

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Betül ÇETİNTAŞ

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Betül ÇETİNTAŞ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. L. Müjde Kurt

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Leyla Müjde Kurt

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

2- Doç. Dr. Leyla Müjde KURT

3- Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI

Tez Savunması Tarihi

06.04.2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Leyla Müjde Kurt danışmanlığında hazırladığım “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat (Ankara 2023)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 06.04.2023

Betül Çetintaş

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	4
A. TANIMI.....	4
B. UNSURLARI	7
1. Bir Yapının İnşası ve İnşa Edilen Yapının Teslim Edilmesi	7
2. Bedel	9
3. Tarafların Anlaşması.....	13
II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ GÖRÜNÜM TURLERİ.....	14
A. Eser Sözleşmesi	14
B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi	15
C. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi.....	17
III. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	21
A. Rızai Bir Sözleşme Olması	21
B. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	21
C. Geçici-Sürekli Karmağı Borç İlişkisi Yaratması	22
1. Ani Edimli Borç İlişkisi Görüşü	23
2. Sürekli Borç İlişkisi Görüşü.....	25
3. Karma Görüş	25
4. Görüşümüz	27
IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL	28
V. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	32
A. Yüklenici.....	32
1. Genel olarak	32
2. Yüklenicinin Hak ve Borçları	34
B. İş Sahibi	37
1. Genel Olarak	37
2. İş Sahibinin Hakları ve Borçları	37

İKİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞART

I. CEZAI ŞART KAVRAMI VE TANIMI	38
A. Genel Olarak	38
B. Tanım	39
II. CEZAI ŞARTIN AMACI	43
A. Teminat Amacı	43
B. Tazmin Amacı	45
C. Sözleşmeyi Sona Erdirmeyi Kolaylaştırma Amacı	46
III. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARI.....	47
A. Cezai Şartın Geçerlilik Koşulları.....	47
1. Asıl Bir Borcun Var Olması	47
2. Asıl Borç Yanında Cezai Şartın Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması	50
3. Cezai Şart Anlaşması	55
B. Şekli	56
C. Sınırları	59
IV. HUKUKİ NİTELİĞİ	64
V. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ	65
A. Seçimlik Cezai Şart.....	66
B. İfaya Eklenen Ceza Şart.....	69
C. Dönme Cezası	72
VI. CEZAI ŞART ALACAĞININ TALEP EDİLMESİ.....	74
A. Muacceliyet Koşulları.....	74
1. Asıl Borcun Muaccel Olması.....	75
2. Asıl Borcun İhlali.....	75
a. Genel Olarak.....	75
b. Yüklenicinin Kusuru ile İlişkisi.....	78
c. İş Sahibinin Zararı ile İlişkisi	82
3. Cezai Şarta İlişkin Talep Hakkından Vazgeçilmemiş Olması	84
B. Cezai Şartın Muacceliyet Anı ve İşlediği Zaman Dilimi.....	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖTÜRÜ TAZMİNAT

I. GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI VE TANIMI.....	89
A. Genel Olarak.....	89
B. Tanımı.....	93
II. HUKUKİ NİTELİĞİ	97
A. Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir İlişki Doğurması	97
B. Kendine Özgü (<i>Sui Generis</i>) Olması	97
C. Götürü Tazminatın Asıl Borca Bağlı Olması	98
III. AMAÇLARI.....	102
IV. GÖTÜRÜ TAZMİNAT TÜRLERİ.....	103
A. Mutlak Götürü Tazminat	104
B. Nispi Götürü Tazminat	104
C. Kısmen Nispi Götürü Tazminat.....	105
1. Azami Nispi Götürü Tazminat.....	105
2. Asgari Götürü Tazminat	106
V. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAYITLARI	106
A. Götürü Tazminatın Geçerlilik Koşulları.....	106
1. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı.....	107
2. Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması	108
a. Genel Olarak.....	108
b. Götürü Tazminat Ediminin Konusu, Türü ve Ödenme Şekli	109
c. Götürü Tazminat Ediminin Sınırı.....	111
3. Tarafların Anlaşması (Götürü Tazminat Anlaşması).....	112
B. Şekli	113
VI. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ALACAĞININ TALEP EDİLMESİ	113
A. Muacceliyet Koşulları.....	113
1. Asıl Borcun İhlal Edilmiş Olması.....	114
2. İhlal Nedeniyle Bir Zarar Meydana Gelmiş Olması	115
3. Yüklenicinin Kusurlu Davranışıyla İhlale Sebep Olması	117

