılı madde uyarınca ve temerrütte gerçekleşmiş olduğundan kira tazminatı yanında ceza-i şarta da hükmedilmesi gerekirken reddi hatalı olmuştur” (E.T.: 23.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁶¹ CANSEL/ÖZEL, s. 731; DİRİCAN, s. 125; EREN, s. 1187; ERMAN, s. 96; GÜLSEVEN, s. 51-52; C. GÜNAY, s. 663; KABAKLIOğLU ARSLANYREK, s. 66; KAPANCI, s. 665; KOCAAğA, s. 174; KURT, s. 224; OğUZMAN/Z, Cilt-2, s. 545; OZANOğLU, s. 96; UAR, s. 82; YILDIZ, s. 108.

⁶⁶² CANSEL/ZEL, s. 731; DİRİCAN, s. 124; EREN, s. 1187; ERMAN, s. 96; KABAKLIOğLU ARSLANYREK, s. 66; KARAKAş, s. 65.

⁶⁶³ C. GNAY, Cezai şart, s. 161.

⁶⁶⁴ DİRİCAN, s. 124; KABAKLIOğLU ARSLANYREK, s. 71; YAğCIOğLU, s. 212.

⁶⁶⁵ GÜLSEVEN, s. 52; KABAKLIOğLU ARSLANYÜREK, s. 71; KOCAAğA, s. 312-313; UÇAR, s. 81; Yarg. 15. HD, 8.3.2019, 5290/1015; “...davacı arsa sahibinin teslimdeki gecikme nedeni ile ve yüklenici gecikmede kusurlu olduğundan teslimi gereken tarih 25.06.2009 ise de; talep 24.06.2010 tarihinden olduğundan bu tarihten yapı kullanma izin belgesinin alındığı 26.04.2011 tarihine kadar gecikme nedeni ile talep ettiği bağımsız bölümleri kiraya verememesi sebebi ile uğradığı zarar ve aynı dönem için sözleşmenin 22/IV. maddesine göre isteyebileceği gecikme cezası-cezai şart miktarı konusunda uzman bilirkişiden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp hesaplanacak zarardan istenebilecek gecikme cezası düşüldükten sonra kalan miktarın asıl davada cezayı aşan zarar olarak hüküm altına alınması gerekirken...” (E.T.: 16.08.2021, www.kazanci.com.tr).

emredici nitelikte olmadığından tarafların anlaşarak ceza koşulunun zarardan düşülmeyeceği hususunda anlaşmaları mümkündür⁶⁶⁶.

İş sahibinin, ceza koşulunun zarardan bağımsızlığı özelliği gereğince ceza koşulu alacağını talep edebilmek için zararının oluşup oluşmadığını ispatla yükümlü olmadığından çalışmamızda bahsedilmiştir⁶⁶⁷. Bu noktada ceza koşulu olarak paradan başka bir edim kararlaştırılmış olması ihtimalinde gerçek zararın ceza koşulunu aşp aşmadığının nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelebilir. Bu durumda yapılması gereken ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin parasal karşılığının tespit edilmesidir. Örneğin, ceza koşulu edimi olarak yüklenicinin evinin mülkiyetini iş sahibine devredeceği kararlaştırılmış olsun. Bu durumda ceza koşulunun karşılayamadığı zararın tespit edilebilmesi için öncelikle ceza koşulu ediminin yani taşınmazın ekonomik değerinin tespit edilmesi gerekecektir⁶⁶⁸.

2. Borca Aykırılık İle Zarar Arasındaki İlliyet Bağı

İş sahibi ancak ve ancak yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmemesi ile ceza koşulunu aşan zararları arasındaki illiyet bağına ispat ederek aşan zararını isteyebilecektir⁶⁶⁹. Buna göre, iş sahibinin uğradığı zarar ile ceza koşulunu aşan tutar arasında illiyet bağı bulunmuyorsa iş sahibi aşan zararını isteyemeyecektir⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ EREN, s. 1187; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 161; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; KURŞAT, s. 409; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 98; USLU, s. 167.

⁶⁶⁷ Bkz. İkinci Bölüm I. A. 1.

⁶⁶⁸ Aynı çözüm tarzının ceza koşulunun yapma veya yapmama edimi şeklinde kararlaştırılması halinde de geçerli olacağı görüşü için bkz. DİRİCAN, s. 37-38; Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin parasal değeri tespit edilirken edimin objektif değeri, ifa yerindeki değeri, ifa zamanındaki değeri gibi hususlar değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Bu bakımdan edimin alacaklı bakımından ifade ettiği sübjektif değeri dikkate alınmamalıdır KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 69; USLU, s. 160; YAĞCIOĞLU, s. 240.

⁶⁶⁹ C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 163; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; KARAKAŞ, s. 66; KOCAĞA, s. 316; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 99; UÇAR, s. 82; YAĞCIOĞLU, s. 214

⁶⁷⁰ EKİNCİ, s. 345; GÜLSEVEN, s. 52; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 163; KOCAĞA, s. 316; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 99; UÇAR, s. 82; USLU, s. 164; YAĞCIOĞLU, s. 216.

3. Yüklenicinin Kusuru

İş sahibinin ceza koşulunu talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiğini ve yüklenici kusursuz dahi olsa ceza koşulunun talep edilebileceğini savunan iki farklı görüşün var olduğundan çalışmamızda bahsedilmişti⁶⁷¹.

İş sahibinin ceza koşulunu aşan zararlarını isteyebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiği hususunda ise herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. İş sahibinin ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir⁶⁷². Ancak tarafların, borçlu kusurlu olmasa dahi aşan zararın talep edilebileceği yönünde anlaşmaları mümkündür⁶⁷³.

4. İş Sahibinin Aşan Zararı ile Yüklenicinin Kusurunu İspatı

TBK m. 180/2 hükmü, *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza miktarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez”* düzenlemesini haizdir. Buna göre, iş sahibi uğramış olduğu gerçek zararının, kararlaştırılmış ceza koşulundan fazla olması durumunda bu aşan kısmı ancak ve ancak yüklenicinin kusurunu ispat etmek suretiyle elde edebilecektir⁶⁷⁴.

Görüleceği üzere TBK m. 180/2 hükmü, TBK m. 112 ile getirilen genel kuraldan ayrılarak kusurun alacaklı tarafından ispatlanması şartını aramaktadır⁶⁷⁵. Bu durumda iş

⁶⁷¹ Bkz. İkinci Bölüm II. A. 2 a.

⁶⁷² C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 160; borcun zamanında yerine getirilmemesinin yardımcı kişilerinin kusurunda da kaynaklanabileceği yönünde bkz. s. 67; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; KOCAAĞA, s. 316; UÇAR, s. 81.

⁶⁷³ MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 100; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 125.

⁶⁷⁴ Yarg. 15. HD, 20.12.2018, 2641/5185; “... Bu halde gecikmede yüklenicinin kusurlu ve gecikme nedeniyle uğranılan zararın kararlaştırılan ceza miktarından fazla olduğunun alacaklı-iş sahibi tarafından kanıtlanmış olması koşuluyla cezayı aşan zararın istenmesi mümkündür...Bu durumda davacı tarafça cezayı aşan zararın tahsili istendiğinden, mahkemece taraf delilleri toplanıp gecikmede davalı yüklenicinin kusurlu olup olmadığı ve davacı iş sahibi-alacaklının gecikme nedeniyle uğrayıp kanıtlandığı zarar miktarı araştırılıp, yüklenicinin gecikmede kusurlu olup zararın kanıtlanması halinde uzman bilirkişi kurulundan alınacak gerekçeli ve denetime elverişli raporla davacının gecikme nedeniyle uğradığı zarar miktarı hesaplatırılıp, bulunacak miktardan tahakkuk ve tahsil edilen cezai şart miktarı mahsup edildikten sonra kalan cezayı aşan zarar miktarı üzerinden sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur” (E.T.: 16.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁷⁵ AKSOY, s. 1002; AYDEMİR, s. 386; BİRİNCİ UZUN, s. 150; CANSEL/ÖZEL, s. 727; EREN, s. 1187; GÜLSEVEN, s. 52; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 35; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67-68,73; KAPANCI, s. 666; KOCAAĞA, s. 317; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 100;

sahibinin yapının geç teslimi nedeniyle uğramış olduğu zararının, sözleşmedeki ceza koşulu miktarından fazla olduğunu ve ayrıca yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekecektir⁶⁷⁶.

Bilindiği üzere, ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için iş sahibinin gecikmiş ifada ısrar etmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmede ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırılmış olması ve iş sahibinin gecikmiş ifada ısrar etmesi halinde iş sahibinin geç ifa nedeniyle uğramış olduğu zarar ile sözleşmedeki ifaya eklenen ceza koşulu miktarı arasındaki fark aşan zararını oluşturacaktır. Seçimlik ceza koşulunun talep edilebilmesi için ise iş sahibinin ifadan vazgeçerek olumlu zararını talep etmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu durumda ifadan vazgeçerek olumlu zararını talep eden iş sahibi, olumlu zararının sözleşmede kararlaştırılan seçimlik ceza koşulundan fazla olduğunu ispat ederek aşan zararını talep edebilecektir⁶⁷⁷.

Bu noktada son derece önemli bir noktaya değinmek istiyoruz. Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu düzenleyen genel hüküm TBK m. 112'ye göre borçlunun kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekirken, TBK m. 180/2'ye göre ceza koşulunun aşan zarara ilişkin olarak alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. O halde yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibinin elinde iki imkanın bulunduğunu söylemek mümkündür. İş sahibinin bu noktada doğru bir karar vermesi gerekmektedir. Örnekler üzerinden açıklamak gerekirse; ilk ihtimalde iş sahibinin gerçek zararının 300.000 TL, kararlaştırılan ceza koşulunun ise 250.000 TL olduğunu varsayalım. Bu ihtimalde alacaklının 250.000 TL ceza koşulu ile TBK 180/2 uyarınca 50.000 TL aşan kısmı talep etmesi daha mantıklı olacaktır. Zira iş sahibi, zararının büyük bir bölümünü ceza koşulu ile yüklenicinin kusurunu ispat etmeye gerek olmaksızın elde edebilecektir⁶⁷⁸. İkinci ihtimalde ise iş sahibinin gerçek zararının 100.000 TL, kararlaştırılan ceza koşulunun ise 20.000 TL olduğunu varsayalım. Bu ihtimalde ise iş sahibinin ceza koşulunu hiç talep etmeksizin doğrudan TBK m. 112 genel hükmü uyarınca

OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 545-546; **OZANOĞLU**, s. 96; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 359; **UÇAR**, s. 82; **USLU**, s. 165; **YAĞCIOĞLU**, s. 217; Ceza koşulu ile alacaklının zararını karşılamak için götürü bir tutar belirlendiği bu nedenle bundan fazlasını talep eden alacaklıya fazladan külfet yüklenmesinin hakkaniyete uygun olduğu görüşü hakkında bkz. **DİRİCAN**, s. 128, aynı yönde **EKİNCİ**, s. 345.

⁶⁷⁶ **DİRİCAN**, s. 126; **DUMAN**, İnşaat, s. 703.

⁶⁷⁷ **KOCAĞA**, s. 314; **YAĞCIOĞLU**, s. 214.

⁶⁷⁸ **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 75; **KURT**, s. 224; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt -2, s. 546.

zararının tazminini talep etmesi daha avantajlı olacaktır. Zira bu sayede iş sahibi, yüklenicinin kusurunu ispat külfetinden kurtulmuş olacak, yüklenicinin kendi kusursuzluğunu ispat etmesini bekleyecektir⁶⁷⁹.

İş sahibi tarafından ceza koşulunu aşan zararın istenebilmesi için sözleşmede bu konuda hüküm bulunmasına gerek olmadığı gibi yapı teslim alınırken ihtirazi kayıt konulması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır⁶⁸⁰. Yargıtay'ın da bu yönde kararı mevcuttur⁶⁸¹.

Ceza koşulunu aşan zararın tazminine ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka konu, TBK m. 180/2 uyarınca zararın tamamının değil, yalnızca ceza koşulunu aşan kısmın talep edilebileceğidir. Örnek vermek gerekirse, iş sahibi ile yüklenici aralarında yapmış oldukları sözleşmede geç teslim halinde 100.000 TL ceza koşulu ödeneceğini kararlaştırmış olsun. Geç teslim nedeniyle iş sahibinin 250.000 TL zarara uğramış olması ihtimalinde, iş sahibi 150.000 TL aşan kısmı yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmek suretiyle talep edebilecektir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda iş sahibinin hem 100.000 TL ceza koşulunu hem de 250.000 TL zararını talep etmesi kural olarak mümkün değildir⁶⁸². Ancak belirtmek gerekir ki, TBK m. 180/2 emredici bir hüküm olmadığından tarafların anlaşarak ceza koşulunun zarardan düşülmeyeceği hususunda anlaşmaları mümkündür⁶⁸³.

⁶⁷⁹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 75.

⁶⁸⁰ USLU, s. 168.

⁶⁸¹ **Yarg. 15. HD, 20.12.2018, 2641/5185**; “Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 159/II ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK'nın 180/II. maddelerinde alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza miktarını aşıya bile alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat edemedikçe cezayı aşan zararını isteyemeyeceği kabul edilmiştir. Bu halde gecikmede yüklenicinin kusurlu ve gecikme nedeniyle uğranılan zararın kararlaştırılan ceza miktarından fazla olduğunun alacaklı-ış sahibi tarafından kanıtlanmış olması koşuluyla cezayı aşan zararın istenmesi mümkündür. Cezayı aşan zararın istenebilmesi için sözleşmede bu konuda hüküm bulunmasına gerek olmadığı gibi eseri teslim alırken ihtirazi kayıt konulmasında da zorunluluk bulunmamaktadır...”.

⁶⁸² AKSOY, s. 1004; EREN, s. 1187; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s.71'deki örnekten uyarlanmıştır.

⁶⁸³ EREN, s. 1187; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 161; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; KURŞAT, s. 409; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 98; USLU, s. 167.

VI. AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

A. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı

Kanun koyucu neyin aşırı kabul edilip neyin edilemeyeceğine ilişkin genel ve bağlayıcı bir kural koymamış, bunun tespitini ve takdirini hakime bırakmıştır⁶⁸⁴. Hakim takdir hakkını kullanırken yüklenicinin ekonomik durumu⁶⁸⁵, iş sahibinin çıkarı⁶⁸⁶, uğranılan zarar miktarı⁶⁸⁷, yüklenicinin kusuru⁶⁸⁸, borca aykırılığın ağırlığı⁶⁸⁹ gibi hususları göz önünde bulundurarak TMK m. 4 gereği hakkaniyet ve adalet ölçütlerine göre aşırı gördüğü ceza koşulunu indirecektir⁶⁹⁰. Yargıtay'ın da birçok kararda benzer kriterleri benimsediği görülmektedir⁶⁹¹.

⁶⁸⁴ C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 181; Bunun nedeni, her borcun çeşitlilik gösterdiği ve dolayısıyla borcun ifasını amaçlayan ceza koşulunun da her borç ve borçluya göre çeşitlilik arz edeceği gerçeğidir **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 98; **KARAKAŞ**, s. 89; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 110; **USLU**, s. 195.

⁶⁸⁵ Şayet borçlunun ödemek zorunda kalacağı ceza koşulu onun ekonomik olarak büyük bir sıkıntıya düşmesine sebebiyet verecek ise ceza koşulunda borçlunun ödeme gücü dikkate alınarak indirim yapılmalıdır **ÇINAR**, s. 109; **EKİNCİ**, s. 360; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 193; **KOCAAĞA**, s. 350; **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 886.

⁶⁸⁶ Şayet ceza koşulu borçlunun borcunu zamanında ifa etmesini sağlamak amacıyla bir baskı aracı olarak kararlaştırılmışsa, hakim ceza koşulunu bu amacı ortadan kaldıracak şekilde indirmemesi gerekmektedir **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 385; aynı yönde **KARABAĞ BULUT**, s. 195; Hakim alacaklının menfaatinin borçlunun menfaatine nazaran ön planda tutması ve alacaklının menfaatleri değerlendirilirken sadece mali değerlerin değil manevi değerler de dahil tüm menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiği yönünde bkz. **EKİNCİ**, s. 363; Kararlaştırılan ceza koşulu alacaklının ceza koşulu ile karşılanmak istenen menfaatinin çok üzerinde ise ceza koşulunun aşırı olduğu kabul edilir **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 112; aynı yönde **YAĞCIOĞLU**, s. 251.

⁶⁸⁷ Şayet alacaklının uğradığı zarar çok fazla ise ceza koşulunun indirilmesi yönündeki talebin reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. **EKİNCİ**, s. 359.

⁶⁸⁸ Borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde hafif kusurlu olması halinde yapılacak indirim ile ağır kusurlu olması halinde yapılacak indirim farklı olmalıdır. Borçlu alacaklıyı zarara uğratma kastı ile hareket etmiş ise ceza koşulunda hiç indirim yapılmamalıdır **ÇINAR**, s. 109; aynı yönde **EKİNCİ**, s. 359; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 192; **KOCAAĞA**, s. 348; **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 885; **YAĞCIOĞLU**, s. 246.

⁶⁸⁹ Belirtmek gerekir ki, aşırılığın tespitinde kusurun ağırlığı yalnızca ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olmasını arayan görüş bakımından önem arz edecektir. Zira ceza koşulunun borçlu kusursuz dahi olsa talep edilebileceğini savunan görüş bakımından zaten kusurun varlığı, kusurun hafif ya da ağır olması gibi unsurlar önem arz etmeyecektir, konu ile ilgili tartışma için bkz. İkinci Bölüm II. A. 2. a; Borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun kusurundan tamamen bağımsız bir unsurdur. Borçlunun kusuru hafif olsa dahi borca aykırılık ağır olabilir. Borca aykırılık ağır ise ceza koşulu ağır sayılmayabilir C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 191; aynı yönde **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 885; Kısmi ifanın varlığı halinde alacaklı borcun bir kısmını da olsa ifa etmiş olduğu gözetilerek borca aykırılığın ağır sayılmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. **GÜLSEVEN**, s. 105, **KOCAAĞA**, s. 348 ve **YAĞCIOĞLU**, s. 247.

⁶⁹⁰ **AKKAYAN YILDIRIM**, s. 384; **AYHAN**, s. 308; **BİLGE**, s. 121 vd.; **ÇINAR**, s. 106, ayrıca hakim indirim yetkisini kullanırken alacaklının sözleşmenin ifasından beklediği maddi değerlerin yanında manevi değerleri de dikkate alması gerektiği görüşü için bkz. s. 107; **DİRİCAN**, s. 187; **EREN**, s. 1189; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 182 vd.; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 99 vd.; **KARABAĞ BULUT**, s. 193; **KARAKAŞ**, s. 91; **KOCAAĞA**, s. 344 vd.; **KURT**, bu unsurların ceza koşulunun kararlaştırıldığı andaki duruma göre değil, yapının tesliminde gecikmenin meydana geldiği andaki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir, s. 6; **OZANOĞLU**, s. 117; **PEKTAŞ**, s. 79; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 355; **UÇAR**, s. 104 vd.; **USLU**, s. 195; **YAĞCIOĞLU**, s. 241 vd.;

Doktrinde ceza koşulunun aşırılığının farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. KURT'a göre aşırılık, ceza koşulu miktarı ile borcun sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesine ilişkin menfaatin orantısız olmasını ifade etmektedir⁶⁹². KOCAĞA'ya göre aşırılık, ceza koşulu kararlaştırılırken korunması amaçlanan menfaat ile kararlaştırılan meblağ

YHGK, 29.11.2017, E. 2017/3-998, K. 2017/1459; “Bir davada, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı, tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul, adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü alınarak, hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına karar verilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur”; **Yarg. 11. HD, 16.3.2021, 2087/2483**; “Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre; 1 yıllık rekabet yasağı süresi içerisinde aynı coğrafi alanda aynı sektörde davacının sırlarına vakıf olarak ona zarar verebilecek potansiyelde davalının bir başka firmada pazarlama müdürü olarak çalışmaya başladığı, kelepçeleme sözleşmesinin olmadığı ve buna göre cezai şartın talep koşullarının oluştuğu, yapılan zabıta araştırması ve entegrasyon raporları göz önüne alınarak talep edilen cezai şart olan 20.000,00 USD ekonomik olarak davalının mahvına sebep olabilecek fahiş oranda olduğu, BK 182/3 maddesinde “Hakim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir” hükmünün yer aldığı, bir olayda cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken, tarafların ekonomik durumları, borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yararlar cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunun yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı gibi hususlar dikkate alınması gerektiği, mahkememizce günümüzün ekonomik koşulları ve dosya kapsamına göre 2.000,00 USD tutarındaki cezai şartın ödenmesi kanısına varıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne...” (E.T.: 02.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁹¹ **Yarg. 3. HD, 4.2.2021, 6904/921**; “...Hakim, cezanın aşırı olup olmadığını, hakkaniyet ölçülerini aşıp aşmadığını araştırırken, özellikle, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumu ile sözleşmenin süresini dikkate alır. Bu unsurlar dikkate alındığında, alacaklının uğradığı zarar ile kararlaştırılan ceza arasında hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayan açık bir nispetsizlik varsa ceza indirilir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Ceza-i şart borcunun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınılmalıdır...” (E.T.: 17.08.2020, www.kazanci.com); **Yarg. 3. HD, 2.10.2019, 4231/7407**; “Cezai şartın belirlenmesinde tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensipleri göz önünde bulundurulmalı ve takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır. Olayda, yalnızca vergi beyannamelerine dayanılarak belirlenen cezai şartın açıklanan niteliklere uygun olmadığı açıktır. O halde mahkemece, bankalara yazı yazılarak davalının mevduat bilgisinin araştırılması, yine davalıya ait olduğu belirlenen taşınmaz ve taşınır mallar dikkate alınarak davalının ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartın makul bir miktarda indirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (E.T.: 18.08.2021); **Yarg. 3. HD, 9.5.2019, 8237/4349**; “...hakim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Ne var ki hakime akdın bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hakim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması prensiplerini göz önünde bulundurulmalı...” (E.T.: 18.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁶⁹² **KURT**, s. 216.

arasında orantısızlığın bulunmasıdır⁶⁹³. COŞKUN'a göre ise borçlunun sözleşmenin akdedilmesi aşamasında ceza koşulunun aşırılığının farkında olsaydı sözleşmeyi hiçbir şekilde imzalamayacağı kabul edilebiliyorsa ceza koşulunun aşırı olduğu kabul edilmelidir⁶⁹⁴. Bizce aşırılık, iş sahibinin yapının yüklenici tarafından zamanında teslim edilmemesi halinde kaybedecekleri veya elde edemeyeceklerinin ceza koşulunun ceza işlevi göze alınmasına rağmen yüklenicinin sömürülmesine mahal verecek düzeyde yüksek olması şeklinde tanımlanabilecektir. Ceza koşulunun ceza işlevinin göze alınması gerektiğini özellikle vurgulamak istiyoruz zira ceza koşulunun bu işlevi ve zarardan bağımsız olması özellikleri gereğince uğranılan gerçek zararın karşılığını teşkil etmek zorunda olmadığı unutulmamalıdır. Ceza koşulu bu işlevi gereğince elbette ki ödenmesi gereken tazminattan fazla olacaktır ancak bu yüklenicinin sömürülmesi anlamına gelmemelidir.

Bu noktada hakimin dikkat etmesi gereken ölçütlerden biri de aşırılığın ahlaka aykırılık boyutuna ulaşmamış olmasıdır. Zira yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ahlaka aykırılık boyutuna ulaşmış olan ceza koşulu TBK m. 27 gereği kesin hükümsüz olacaktır⁶⁹⁵. Bu nedenle hakimin ceza koşulunun indirilmesine yönelik davada öncelikle ceza koşulunun ahlaka aykırılık boyutuna ulaşmış olup olmadığını incelemesi şayet kanaati bu yönde ise TBK m. 27 uyarınca sözleşmeyi kısmen geçersiz kılması gerekecektir⁶⁹⁶.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespitinde hangi tarihin esas alınması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁶⁹⁷ dava tarihinin, diğer görüş⁶⁹⁸ ceza koşulunun kararlaştırıldığı tarihin, başka bir görüş⁶⁹⁹ ceza koşulunun muaccel olduğu tarihin, nihayet son görüş ise⁷⁰⁰ hakimin karar verdiği tarihin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce özellikle ülkemizdeki yüksek enflasyon oranları göz önüne alındığında bir yıl

⁶⁹³ KOCAAĞA, s. 339-340.

⁶⁹⁴ COŞKUN, s. 809.

⁶⁹⁵ EREN, s. 1189; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 99; KARATAŞ, s. 90; YAĞCIOĞLU, s. 234.

⁶⁹⁶ Hakim ceza koşulunun ahlaka aykırılık boyutuna ulaşmış olup olmadığını tespit ederken hukuka ve hakkaniyete uygun davranmak zorundadır. “Genel ahlak kuralı” kavramı, kanunda tanımı bulunmayan ve kapsamı belirli olmayan bir hukuk kuralı mahiyetindedir. Hakimden bu noktada bütün ahlak kurallarının listesini çıkarması beklenmemektedir. Hakime düşen görev, bir toplumdaki tüm ahlak kurallarını listelemek değil, ahlaka aykırı olanı tespit etmektir D. ATEŞ, s. 110-111; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 145.

⁶⁹⁷ ÇINAR, s. 101; C. GÜNAY, s. 694; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 196.

⁶⁹⁸ KARATAŞ, s. 90; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart isimli eserinde ceza koşulunun ahlaka aykırılığının tespitinde ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı tarihin esas alınması gerektiğini savunmuşken s. 145; aynı eserinde ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hakimin karar anının dikkate alınması gerektiğini savunmuştur s. 151.

⁶⁹⁹ KOCAAĞA, s. 352, 139 no.lu dipnotta belirtilen yazarlar.

⁷⁰⁰ EKİNCİ, s. 360; GÜNDOĞDU, s. 287; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 385; KARAKAŞ, s. 100; KOCAAĞA, s. 352-353; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 151; USLU, s. 206; YAĞCIOĞLU, s. 239.

önce fahiş olduğu düşünölen bir meblağ 1 yıl sonra dahi fahiş olarak değerdendirilemeyebilecektir. Örnek olarak 2019 yılında 20.000 TL olarak kararlaştırılan bir ceza koşulu 2019 yılı için aşırı olsa da 2021 yılı için bu oranda aşırı kabul edilmeyebilir. Bu nedenle biz de aşırılığın tespitinde günümüze en yakın tarihin yani hakimin karar verdiği tarihin dikkate alınması görüşüne katılıyoruz.

Aşırı ceza koşulunun ne şekilde indirileceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Ceza koşulunun belli bir miktar paranın ödenmesi gibi bölünebilir bir edim olarak belirlenmesi halinde indirim gayet tabii olarak kolay olacaktır. Ancak bir şeyin verilmesi veya bir hizmetin görölmesi gibi bölünemez nitelikte bir edim olarak kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesi nasıl olacaktır? Bir görüş⁷⁰¹, hakim tarafından bölünemez nitelikteki bu edimin öncelikle paraya çevrilmesine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer bir görüş⁷⁰² ise borçlu tarafından ceza koşulu ediminin ifa edilmesine karar verilmesini ve fakat aşırı bulunan kısmın parasal değerdinin bulunması ve bu kısmın alacaklı tarafından borçluya ödenmesine karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kanaatimizce ikinci görüş sorunu çözmekten ziyade sürecin uzamasına sebebiyet verecektir. Zira bu görüşe göre yüklenici öncelikle yapıyı teslim vadesinde teslim edememesi sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulu edimini ifa edecek, ifa gerçekleştikten sonra aşırı olduğu iddia edilen kısmın ekonomik değeri hesaplanacak ve bu bedel iş sahibi tarafından yükleniciye iade edilecektir. Yapının teslim vadesinde teslim edilmemesi sebebiyle zarara uğrayan ve mağdur edilen iş sahibini bir de parasal bir karşılık vermeye mahkum etmenin isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle birinci görüşe katılıyoruz.

B. Ceza Koşulunun İndirilmesinin Amacı ve Hukuki Niteliği

1. İndirimin Amacı

Sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşmeye bağıllık diğer adıyla ahde vefa ilkesi, tarafların aralarındaki sözleşmeye bağıllığını ve tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değıştirmeyeceğini veya ortadan kaldıramayacağını ifade eden özel hukuk

⁷⁰¹ C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 212; KOCAAĞA, s. 368; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 547; YAĞCIOĞLU, s. 260.

⁷⁰² TUNÇOMAÇ, alacaklının menfaatinin para değil de bizzat ceza koşulu ediminin kendisi olabileceğini, ceza koşulu ediminin paraya çevrilmesinin alacaklının menfaatini karşılamaya her durumda uygun olmayacağını belirterek ilk görüşü eleştirmiştir Cezai Şart, s. 171.

ilkesidir⁷⁰³. Sözleşmeye bağlılık ilkesi gereğince taraflarca sözleşmede kararlaştırılan koşulların tek taraflı olarak değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkün olmayacaktır⁷⁰⁴.

Kural bu olmakla birlikte, hakimin taraflar arasındaki menfaatler dengesini kurmak maksadıyla taraflar arasındaki hukuki ilişkiye müdahale etmesi mümkündür. Başka bir deyişle, değişen koşullar nedeniyle taraflardan birinin durumunu diğerine göre çok daha fazla ağırlaştıran hükümlerin hakimin müdahalesi ile değiştirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün olabilmektedir⁷⁰⁵. İşte ceza koşulu bakımından da her ne kadar TBK m. 182/1 hükmü ile tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe kararlaştırabileceği hüküm altına alınmış olsa da⁷⁰⁶ aynı maddenin 3. fıkrası ile ceza koşulu kurumunun istismar edilmesini ve ceza koşulu ödemekle yükümlü kılınan tarafın ekonomik yönden sömürülmesini önlemek amacıyla hakimin sözleşmeye müdahalesi mümkün kılınmıştır⁷⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşme hükümlerinin kesin olarak hükümsüz olduğunu, Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi ise kimsenin hakkının hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağını ifade eden kanun hükümleridir⁷⁰⁸. Borçlunun ekonomik mahvına sebep olacak derecede yüksek olan ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olduğu söylenecektir⁷⁰⁹. TMK m. 23 uyarınca kişilik hakkının ihlali teşkil edecek düzeyde olması durumunda da aynı açıklama geçerli olacaktır⁷¹⁰. İşte TBK m. 27 ve TMK m. 23 hükümleri mevcut iken TBK m. 182/3 hükmü ile borçlunun özel olarak korunmak istenmesinin sebebi, TBK m. 27 ve TMK m. 23 korumasına girmeyen başka bir deyişle

⁷⁰³ E. B. AKKANAT, s. 41; GÜLSEVEN, s. 55; SEÇER, Covid, s. 170; USLU, s. 181.

⁷⁰⁴ C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 168; KARAKAŞ, s. 73; KOCAAĞA, s. 321; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 129; UÇAR, s. 99.

⁷⁰⁵ GÜLSEVEN, s. 56; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 384; KARABAĞ BULUT, s. 192.

⁷⁰⁶ BÜYÜKAY, s. 231; GÜLSEVEN, s. 56; KARABAĞ BULUT, s. 191; KARAKAŞ, s. 24; KOCAAĞA, s. 321; KURŞAT, s. 432; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 22; OZANOĞLU, s. 106; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 431; YAĞCIOĞLU, s. 219.

⁷⁰⁷ COŞKUN, s. 808; DİRİCAN, s. 186; GÜLSEVEN, s. 56; KARAKAŞ, s. 74; KOCAAĞA, s. 322-323; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 105.

⁷⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz. KARABAĞ BULUT, s. 127 vd.

⁷⁰⁹ D. ATEŞ, s. 137; BERBEROĞLU YENİPİNAR, s. 10; BÜYÜKAY, s. 231; COŞKUN, s. 116; GÜLSEVEN, s. 57; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s.78; KARABAĞ BULUT, s. 468; KOCAAĞA, s. 98-99; KURT, s. 217; ÖCAL APAYDIN/İNCE AKMAN, s. 236.

⁷¹⁰ TMK m. 23 ile kastedilen özgürlüğün, taraflardan birini ekonomik olarak mahvına sebep olacak düzeyde bir serbestiyi kapsamadığı yönünde KARABAĞ BULUT, s. 201.

ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık düzeyine ulaşmayan aşırı ceza koşulunun indirilmesini sağlamaktır⁷¹¹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, her aşırı ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğu söylenemez, başka bir deyişle ceza koşulunun ahlaka aykırı olarak kabul edilebilmesi için yalnızca aşırı olması yeterli değildir⁷¹². Ceza koşulunun ahlaka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için aşırılığın mutlaka yüklenicinin yıkımına yol açacak derecede yüksek olması gerekecektir⁷¹³. Yargıtay bir kararında⁷¹⁴, inşaatın süresinde teslim edilememesi halinde yapılan imalatın arsa sahiplerine kalacağına ilişkin ceza koşulu hükmünü inşaatın getirildiği seviye itibarıyla davalı yüklenicinin iktisaden mahvına neden olacağı gerekçesiyle geçersiz saymıştır.

2. İndirimin Hukuki Niteliği

Aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen 182/3 hükmü; “*Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” düzenlemesini içermektedir. Söz konusu hüküm, hakime borçlunun talebi olmaksızın, re’sen aşırı gördüğü ceza koşulunu indirebilme yetkisi verilmiştir⁷¹⁵. Yargıtay da birçok kararında hakimin bu yetkiye sahip olduğu yönünde kararlar vermiştir⁷¹⁶.

⁷¹¹ DİRİCAN, s. 185-186; EKİNCİ, s. 355; C. GÜNAY, s. 613; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 80; KOCAAĞA, s. 322; OLGAC, s. 110; USLU, s. 187.

⁷¹² D. ATEŞ, s. 268; DİRİCAN, s. 185; EREN, s. 1189; KARAKAŞ, s. 90.

⁷¹³ AYHAN, s. 311-312; BİLGE, s. 125; BÜYÜKAY, s. 231; ÇINAR, s. 104; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 115; KOCAAĞA, s. 387; OLGAC, s. 110.

⁷¹⁴ Yarg. 15. HD, 25.04.2007, 2466/2730; “İnşaatın süresinde teslim edilememesi halinde yapılan imalatın arsa sahiplerine kalacağına dair cezai şart hükmüne yer verilmiş ise de inşaatın getirildiği seviye itibarıyla davalının iktisaden mahvına neden olacağı, ahlaka ve adaba aykırı nitelik de bulunmakla geçersiz olup, mahkemenin inşaatın davacılar bırakılmasına dair kararı yerinde görülmemiştir...” (E.T.: 19.05.2021, www.kazanci.com.tr).

⁷¹⁵ AKKAYAN YILDIRIM, s. 405; ARICI, s. 40; CANSEL/ÖZEL, s. 732; Hakimin ceza koşulunun aşırı olup olmadığını re’sen takdir etmesinin sonuçlarından biri; hakimin davanın her aşamasında bu konuda karar verilebilmesidir. Ayrıca ceza koşulunun indirilmesini istemeyen borçlu davanın her aşamasında bunu ileri sürebilecektir ancak aşırı ceza koşulunun indirilmesi kamu düzeninden olduğu için borçlunun cezai şartın indirilmesi isteminden feragati geçersiz sayılacaktır ÇINAR, s. 102; EKİNCİ, s. 355; EREN, s. 1188; C. GÜNAY, s. 695; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 385; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s.121; KOCAAĞA, s. 323; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 547; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 432; UÇAR, s. 23; USLU, s. 183; YAĞCIOĞLU, s. 220.

⁷¹⁶ Yarg. 3. HD, 15.3.2021, 8466/2665; “...Bunun yanında TBK’nın 182/1. maddesinde; “Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.” denilmekte ise de bu serbestlik sınırsız değildir. Maddenin son fıkrasında yer alan; “Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.” hükmü gereğince, hakim taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını re’sen incelemek, fahiş ise ceza miktarını tenkis etmekle (indirmekle) görevlidir. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hakim ceza koşulundan indirim yapıp yapılmayacağını kendiliğinden saptamalıdır...” (E.T.:

Ancak, hakimın aşırı bulduğu ceza koşulunu iş sahibinin bu yönde talebi olup olmadığına bakmaksızın re'sen dikkate alabilmesi için elbette taraflar arasında ceza koşulunun miktarı hususunda bir uyuşmazlık bulunması, yüklenicinin indirim talebi için dava açması ya da açtığı bir alacak davasında ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürmesi gerekmektedir⁷¹⁷.

Kanunun ceza koşuluna ilişkin hükümlerinin aksine borçluyu korumayı amaçlayan TBK m. 182/3 hükmü emredici niteliktedir⁷¹⁸. Emredici nitelik taşıması sebebiyle tarafların bu hükmün aksini kararlaştırmaları mümkün olmadığı gibi indirimden önceden feragat edilmesi de mümkün değildir⁷¹⁹.

Hakimin aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik kararı, yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Zira hakim taraflar arasındaki sözleşmeye müdahale ederek ceza koşulu miktarını yeniden belirlemekte ve bu suretle yeni bir hukuki durum yaratmaktadır⁷²⁰. Ayrıca hakimın aşırı ceza koşulunun indirilmesine yönelik kararı geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve dolayısıyla ceza koşulu başlangıçtan itibaren indirilmiş haliyle kararlaştırılmış sayılacaktır⁷²¹.

Ceza koşulunun indirilmesi halinde iş sahibinin hakimın takdir ettiği yeni ceza koşulu miktarını bilseydi sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürerek geçersiz kılmasının mümkün olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde birçok yazar tarafından bu soruya olumsuz yanıt verilmekte, TBK m. 182 hükmünün kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm olduğu

17.08.2021, www.kazanci.com.tr); **Yarg. 3. HD, 17.9.2020, 3231/4390**; “Bunun yanında TBK'nın 182/1. maddesinde; "Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler." denilmekte ise de bu serbestlik sınırsız değildir. Maddenin son fıkrasında yer alan; "Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." hükmü gereğince, hakim taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını re'sen incelemek, fahiş ise ceza miktarını tenkis etmekle (indirmekle) görevlidir. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hakim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını kendiliğinden saptamalıdır. O halde mahkemece; 6.300 Euro ücret üzerinden cezai şart miktarı hesaplanmalı ve hakimın cezai şart bedelinden indirim yapması da gerektiği gözetilerek...” (E.T.: 17.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁷¹⁷ **EKİNCİ**, s. 361; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 121; **KARAKAŞ**, s. 88; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 125.

⁷¹⁸ **CANSEL/ÖZEL**, s. 715; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 78; **KARAKAŞ**, s. 75; **KOCAAĞA**, s. 323; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 125.

⁷¹⁹ **BİLGE**, s. 119; **EKİNCİ**, s. 356; **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 78; **KARAKAŞ**, s. 75; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 125; **YAĞCIOĞLU**, s. 222.

⁷²⁰ **ÇINAR**, s. 110; **EKİNCİ**, s. 355; **KARAKAŞ**, s. 79; **TUNÇOMAĞ**, Genel, s. 881; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 167; **YAĞCIOĞLU**, s. 228.

⁷²¹ **DİRİCAN**, s. 191; **EREN**, s. 1190; **C. GÜNAY**, s. 695 vd.; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 385; **MEŞE HACIOSMANOĞLU**, s. 126; **ŞAHİN**, s. 354; **YAĞCIOĞLU**, s. 261.

bu nedenle iş sahibinin indirilen ceza koşulunu ileri sürerek sözleşmeyi geçersiz kılmasının mümkün olamayacağı savunulmaktadır⁷²².

Bu noktada hakimın aşırı bulduğu ceza koşulunu tamamen ortadan kaldırmasının veya kararlaştırılan edimin yerine başka nitelikte bir edim tayin etmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Doktrinde çoğu yazarın görüşü⁷²³, hakimın aşırı ceza koşulunu indirme yetkisini hiçbir zaman aşırı ceza koşulunu ortadan kaldırma veya kararlaştırılan edimin yerine başka nitelikte bir edim tayin etme şeklinde kullanamayacağı yönündedir. Bu görüşe gerekçe olarak ise TBK m. 182’de yalnızca “indirim”den söz edilmesini, kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacının ceza koşulunun tamamen kaldırılması yönünde olmadığını göstermektedirler.

Kanaatimizce hakim, ceza koşulu indirme yetkisini kullanırken ceza koşulunun zarardan bağımsız olması özelliğini ve ceza koşulunun aynı zamanda bir ceza işlevine sahip olduğunu göz ardı etmemelidir. Zira aşırı bulunan ceza koşulunun gerçek zarar seviyesine indirilmesi ceza koşulunun ceza işlevini kaybetmesine sebep olacak aynı zamanda ceza koşulunun temel özelliklerinden olan zarardan bağımsız olmasına da bir çelişki yaratacaktır.

C. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesinin Şartları

Ceza koşulunun indirilebilmesi için aranan şartlardan ilki, geçerli bir ceza koşulunun bulunması ve bu ceza koşulunun muaccel olmasıdır⁷²⁴. Hakimın bu yetkisini henüz ceza koşulu muaccel olmadan ve dolayısıyla iş sahibinin ceza koşulu isteme hakkı doğmadan kullanabilmesi mümkün değildir⁷²⁵.

⁷²² ÇINAR, s. 111.

⁷²³ AYHAN, s. 308; ÇINAR, s. 110; DİRİCAN, s. 189; DUMAN, İnşaat, s. 743; EKİNCİ, s. 366; EREN, s. 1190; GÜLSEVEN, s. 58; KARAKAŞ, s. 102-103; ŞAHİN, s. 354; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 158; USLU, s. 183; YAĞCIOĞLU, s. 258; aksi yönde görüş için bkz. FUNK, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, çev. Hıfzı Veldet ve Cemal Hakkı Selek, İstanbul, 1972, s. 232 (YAĞCIOĞLU, s. 258’den naklen).

⁷²⁴ ÇINAR, s. 95; DİRİCAN, s. 186; EKİNCİ, s. 358; EREN, s. 1188; GÜLSEVEN, s. 86; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 180; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 94; KOCAAĞA, s. 332; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 547; PEKTAŞ, s. 78; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 883-884; USLU, s. 189.

⁷²⁵ ÇINAR, s. 95; EREN, s. 1188; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 180; KOCAAĞA, s. 337; KARAKAŞ, s. 84; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 110; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 548; YAĞCIOĞLU, s. 234.

Ancak, ceza koşulunun indirilebilmesi için geçerli bir ceza koşulunun bulunması gerektiği yönündeki kurala Türk Borçlar Kanunu'nun 181. madde hükmü ile bir istisna getirilmiştir. “Kısmi İfanın Yanması” başlıklı hüküm, “*Ceza koşuluna ilişkin hükümler, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanır*” düzenlemesini içermektedir. Bu hüküm esasen ortada bir ceza koşulu olmamasına rağmen taraflardan biri aleyhine aşırı bir yaptırım uygulanmasını engellemek maksadıyla ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilmesine imkan sağlamaktadır⁷²⁶.

Kanaatimizce bu hüküm, yüklenici aleyhine kötü niyetli olarak kullanılmaya oldukça müsait bir düzenlemedir. Zira inşaatın büyük bölümünün tamamlandığı ve fakat iş sahibi tarafından kötü niyetli olarak sözleşmenin feshedildiği hallerde iş sahibi bedelsiz olarak bu yapıya sahip olabilecektir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararında⁷²⁷, fesih halinde gerçekleştirilen tüm imalat ve ihzaratların bedelsiz olarak iş sahibi TCDD'ye kalacağı ve yapılan ödemelerin iade edilmeyeceği şeklindeki düzenlemenin, bir tarafın ekonomik yönden mahvına neden olacak nitelikte olduğundan TBK m. 27 uyarınca batıl kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Doktrindeki çoğunluk görüşü⁷²⁸, ceza koşulunun indirilebilmesi için gerekli olan diğer bir şartın ceza koşulunun ifa edilmemiş veya ihtirazi kayıt ileri sürülerek ifa edilmiş olmasını söylemektedir. Ceza koşulunun indirilebilmesi için ceza koşulunun ifa edilmemiş veya ihtirazi kayıt ileri sürülerek ifa edilmiş olmasını savunan yazarlar, ceza koşulunun hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin ödenmesi durumunda ceza koşulunun aşırı olmadığına kabul edildiğini ileri sürmektedir⁷²⁹. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır⁷³⁰. Ancak doktrinde ifa

⁷²⁶ KARAKAŞ, s. 83; KOCAAĞA, s. 90; USLU, s. 191.

⁷²⁷ Bkz. Yarg. 15. HD, 03.05.2012, 2097/2982 sayılı kararı.

⁷²⁸ BİLGE, s. 101; BÜYÜKAY, s. 232; ÇAKIROĞLU, s. 165-166; EKİNCİ, s. 362; EREN, s. 1188; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 181; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 97-98; KURŞAT, s. 427; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 123; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 548; OLGAÇ, s. 102; TANDOĞAN, s. 136; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 884; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 154; YAĞCIOĞLU, s. 235.

⁷²⁹ CANSEL/ÖZEL, s. 732; ÇINAR, s. 99; DİRİCAN, s. 187; EREN, s. 1189; KARAKAŞ, s. 85; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 548; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 884; USLU, s. 193.

⁷³⁰ YHGK, 15.10.2014, 13-1108/768; “Kural olarak, taraflar cezai şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezai şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. 818 S. BK'nun 161/3. maddesi hükmü uyarınca, hâkim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezai şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez...” (E.T.:18.08.2021, www.kararara.com).

edilen ceza koşulunun indirilebileceğini savunan aksi görüş de mevcuttur⁷³¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, ifa edilen ceza koşulunun sonradan indirilmesi halinde indirilen kısmın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talep edilebilecektir⁷³². Bizce aşırı ceza koşulunun indirilebilmesi için ceza koşulu ediminin ifa edilmemiş olması şartı aranmamalıdır, zira kararlaştırılan ceza koşulunu bir an önce ödeme baskısı hissederek ödeyen yüklenicinin sonradan ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürebilmesine imkan tanınmalıdır kanaatindeyiz.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için aranan bir diğer şart, ceza koşulunun aşırı olmasıdır⁷³³. Gerekli açıklamalar “Aşırı Ceza Koşulu Kavramı” başlığı altında yapıldığından ilgili başlık altında yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz⁷³⁴.

Ceza koşulunun indirilebilmesi için aranan son şart, indirimin kanun gereği yasaklanmamış olmasıdır⁷³⁵. Bu noktada tacirlerin özel durumundan bahsetmeyi uygun görüyoruz.

D. Tacirler Hakkında Özel Düzenleme: İndirim Yasağı

Türk Ticaret Kanunu’nun 22. maddesi; *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanunu’nun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez”* düzenlemesini haizdir. Buna göre, TTK m. 22 açıkça hakime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi veren TBK m. 182/3 hükmüne atıf yaparak borçlunun tacir olması durumunda kararlaştırılan ceza koşulunun aşırı olsa dahi indirilemeyeceğini belirtmektedir.

Söz konusu düzenleme, TTK m. 18/2’de yer alan basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak tacirden, ticari iletmesiyle

⁷³¹ KOCAAĞA, s. 361-362; REİSOĞLU, s. 462.

⁷³² KOCAAĞA, s. 363.

⁷³³ EKİNCİ, s. 358; EREN, s. 1189; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 181; KABAKLIOĞU ARSLANYÜREK, s. 98; KOCAAĞA, s. 338; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 548; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 144; USLU, s. 195; YAĞCIOĞLU, s. 237.

⁷³⁴ Bkz. İkinci Bölüm VI. A. başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷³⁵ CANSAL/ÖZEL, s. 715; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 113; KOCAAĞA, s. 353.

ilgili sözleşmeler yaparken ilerde ortaya çıkabilecek durumları öngörmesi ve özenli davranması beklenmektedir⁷³⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanabilmesi için borçlunun tacir sıfatını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 12. maddesinde tacir, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, yüklenicinin bir ticari işletmeye sahip olması ve bu işletmeyi kendi adına işletmesi tacir sıfatını haiz olduğu söylemek için yeterli olacaktır. İnşaat sözleşmelerinde yüklenici büyük çoğunlukla tacir olacağından TTK m. 22 gereği ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyecektir⁷³⁷. Ayrıca tacirler dışında tacir gibi sorumlu tutulan kişiler bakımından da TTK m. 22 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁷³⁸.

Yüklenicinin tacir sıfatını taşıyıp taşımadığı tespit edilirken ceza koşulunun kararlaştırıldığı anın dikkate alınması gerekecek, sonradan tacir sıfatının kaybedilmesi önem arz etmeyecektir⁷³⁹. Yüklenicinin ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda tacir sıfatını haiz olduğunu ispat ise iş sahibine ait olacaktır⁷⁴⁰.

⁷³⁶ AYHAN, s. 310; DİRİCAN, s. 192; EKİNCİ, s. 357; GÜLSEVEN, s. 70; KARAKAŞ, s. 104; TEKELİOĞLU, s. 171; USLU, s. 220; Yarg. 15. HD, 23.10.2019, 87/4119; “Yukarıda belirtildiği şekilde yapı kooperatifinin tacir olduğunun kabulü halinde, TTK'nın 22. maddesi gereğince kooperatifin cezanın fahiş olduğu gerekçesiyle indirim talep etme hakkı bulunmadığının kabulü gerekir. TTK'nın 22. maddesi gereğince tacir, TBK'nın 180. maddesi gereğince belirlenen cezanın fahiş olduğu gerekçesiyle indirim talep edemez. Ancak, kararlaştırılan ceza, ahlaka, adaba ve emredici hukuk kurallarına aykırı olduğunda, (TBK'nın 27. maddesine aykırılık) indirim veya tümünden iptali istenebilir ki davaya konu olayda böyle bir iddia söz konusu değildir. Diğer yünden, davalının tacir olmadığına kabulü halinde de; ekonomik mahvına sebep olacağı gerekçesiyle cezadan indirim talep edemeyecektir. Zira, sözleşmenin 15. maddesinde öngörülen cezaya baktığımızda, her bir daire için 500 USD ceza öngörülmüştür. 38 dairenin 43 ay cezası dikkate alındığında, yüksek bir miktar gibi görünmekte ise de, sürenin uzunluğu ve daire sayısının fazlalığı dikkate alındığında, her bir daire için öngörülen cezanın fahiş olduğundan bahsedilemeyecektir. Ayrıca, yüklenici olarak TBK'nın 470 ve devamı maddeleri gereğince basiretli olarak hareket edeceği ön kabulü dikkate alındığında, aylık kira bedeli olarak öngörülen cezanın fahiş olduğundan ve ekonomik mahvına sebep olacağından bahsetmek mümkün değildir. Aylık 500 USD gecikme cezasının ne anlama geldiğini kavrayabilecek durumdadır...” (E.T.: 03.08.2021, www.kazanci.com.tr).

⁷³⁷ Z. ATEŞ, s. 35; AYDEMİR, s. 389; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 115; KURT, s. 217; TEKELİOĞLU, s. 170; YAĞCIOĞLU, s. 224.

⁷³⁸ DİRİCAN, s. 193; KOCAAĞA, s. 379; UÇAR, s. 157; Tacir ve tacir gibi sorumlu olan kişiler hakkında detaylı bilgi için bkz. ARKAN, s. 113 vd.

⁷³⁹ ÇAKIROĞLU, s. 167; GÜLSEVEN, s. 71; C. GÜNAY, Cezai Şart, s. 219; KOCAAĞA, s. 381; YAĞCIOĞLU, s. 265; tacir sıfatının ceza koşulunun muaccel olduğu an esas alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. USTA, s. 173.

⁷⁴⁰ KARAKAŞ, s. 108; KOCAAĞA, s. 381; YAĞCIOĞLU, s. 265.

Bir diğ er dikkat edilmesi gereken husus, TTK m. 22 düzenlemesinin tacirin ticari iş i ile ilgili bir sözleşme ilişkisi için geçerli olmasıdır⁷⁴¹. TTK m. 19 gereğince, bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğ er tarafa açıkça bildirdiğ i veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılacaktır (TTK m. 19/c. 2). Bu nedenle, gerçek kişi olan tacir yüklenicinin TTK m. 19’da belirtildiğ i şekilde⁷⁴², borcunun ticari işletmesiyle ilgili bir borç olmadığını ispat etmesi halinde aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep etmesi mümkün olacaktır⁷⁴³. Tüzel kişi tacir olan yüklenici bakımından ise böyle bir ayırım söz konusu olmayacak, TTK m. 22 mutlak şekilde uygulanacaktır⁷⁴⁴.

Unutulmamalıdır ki, TTK m. 22 tacirler bakımından aşırı ceza koşulunun indirilmesini yasaklıyor olsa da TBK m. 27 ve TMK m. 23 hükümlerinin uygulama alanına girebilecek bir durumda başka bir deyiş le kararlaştırılmış olan ceza koşulunun yüklenicinin mahvına sebep olacak düzeyde -ahlaka aykırı- olması durumunda ceza koşulunun indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olabilecektir⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ AYDEMİR, s. 389; AYHAN, s. 309-310; CANSAL/ÖZEL, s. 733; ÇINAR, s. 103; DİRİCAN, s. 193; GÜLSEVEN, s. 68; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 114; KARAKAŞ, s. 109; KOCAAGA, s. 383; MEŞE HACIOSMANOĞLU, s. 122; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 432; TUNÇOMAĞ, Genel, s. 894; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 177; YAĞCIOĞLU, s. 263; Yarg. 11. HD, 05.02.2015, 14649/1315; “6098 Sayılı TBK’ nın 182 /son. Maddesi; hakim, aşırı gördüğ ü ceza koşulunu kendiliğinden indirir hükmünü haiz ise de, 6102 Sayılı TTK’ nın 22. maddesine uyarınca bu hükmün ticari işlerde uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla, tarafların tacir olduğ u ve davalının aşırı olduğ u gerekçesiyle sözleşmedeki cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceğ i gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir” (E.T: 13.04.2020, www. kazanci.com).

⁷⁴² “Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğ er tarafa açıkça bildirdiğ i veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır”.

⁷⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2 s. 549.

⁷⁴⁴ KARAKAŞ, s. 110.

⁷⁴⁵ “İnsan onuruyla direkt ilişkisi olması sebebiyle kimse, önceden ve kabul edilemez şekilde şerefine aykırılık oluşturacak bir taahhütte bulunamaz” D. ATEŞ, s. 135; AYDEMİR, s. 390; DİRİCAN, s. 194; DUMAN, İnşaat, s. 745; EKİNCİ, s. 358; EREN, s. 1189; GÜLSEVEN, s. 75-76; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s. 34; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 386; KARABAĞ BULUT, s. 197; KARAKAŞ, s. 106; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-2, s. 549; ÖZ, s. 157; PEKTAŞ, s. 80; REİSOĞLU, s. 462; SEÇER, s. 277; TEKELİOĞLU, s. 171; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 432; USLU, s. 223; Kanunun indirimine dahi imkan tanımadığ ı bu durumda ahlaka aykırılık gerekçesiyle ceza koşulunu tümünden geçersiz saymanın TTK m. 22’nin getiriliş amacına aykırı olacağı görüşü hakkında bkz. YAĞCIOĞLU, s. 225; Yarg. 3. HD, 1.12.2020, 4493/7235; “Somut olayda; sözleşmenin davalı tarafça haksız olarak feshedildiğ i yerel mahkeme ve Bölge Adliye Mahkemesince kabul edilmiş, bununla birlikte Bölge Adliye Mahkemesi kararlaştırılan cezai şartta hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulması yoluna gidilmiş ise de davalı tacir olup, kararlaştırılan cezai şartın davalı şirketin mahvına neden olduğ u hususu bilirkişi raporu ile tespit edilmediğ i gibi davalı tarafın bu yönde bir savunması da bulunmamaktadır. Bu durumda, açıklanan ilkeler dikkate alınarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, hatalı değ erlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir”; Yarg. 3. HD, 5.12.2017, 15056/17040; “TBK. 182/ son maddesi hakime fahiş gördüğ ü cezai şartı indirme yükümlülüğ ünü vermiştir. Bunun sonucu olarak aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile hakim, cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 20.03.1974 tarihli kararında⁷⁴⁶, ahlak ve adaba aykırılığın genel bir hüküm olduğu ve TTK m. 22'nin bu genel kuralın uygulanmasına engel teşkil edemeyeceği gerekçesi ile borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olan ceza koşulunun, borçlu tacir dahi olsa indirilebileceğine karar vermiştir.



doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Öte yandan TTK'nın 22 maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini isteyemez ise de kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir" (E.T.: 03.0.2021, www.kazanci.com.tr).

⁷⁴⁶ **YHGK, 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222 sayılı kararı;** "Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. Çünkü ahlak ve adaba aykırılık dolayısıyla şartın butlanı genel bir hükümdür. TTK' nın 24. maddesi hükmünün bu genel müeyyidenin uygulanmasına engel sayılacağı düşünülmaz. Bu takdirde mesele, protokol ile tespit edilen günde 10.000 lira ceza üzerinden davacıdan istenen cezai şart tutarının, davacının iddiası veçhile kendisi için iktisaden yıkım olup olmadığı ve böylece cezanın ahlak ve adaba aykırılık sebebiyle iptali gerekip gerekmediğidir. Mahkemece bu yönden bir inceleme yapılmamıştır. Bu itibarla protokolde tespit olunan işi ikmal tarihi 20.4.1963 tarihinden davacının taahhüdünü ikmal ettiği 25.8.1963 tarihine kadar geçen 128 gün için günde 10.000 liradan tahakkuk ettirilen 1.280.000 lira ceza tutarının, 654.699 lira keşif değerli bir taahhütte ve davacı müteahhidin iktisadi durumuna göre kendisinin iktisaden mahvına ve yıkımına sebep olup olmayacağı tahkik ve tetkik olunup ona göre günde 10.000 lira cezanın ahlak ve adaba aykırılığı tayin edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekli iken, herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın protokolün ihtiva ettiği hükümlerin BK'nun 20. maddesinde öngörülen nev'inden bir butlan halini ihtiva etmediği gerekçesiyle davacının davasının reddine ve mukabil açılmış olan davanın kabulüne karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulmasına) karar vermiştir" (E.T.: 10.0.4.2021, www.turkhukuk sitesi.com).

SONUÇ

Bu çalışmada yüklenicinin yapıyı sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim edememesi halinde iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulu ele alınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle ilk bölümde yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüdü ve sonuçları, ikinci bölümde yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibi lehine kararlaştırılan ceza koşulunun hüküm ve sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

İnşaat sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olup eser sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle inşaat sözleşmesi ile ilgili hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri (TBK m. 470-486) doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Eser sözleşmesi, TBK m. 470'de tanımlanmaktadır. Eser sözleşmesinin tanımından yola çıkarak inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin bir taşınmaz yapının inşa edilmesini ve bu yapının teslim edilmesini, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği eser sözleşmesi türü olarak tanımlanmaktadır.

Yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan asli borcu, sözleşmede kararlaştırılan yapıyı zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlamak ve teslim etmektir. Teslim, inşaat sözleşmesine konu yapının sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasından sonra tamamlanmış yapının ifa amacı ile iş sahibine sunulmasıdır. Dolayısıyla teslim için öncelikle yapının tamamlanmış olması gerekmektedir. Yapının tamamlanmasından anlaşılması gereken, tarafların sözleşmede kararlaştırmış olduğu bütün işlerin bitirilmiş olmasıdır. Yargıtay ise yapının "objektif ölçüler içinde amacına uygun olarak kullanılabilir olması" ölçütünü kabul etmektedir. Yapının sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp teslim edildiğini ispat yükü HMK m. 190 ve TMK m. 6 gereği yükleniciye ait olacaktır. Teslim hukuki bir fiil olduğundan teslimin gerçekleştirildiği tanık dinlenmesi de dahil olmak üzere her türlü delille ispat edilebilecektir.

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapının teslim zamanını sözleşmede diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Uygulamada genellikle tarafların ifa zamanını 22.04.2020 gibi belirli bir takvim günü şeklinde kararlaştırdığı görülse de farklı şekillerde kararlaştırılmaları da mümkündür. İfanın gerçekleştirileceği tarih belirli bir olayın gerçekleşmesinin üzerine ilave

bir süre eklenerek -sözleşmenin kurulmasından, inşaat ruhsatının alınmasından veya iş sahibi tarafından arsanın yükleniciye tesliminden 1 yıl sonra- şeklinde de belirlenebilir. İnşaat sözleşmelerinde nadiren görülse de taraflarca ifa zamanının kararlaştırılmamış olması durumunda ifa zamanı TBK m. 90 hükmüne göre belirlenecektir. Buna göre, sözleşmede ifa zamanına ilişkin boşluk TBK m. 90 uyarınca hukuki ilişkinin özelliğine ve tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurulacaktır. Ancak inşaat sözleşmelerinde hukuki ilişkinin özelliği gereği inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi hazırlık çalışması ve zaman gerektireceğinden yüklenicinin teslim borcu sözleşmenin kurulması ile doğsa da teslim borcunun yapının tamamlanması ile muaccel olacağı kabul edilmektedir. Bu durumda, deneyimli bir uzman tarafından işe zamanında başlanması ve mutad araç, gereç ve iş gücü kullanılması halinde inşaatın yapımının ne kadar sürede tamamlanabileceği dürüstlük kuralı da göz önünde bulundurularak belirlenecek ve teslim borcunun doğduğu sözleşmenin akdedildiği tarihe belirlenen bu süre eklenerek ifa zamanı tespit edilecektir.

İş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilen inşaatlarda iş sahibi arsa üzerindeki yapının başından itibaren zilyedi olduğundan teslim, yüklenici tarafından inşaatın tamamlandığının iş sahibine açık veya örtülü olarak bildirilmesi ile gerçekleşecektir. Eksiksiz olarak tamamlanan inşaat yüklenici tarafından iş sahibinin anlayabileceği şekilde iş sahibinin tasarrufuna bırakıldığı takdirde –örneğin, taşınmaz terk edilirse, yapıyı kullanmaya engel durumlar ortadan kaldırılır ve yapı iş sahibinin yararlanmasına hazır hale getirilirse veya bağımsız bölüm anahtarı iş sahibine teslim edilirse- teslim örtülü bir bildirim ile gerçekleşmiş olacaktır. Yüklenicinin kendi arsası üzerinde yaptığı inşaatlarda ise teslim, sözleşmeye konu yapının tamamlanıp iş sahibi adına tescili ve fiili zilyetliğin devri ile gerçekleşecektir. Şayet inşaat tamamlanmamışsa mülkiyet iş sahibine geçirilse dahi yüklenici teslim borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır. Uygulamada yapının tesliminin anahtar teslimi, iskan belgesinin (yapı kullanma izninin) alınması, resmi bir kurulun yapacağı muayenenin olumlu çıkması veya işletme ruhsatının alınması gibi şartlara bağlandığı görülmektedir.

Yüklenici, teslim zamanı gelmesine rağmen yapıyı tamamlayamaz veya tamamlamış olmakla birlikte teslim edemez ise gecikmede kusuru olup olmadığına bakılmaksızın temerrüt gerçekleşmiş olacaktır. Yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi için gerekli şartlar, yapıyı teslim borcunun muaccel olması, teslimin kararlaştırılan zamanda gerçekleşmemiş olması, yapıyı teslim borcunun ifasının mümkün olması, iş sahibinin

yükleniciye ihtarda bulunması ve teslimde gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmasıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin temerrüdü gündeme gelecektir. Kural olarak inşaatın teslimine kadarki süreçte tüm riskler yüklenicide olmasına rağmen yüklenicinin gecikmesini objektif olarak haklı gösterecek sebeplerin varlığı halinde sözleşmede belirlenen teslim zamanı geçmiş olsa da temerrüdün sonuçlarının doğmayacağı ve teslim borcunun muacceliyet anının uzayacağı kabul edilmektedir. Yapıyı teslim borcunda gecikmenin hangi hallerde borca aykırılık teşkil edeceği ve temerrüde yol açacağı, hangi hallerde gecikmenin haklı sebep teşkil edeceği hususunda Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun tespiti gecikmenin hangi tarafın risk alanında gerçekleştiğine bakılarak tespit edilecektir. Buna göre, gecikme yüklenicinin risk alanına giriyorsa ve temerrüdün diğer şartları da mevcut ise yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü gündeme gelecek, gecikme iş sahibinin risk alanına giriyor ise bu sebep objektif olarak borca aykırı olmayan haklı bir gecikme olacak dolayısıyla yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyecektir.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüdü ile ilgili Türk Borçlar Kanunu'nda özel hükümler bulunmadığından borçlu temerrüdüne ilişkin 117-122 maddeleri ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemeler içeren 123-125 maddeleri uygulama alanı bulacaktır. O halde, yapıyı teslim borcunda temerrüde düşen yükleniciye karşı iş sahibi, yapının teslimi ile gecikmeden doğan zararları, ifadan vazgeçerek olumlu zararlarını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarını talep etme şeklinde seçimlik haklara sahip olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde sözleşmeye konu yapının kararlaştırılan zamanda teslim edilmesi iş sahibi için büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle yapının kararlaştırılan zamanda teslim edilememesi ihtimaline karşı iş sahibinin zararlarını gidermek ve yüklenici üzerinde inşaatı zamanında tamamlayıp teslim etme hususunda baskı oluşturmak maksadıyla tarafların sözleşmede ceza koşulu kararlaştırdıkları görülmektedir. Ceza koşulu, borçlunun geçerli ve sona ermemiş bir asıl borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde yerine getirmeyi üstlendiği, önceden kararlaştırılmış, ekonomik bir değeri olan, alacaklıyı zararı ispat yükü altına sokmaksızın zararın teminine imkan sağlayan ve borçlunun borca uygun davranmasını sağlayan edimdir. Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin mutlaka bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılması şart olmamakla birlikte ekonomik bir değere sahip olması

gerekmektedir. Doktrinde, ceza koşulunun cezalandırma ve tazmin etme olmak üzere iki amaca hizmet ettiği; ceza koşulunun çoğunlukla borçluyu ortaya çıkan zarardan daha yüksek bir meblağ ödemeye mecbur bırakması nedeniyle cezalandırma amacı, alacaklıyı zararı ispat külfetinden kurtararak zararın tazminini kolaylaştırması nedeniyle de tazmin amacı bulunduğu kabul edilmektedir.

Seçimlik ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nun 179/1 hükmünde düzenlenmiş olup ancak ve ancak asıl borcun ifasından vazgeçilmek suretiyle talep edilebilmektedir. Buna göre, iş sahibi dilerse yapının teslimini dilerse kararlaştırılmış ceza koşulunun ifasını isteyebilme hakkına sahip olmaktadır. Seçimlik ceza koşulunda iş sahibi, seçimlik hakkını varması gerekli ve tek taraflı irade beyanı ile kullanacaktır. Bu hak mahiyeti gereği değiştirici yenilik doğuran olduğundan iş sahibi seçimini yaptıktan sonra bundan dönemeyecek ve beyanını geri alamayacaktır. İş sahibinin seçimini seçimlik ceza koşulundan yana kullanması halinde yüklenicinin edimi değişecek ve yapıyı teslim ediminin yerini ceza koşuluna konu edim alacaktır. İfaya eklenen ceza koşulu ise Türk Borçlar Kanunu'nun 179/2 hükmünde düzenleme altına alınmış olup özellikle gecikmiş ifalarda gündeme gelmektedir. İfaya eklenen ceza koşulunda iş sahibi hem borcun ifasını hem de ceza koşulunun ifasını birlikte isteyebilecektir. İfaya eklenen ceza koşulu, yüklenicinin yapıyı teslim borcunda gecikmesi halinde toplu bir para veya gecikilen süreye bağlı olarak artacak bir miktar para olarak belirlenebilecektir. Ancak uygulamada ifaya eklenen ceza koşulunun gecikilen süreye bağlı olarak artacak şekilde belirlenmesine daha çok rastlandığı görülmektedir. Bunun gibi gecikilen süreye bağlı olarak artacak şekilde kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunda ödenecek meblağ gecikilen zamana göre her geçen gün artış gösterecektir. Taraflar bu konuda bir üst sınır belirlenmemişse iş sahibinin uzun süre sessiz kalarak ceza koşulunun artmasına sebebiyet vermesi durumu ortaya çıkabilir. Bu durumda ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar tarafından, iş sahibinin ceza koşulunun miktarını arttırmak için uzun süre sessiz kalıp aynen ifade TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırı şekilde diretilemeyeceği, iş sahibinin bu davranışının zararın artmasına neden olan ortak kusur niteliğinde kabul edilmesi ve ödenmesi gereken ceza koşulu miktarından ortak kusur indirimi yapılması gerektiği savunulmaktadır. Diğer yazarlar ise cezanın artmasını istemeyen yüklenicinin umut verici hareketlerden vazgeçerek ifayı gerçekleştiremeyeceğini iş sahibine açıkça bildirmesi gerektiği aksi halde işi uzatan yüklenicinin ceza miktarının artmasına katlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Biz cezanın artmasını istemeyen yüklenicinin umut

verici hareketlerden vazgeçerek ifayı gerçekleştiremeyeceğini iş sahibine açıkça bildirmesi gerektiği aksi halde işi uzatan yüklenicinin ceza miktarının artmasına katlanması gerektiği yönündeki görüşe katılmakla birlikte bu görüşün soruna çözüm ürettiğini düşünmüyoruz. Zira yüklenici iş sahibine inşaatı teslim edemeyeceğini bildirse dahi iş sahibi seçimlik haklarını kullanmayı yine geciktirebilecek veya sessiz kalmayı seçebilecektir. Bu durumda ilk görüş doğrultusunda soruna yine TMK m. 2 ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde çözüm aramak gerekeceği, iş sahibinin yüklenici tarafından yapının teslim edilemeyeceğinin açıkça bildirildiği veya iş sahibi tarafından anlaşılabilecek şekilde inşaatı teslim terk ettiği durumlarda bu tarihten sonra işleyecek ceza koşuluna hak kazanamaması gerektiği görüşündeyiz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179/2 hükmüne göre, iş sahibinin ifaya eklenen ceza koşulunu talep hakkından açıkça feragat etmesi veya ifayı çekince ileri sürmeden talep etmesi halinde iş sahibi, ifaya eklenen ceza koşulu talep edemeyecektir. İş sahibinin en geç teslim anında yapının teslimi ile birlikte ceza koşulu da talep ettiğini yükleniciye beyan etmesi gerekmektedir. Teslim borcunun yüklenicinin bildirimi ile yerine getirildiği durumlarda iş sahibinin bildirimi alır almaz ceza koşulu istemini saklı tuttuğunu beyan etmesi gerekmektedir. Ancak, iş sahibi tarafından çekince ileri sürülmeksizin yapı teslim alınmış olsa dahi 3 durumda ceza koşulu isteme hakkının düşmeyeceği kabul edilmektedir. Bunlar; yükleniciyi temerrüde düşürmek için iletilen temerrüt ihtarında çekincenin ileri sürülmüş olması, iş sahibi tarafından ceza koşulu alacağı ile yükleniciye ödemesi gereken inşaat bedelinin takas edilmiş olması ve çekince ileri sürülmeksizin ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğine ilişkin anlaşma yapılmış olmasıdır. TBK m. 179/2 emredici nitelikte olmadığı, tarafların ifanın kabul edilmesinden sonra da çekince ileri sürülebileceğine veya çekince ileri sürülmeksizin ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebileceğine ilişkin anlaşma yapmalarının mümkün olduğu unutulmamalıdır.

Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunu elde etmek isteyen iş sahibinin temerrütten doğan seçimlik haklarından hangisini seçmesi gerektiği kararlaştırılan ceza koşulunun seçimlik ceza koşulu veya ifaya eklenen ceza koşulu olması durumunda farklılık arz edecektir. Seçimlik ceza koşulunun asıl borcun ifası ile birlikte istenebilen bir ceza koşulu türü olmadığı ve ancak asıl borcun ifasından vazgeçilmek suretiyle talep edilebileceği için yüklenicinin yapıyı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin, sözleşmede

kararlaştırılan seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için aynen ifayı talep etmemesi gerekir. Seçimlik ceza koşulunda ifa ile ceza koşulu arasında bir seçim yapılması gerektiğinden ifanın talep edilmesi durumunda ceza koşulu istenemeyecektir. Bu nedenle, TBK m. 125/1 gereğİ ifa ile gecikme tazminatını veya TBK m. 125/2 gereğİ sözleşmeden dönerek kural olarak sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıran iş sahibi seçimlik ceza koşulunu isteyemeyecektir. Yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin seçimlik ceza koşulunu talep edebilmesi için TBK m. 125'deki seçimlik haklarından ifadan vazgeçerek olumlu zararı isteme şeklindeki seçimlik hakkını seçmesi gerekmektedir. Sözleşmede ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılmışsa iş sahibi ceza koşulunu ancak yapının teslimi ile birlikte talep edebilecektir. Bu nedenle ifaya eklenen ceza koşulunu talep etmek isteyen iş sahibinin, kural olarak gecikmiş teslimde ısrar etmesi gerekir. İş sahibi, nama ifa yoluna başvurduğu takdirde de ifaya eklenen ceza koşulunu isteyebilecektir. Nama ifaya izin davası kararının kesinleşmesinden nama ifanın yapılacağı eş deyişle yapının tamamlanacağı makul sürenin sonuna kadar işleyecek olan ifaya eklenen ceza koşulu talep edilebilecektir.

Ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimin, asıl borç olarak kararlaştırılan edimden farklı bir edim olması gerekmektedir. Ceza koşulunu oluşturan edim, asıl borçtan doğan edime eklenebileceğİ gibi ondan tamamen bağımsız bir edim olarak da kararlaştırılabilir. Borçlunun sahip olduğı bir hakkı veya yetkiyi kaybedeceğİne ilişkin anlaşmaların ceza koşulu edimi olarak kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda ifa edilen kısmın bedelsiz olarak iş sahibine kalacağı şeklindeki sözleşme hükmünü ceza koşulu olarak kabul etmemekle birlikte bu sözleşme hükümlerine de ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunurken diğİ bir görüş, kısmi ödemelerin asıl borçtan ayrı bir edim olmadığı gerekçesiyle bu tarz sözleşme hükümlerinin ceza koşulu gibi kabul edilip ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesine karşı çıkmaktadır. Kanaatimizce, ücrette kesinti yapılması veya yapılan kısmi ödemenin alacaklıya kalacağı şeklinde kararlaştırılan ceza koşulları da yükleniciyi borcunu zamanında ifa etmeye yönlendirecek ve yüklenici üzerinde psikolojik bir baskı oluşturacaktır. Bu nedenle bu tür kayıtların ceza koşulu olarak kabul edilmesi gerektiğİ yönündeki ikinci görüşe katılmaktayız.

Ceza koşulu, asıl alacağı bağı, fer'i bir nitelikte bir borçtur. Ceza koşulunun fer'i borç olmanın ilk sonucu, asıl borcun geçersiz olması durumunda ceza koşulunun da geçersiz

olacak olmasıdır. O halde kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık veya başlangıçtaki objektif imkansızlık gibi asıl borcun geçersizliğine yol açacak sebeplerin varlığı, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza koşulunun da geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Fer'iliğin bir diğer sonucu, asıl borcun zamanaşımına uğradığı veya asıl borcun ifa edilmediği gibi def'ilere sahip olunması halinde bu itiraz ve def'ilerin ceza koşulu için de ileri sürülebilecek olmasıdır.

Ceza koşulu zarardan bağımsız olup uğranılan zararın karşılığı değildir. Bu nedenle iş sahibinin yapının geç teslimi nedeniyle zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın, iş sahibi bakımından hiçbir zarar doğmamış olsa dahi ceza koşulunun ödenmesi talep edilebilecektir. Ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı hukuk kuralı mahiyetindedir. Bu nedenle tarafların ceza koşulu ile zarar arasındaki ilişkiyi farklı şekilde düzenlemeleri örneğin yalnızca ceza koşulu talep edilebileceği veya hem ceza koşulunun hem de uğranılan zararın tamamının talep edilebileceği yönünde anlaşma yapılması mümkündür.

Ceza koşulu kural olarak verme, yapma ve yapmama borcu gibi her türlü borç için kararlaştırılabilecektir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yapıyı zamanında ve sözleşmeye uygun olarak meydana getirme borcu bir yapma borcu olduğundan bu borcun ihlali için tarafların sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılabileceği açıktır.

Uygulamada inşaat sözleşmelerinde ceza koşulu çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılıyor olsa da bu bir zorunluluk arz etmemektedir. Verme, yapma ve hatta ekonomik bir değere sahip olması şartıyla bir yapmama ediminin bile ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Ceza koşulu tek taraflı bir hukuki işlem veya sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Ceza koşulu ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi esas sözleşme içerisinde bir kayıt olarak da yer alabilir. İnşaat sözleşmesinin taraflarını yüklenici ve iş sahibinin oluşturduğuna göre ceza koşulu anlaşmasının tarafları da esas sözleşmenin tarafları olacaktır. Başka bir ifade ile esas sözleşmenin alacaklısı ceza koşulu sözleşmesinin alacaklısı, esas sözleşmenin borçlusu ise ceza koşulu sözleşmenin borçlusu olacaktır. Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklısının üçüncü bir kişi olabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Ancak ceza koşulunun

borçlusunun yüklenici yerine üçüncü kişi olması ihtimalinde ceza koşulunun sağlayacağı bu etkinin azalacağı kanaatindeyiz.

İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin bir türü olup eser sözleşmesi herhangi bir kanuni şekle tabi olmadığından ceza koşulu da herhangi bir şekle tabi olmayacaktır. Ancak; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerektiğinden ceza koşulunun da aynı şekilde kararlaştırılması gerekmektedir.

İnşaat sözleşmelerinde sözleşme serbestisi gereği taraflar, ceza koşulunu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilecektir. Bu serbestinin sınırlarından birini TBK m. 27 oluşturmaktadır. TBK m. 27'ye göre, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı nitelikteki ceza koşulu hükümleri geçersiz sayılacaktır. Ceza koşulunun sınırlarından bir diğerini ise aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK m. 182/3 hükmü oluşturmaktadır. Bu hüküm, ceza koşulu kurumunun istismar edilmesini önlemek ve ceza koşulu ödemekle yükümlü kılınan tarafın ekonomik yönden sömürülmesini önlemek amacıyla hakimın sözleşmeye müdahalesi mümkün kılmaktadır. Buna göre belli şartların gerçekleşmesi halinde hakim aşırı ceza koşulunu indirebilecektir. Kanaatimizce hakim, ceza koşulu indirme yetkisini kullanırken ceza koşulunun zarardan bağımsız olması özelliğini ve ceza koşulunun aynı zamanda bir ceza işlevine sahip olduğunu göz ardı etmemelidir. Zira aşırı bulunan ceza koşulunun gerçek zarar seviyesine indirilmesi ceza koşulunun ceza işlevini kaybetmesine sebep olacak aynı zamanda ceza koşulunun temel özelliklerinden olan zarardan bağımsız olmasına da bir çelişki yaratacaktır. Ayrıca TTK m. 22, tacirlerin ticari işleriyle ilgili meseleleri bakımından aşırı ceza koşulunun indirilmesini yasaklamaktadır. TTK m. 22, tacirlerin ticari işleriyle ilgili meseleleri bakımından aşırı ceza koşulunun indirilmesini yasaklıyor olsa da ceza koşulunun tacirin mahvına sebep olacak düzeyde ahlaka aykırı olması durumunda ceza koşulunun indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olabilecektir.

İnşaat sözleşmesinde kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi birtakım şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmemesi halinde ödeneceği kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için öncelikle geçerli bir inşaat sözleşmesi var olmalı ve bu sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin de bu borcunu ihlal etmesi gerekmektedir. Yüklenicinin yapıyı zamanında teslim etmemesi halinde ödeneceği

kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli olan diğer şart ise ceza koşulunun muaccel olmasıdır.

Ceza koşulunun muacceliyeti için gerekli şartlar, yüklenicinin yapıyı teslim borcunun muaccel olması, yapının ifa zamanında teslim edilmemesi ve yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasıdır. Esasen ceza koşulunun muaccel olması için borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, ceza koşulunun talep edilebilmesi için kusur aranmaması gerektiğini, diğer görüş ise ceza koşulu ancak ve ancak borçlunun kusurlu olması halinde gündeme geleceğini ileri sürmektedir. Biz de aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça alacaklının ceza koşulu talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiğini savunan ikinci görüşe katılmaktayız. Zira ceza koşulu her ne kadar bir tazminat türü olmasa ve tazminata kıyasla alacaklıya zararını elde etme hususunda bir avantaj sağlasa da bu avantaj, karşı taraftan kusursuz dahi olsa bir bedel elde edebilmek değildir. Kaldı ki yapıyı kusuru olmaksızın zamanında teslim edemeyen yüklenicinin, iş sahibinin mevcut zararından bile fazla bir bedeli ödemekle cezalandırılmasının adil görünmediği kanaatindeyiz. Bu nedenle kusursuz olan borçludan ceza koşulu talep edilememelidir.

Ceza koşulu alacağı muaccel olduktan sonra esas alacağa olan bağımlılığı sona erecek ve bağımsız bir alacak niteliği kazanacaktır. Ceza koşulunun ne zaman muaccel olacağının tespiti önem arz etmektedir. Bunun tespiti için öncelikle sözleşmeye bakmak gerekmektedir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı teslim borcunda gecikmesine bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu, yüklenicinin yapıyı teslim borcunu zamanında ifa etmediği anda muaccel olacaktır. Uygulamada çoğunlukla inşaat sözleşmelerinde teslim zamanı sözleşmede kararlaştırıldığı için yüklenici kararlaştırılan sürenin sonunda ihtar gereklilik olmaksızın temerrüde düşecektir. Ancak ifa zamanının sözleşmede belirlenmediği veya iş sahibinden kaynaklı sebeplerle sözleşme süresinin uzaması nedeniyle belirli vadenin sonradan belirsiz vadeye dnyeceği bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ihtar ile temerrüde düşürülmesi gerekecektir.

İNşaat süresince ortaya çıkan bazı durumlar teslim süresinin uzamasına ve dolayısıyla ceza koşulunun muacceliyet tarihinin değişmesine sebep olabilecektir. Taraflar teslim süresinin ne kadar uzayacağını sözleşmede veya gecikme meydana geldikten sonra kararlaştırmış olabilirler. Sözleşmede böyle bir hüküm var ise sözleşme süresi, sözleşmede

belirlenen süre kadar kendiliğinden uzayacaktır. Sürenin ne kadar uzayacağı noktasında taraflar bir anlaşmaya varamamış ise bu boşluk hakim tarafından tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulacaktır. Buna göre, teslim süresinin yüklenicinin çalışmasının kesintiye uğraması nedeniyle yerine getiremediği işleri yapabilmesi için gerekli olan makul süre kadar uzamasına hükmedilecektir. Yüklenicinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı kural olarak sözleşme süresi uzamayacaktır, bu gecikmeye yüklenici katlanmak zorunda kalacaktır. İş sahibinin risk alanında doğan bir sebepten dolayı ise sözleşme süresi kendiliğinden uzayacaktır. Bu durumda yapıyı teslim borcunun muacceliyet tarihi değişeceğinden ceza koşulunun muacceliyet tarihi de değişmiş olacaktır. Belirlenen bu yeni vadenin bitiminde de yüklenici tarafından yapının teslim edilmemesi durumunda ceza koşulu muaccel olacaktır. Ceza koşulu borcu muaccel olduktan sonra ceza koşulu edimini ifa etmeyen yüklenicinin, muaccel olan ceza koşulu ödeme borcunda ne zaman temerrüde düşeceği hususunda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, hem yapıyı teslim borcu hem ceza koşulu borcu için iki ayrı ihtarın gerekmediğini, borçluyu asıl borcun ifasında temerrüde düşürmek için yapılacak temerrüt ihtarı birlikte ceza koşulu borcu için de yüklenicinin temerrüde düşürülmüş olacağını savunmaktadır. Diğer bir görüş ise her iki borç için de ayrı ayrı temerrüt ihtarında bulunulması gerektiğini ileri sürmektedir. Biz ceza koşulu alacağı muaccel olduktan sonra esas alacakla olan bağılılığı kopacağından ve artık bağımsız bir alacak niteliği kazanacağından bağımsız bir borç haline gelen ceza koşulu alacağı için de iş sahibinin ayrı bir ihtarla yükleniciyi temerrüde düşürmesi gerektiği yönündeki ikinci görüşe katılmaktayız.

Gerek seçimlik ceza koşulu gerekse ifaya eklenen ceza koşulunda aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça aynı zarar dolayısıyla hem gecikme tazminatının hem ceza koşulunun istenebilmesi mümkün değildir. Ancak, iş sahibi gecikmeden doğan zararının kararlaştırılan ceza koşulu miktarından fazla olduğu başka bir deyişle gerçek zarar miktarının ceza koşulunu aştığı durumlarda TBK m. 180/2'ye göre aşan miktarı talep edebilecektir. İş sahibinin aşan zararlarını talep edebilmesi için ceza koşulunu aşan zararın var olması, borca aykırılık ile zarar arasındaki illiyet bağının var olması, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması yüklenicinin kusurlu olması ve iş sahibinin aşan zararı ile yüklenicinin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, İstanbul, 2018.

AKKANAT, Elif Beyza: “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018 (Editör: Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 23-61.

AKKANAT, Halil: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1-49.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFM, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 357-414.

AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 999-1018.

ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül: “İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İş Birliği Eylemleri”, YBHD, Yıl 5, Sayı 2020/2, s. 511–558.

ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. mad. 368), Ankara, 2002.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2019.

ARAT, Ayşe: Konut Satışında Üç Köşeli İlişkilerden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2018.

ARDIÇ, Azmi: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016.

ARICI, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1991, s. 31-44.

ARIKAN, Mustafa: “Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2008, s. 265-285.

ARIKAN, Mustafa/ERDOĞAN, Kemal: “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 34, 2015, s. 145-172.

ARPACI, Özge: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara, 2019.

ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık, Ankara, 2007.

ATEŞ, Zehra Gizem: “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

AVCI, Ali: “Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, S. 21, 2015, s. 285-335.

AVCI, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22, 2016, s. 303-322.

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

AYAR BİRKİN, Zeynep: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Ankara, 2019.

AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2016.

AYDIN, Gülşah Sinem: “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, S. 141, TBB Dergisi, 2019, s. 417-453.

AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Nama İfa), İstanbul, 2013.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara, 2019.

AYHAN, Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 291-314.

BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.

BAŞARAN, Zeynep Sümeysa: “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1305-1338.

BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü: Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedelin Aşılması (TBK m. 482), Ankara, 2020.

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2021 (Sözleşme).

BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Ticari Davalar & Cezai Şart, Ankara, 2017.

BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan, Ankara, 1958, s. 37-128.

BİLGETEKİN, N. Tuğçe: İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatımı ve FIDIC Sözleşmelerindeki Görünümü, İstanbul, 2020.

BİLGİN YÜCE, Melek: “İfa Zamanı (TBK m. 90-96)”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu (Editörler: Rona Serozan/Turgut Öz/Faruk Acar/Emre Gökyayla/Murat Develioğlu), İstanbul, 2017, s. 921-1005.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara, 2015.

BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.

BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 (Dönme).

BUZ, Vedat: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, 1994, s. 23-40 (İmkansızlaşma).

BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2017 (Genel).

CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.

COŞKUN, Mahmut: İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara, 2020.

ÇAKIROĞLU, Mehmet: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu, Ankara, 2019.

ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S. 16, Güz, 2009, s. 91-115.

DAYINLARLI, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 3. Baskı, Ankara, 2003.

DEMİR, Mustafa Duhan: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2017.

DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007.

DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2021 (İnşaat).

DUMAN, İlker Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir, 3. Baskı, Ankara, 2020.

EKİNCİ, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2015.

EKEN, Özge, İnşaat Sözleşmelerinde Süre Uzatım Halleri, Ankara, 2021.

EKMEN, Mehmet Cihat: İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2020.

ENLİ, İsa: “Belirli Süreli Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdünün Şartları, Hüküm ve Sonuçları”, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 97-113 (Makale).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2020 (Özel).

EREN, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 45-58 (Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri).

EREN, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s. 59-86 (İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları).

ERDEM, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara, 2009, s. 97-123.

ERGİN, Berkiye Gizem: İnşaat Hukukunda Süre Uzatımı, Ankara, 2021.

ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul, 2010.

GÖKYAYLA, K. Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009.

GÖKYAYLA, K. Emre: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 47-67 (Makale).

GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, 2016.

GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara, 2016.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-II, 3. Bası, İstanbul, 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Asıl Borcun Sona Ermesinin Asıl Borçla bağlantılı Yan Haklar Üzerindeki Etkisi (TBK m. 131)”, Prof. Dr. İlhan Uluslan’a Armağan, Cilt III, Ankara, 2016, s. 321-354 (Asıl Borç).

GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017.

GÜNAY, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2015.

GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara, 2002 (Cezai Şart).

GÜNAY, Erhan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2019.

GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014.

GÜNEŞ, Zeynep Naz: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2014, s. 69-85.

GÜR, Mustafa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara, 2017.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2017.

HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995.

İLKGELEN, Abdullah Cem: “İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018.

KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, 2017 (Garanti).

KAHRAMAN, Zafer: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Almış Olan Üçüncü Kişilerin Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s. 424-458.

KAHVECİ, Ali Ziya: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

KAPANCI, Kadir Berk: “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 661-684.

KAPANCI, Kadir Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 655-682 (Götürü).

KAPLAN, İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 12-29 Mart 1996), 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2001.

KARABAĞ BULUT, Nil: Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, 2014.

KARABAĞ BULUT, Nil: “Tacirler arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, 2015, s. 231-253 (Tacir).

KARAKAŞ, Işın: “Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

KAVAK, Yalçın: Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul, 2015.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Yargıtay Kararları Işığında Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı, İsviçre- Türk Öğretisi, Ankara, 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 24. Bası, Ankara, 2020.

KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Ankara, 2018.

KOCAAĞA, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 20, S. 74, 2008, s. 149-157 (İnşaat).

KOCAAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014 (Sözleşme).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.üncü Basıdan 7.inci Tıpkı Bası, İstanbul, 2017.

KURŞAT, Zekeriya: İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017.

KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.

KURT, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136), Ankara, 2016 (İmkansızlık).

KURT, Leyla Müjde: “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, 2011, s. 157-206 (Süre).

MEŞE HACIOSMANOĞLU, Selen: Türk Hukuku’nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Ankara, 2021.

OLGAÇ, Samet Can: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 126, 2017, s. 96-112.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul, 2016.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, s. 65-118.

ÖCAL APAYDIN, Bahar/İNCE AKMAN, Nurten: “Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2019, s. 220–261.

ÖNEN, Turgut: Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara, 1975.

ÖZ, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul, 2016.

ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 2. Tıpkıbası, İstanbul, 2021 (Dönme).

ÖZ, M. Turgut: “Yargıtay’ın Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı İçtihatlarının Eleştirisi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 10, S. 100, 2018, s. 21-39 (Kat Karşılığı).

ÖZTÜRK, Muammer/GÖZÜTOK, Zeki: Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, Ankara, 2018.

ÖZBİLEN, Arif Barış: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.

PAKET, Sabure: Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020.

PARLAK BÖRÜ, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 29, S. 129, 2017, s. 195-228.

PEKTAŞ, Ahmet: Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Ankara 2021.

PEKMEZ, Cüneyt: Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul, 2019.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014.

SEÇER, Öz: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484), 2. Bası, Ankara, 2020.

SEÇER, Öz: “İnşaat Sözleşmelerinde Covid-19'a Bağlı Süre Uzatımı”, Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları (Editör: Kemal Şenocak), Ankara, 2021, s. 163-193 (Covid).

SEÇER, Öz: “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”, <https://www.academia.edu/36094418>, s. 483-521 (Teslim Borcu).

SEÇER, Öz: “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, 2016, s. 727-754 (Bildirim).

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

SELİMOĞLU, Yaşar Engin: Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, 2017.

SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, 2018.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2007 (Dönme).

SİRMEN, A. Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

SÜTÇÜ, Nezih: Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt-1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2018.

ŞAHİN, Turan: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara, 2012.

ŞAHİNİZ, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul, 2010.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010 (Mesuliyet).

TEKELİOĞLU, Numan: “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, YBHD, S. 2017/2, s. 159–186.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.

TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul, 1976 (Genel).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul, 1977 (Özel).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963 (Cezai Şart).

TUNÇOMAĞ, Kenan: “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, 1962, s. 558-568.

TUTAR, Elce: “Cezai Şartın Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 125, 2017, s. 29-41.

TUTKUN, Ceyda, İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, 2021.

UÇAR, Salter: Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993.

USLU, Ebubekir: Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara, 2019.

USTA, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Madde 51-108), Cilt 3, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Madde 109-213), Cilt 4, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, İcra ve İflas Kanununda, Özel Kanunlarda Tahliye, Kira Tespit Davaları ve BK m. 299-355), Cilt 6, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2010.

ÜNAL, Akın: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi”, ERÜHFD, C. XIV, S. 2, 2019, s. 441-456.

YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara, 2019.

YAŞAR, Halis: “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları”, TBB Dergisi, C. 102, 2012, s. 289-322.

YAKUPPUR, Sendi: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul, 2019.

YAVUZ, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, 2018.

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 2017.

YILDIZ, Mustafa Göktürk: Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul, 2020.

YÜNLÜ, Semih: "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Sonucu Dönme Hakkının Kullanılması ve Etkileri", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015, s. 909-928.

ZEVLİLER/Aydın, GÖKYAYLA/K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, 2013.