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
GÖTÜRÜ TAZMİNAT CEZAİ ŞART AYIRIMI

I. GENEL OLARAK	118
II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT İLE CEZAİ ŞART ARASINDAKİ FARKLAR.....	121
A. Amaç Bakımından	121
B. Zarar ile İlişkisi Bakımından	124
C. Kusur Açısından	126
D. Asıl Borç ile İlişkisi Bakımından	127
E. Uygulanacak Hükümler Bakımından	128
III. CEZAİ ŞART İLE GÖTÜRÜ TAZMİNATI AYIRT EDİCİ KRİTERLER	131
A. Kriterler.....	131
B. Yargıtay Uygulamaları	133
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA	140
ÖZET	149
ABSTRACT	150

KISALTMALAR

BİĞŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
Bkz.	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
md.	: Madde
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
T.	: Tarih
s.	: Sayfa
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Günümüzde inşaat sektörü, yatırım çeşitliliği barındırması, yüksek meblağlı gelir kaynakları sağlaması, kendi bünyesinde ve ilişkili olduğu birçok sektörde istihdam yaratması özellikleriyle ulusal ekonomiye yön veren sektörlerden biridir. En temel haliyle inşaat sektöründe kişiler bir araya gelerek bir tarafın eseri inşa etmesi ve diğer tarafın da karşılığında bir bedel ödemesi üzerine anlaşılmaktadır. Hukuksal çerçevede eser (istisna) sözleşmeleri olarak nitelendirdiğimiz bu anlaşmalarda, eserin inşasını üstlenen taraf yüklenici (müteahhit), karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt eden kişi ise iş sahibi olarak karşımıza çıkmaktadır. İşbu yüksek lisans tezinin konusunu oluşturan inşaat sözleşmesi ise eser sözleşmesinin görünüm türlerinden biri olup, uygulamada kişiler tarafından sıklıkla başvurulmuş ve düzenlenen bir sözleşmedir.

Genel olarak iş sahibinin en büyük menfaati, talep ettiği eserin yüklenici tarafından tam ve gereği gibi inşa edilerek kendisine zamanında teslim edilmesidir. Yüklenici de edimini tam ve eksiksiz yerine getirerek eser karşılığında belirlenen bedeli almak ister. Bu doğrultuda, iş ilişkisi çerçevesinde her iki tarafın beklediği menfaatin sağlanabilmesi için tarafların hak ve yükümlülükleri ile şart ve koşulların açık bir şekilde ortaya konması gerekir. İşte bu noktada, taraflar arasında şart ve koşulların belirlendiği yazılı bir inşaat sözleşmesi imzalanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

İnşaat sözleşmelerinde, genellikle, tarafların hak ve yükümlülükleri ile ifa edilecek edimin özellikleri, ifa süresi, sözleşme bedeli gibi hususların yanında sözleşmenin taraflarca ihlalinin önlenmesi için birtakım şartlara yer verildiği görülmektedir. Örneğin inşaat sözleşmelerinde karşımıza sıklıkla çıkan aykırılık hallerinden biri yüklenicinin eseri teslim borcunu zamanında yerine getirmemesidir. Bu

kapsamda, inşaat sözleşmelerinde genellikle eserin teslim tarihi sözleşme ile kesin olarak kararlaştırılır ve belirlenen bu zamana uyulmasını sağlamak amacıyla iş sahibi lehine sözleşmeye birtakım kayıtlar eklenir. İş sahibinin, eserin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle uğrayacağı zararların giderilmesi için sözleşmeye iş sahibi lehine cezai şart veya götürü tazminat kayıtları eklenmektedir. İşbu yüksek lisans tezinde de inşaat sözleşmelerinde bulunan cezai şart ve götürü tazminat kayıtları incelenecektir.

İşbu yüksek lisans tezinin yazılma amacı, cezai şart ile götürü tazminatın hukuki nitelikleri, özellikleri, koşullarını ve iki kayıt arasındaki farkları ortaya koyarak, cezai şart ve götürü tazminat kayıtlarının taraf iradelerine uygun olarak sözleşmede kararlaştırılmasını ve olası bir sözleşmeye aykırılık durumunda tarafların taleplerini güncel mahkeme kararları ışığında hukuka ve sözleşmeye uygun olarak sunmalarını sağlamaktır. Doktrinde ve inşaat sözleşmelerinin uygulamasında, sözleşmelerde bulunan bu kayıtlar hakkında farklı nitelendirmeler yapıldığı görülmektedir. Bazı hallerde sözleşmede yer alan kayıtlar bir cezai şart olarak değerlendirilirken bazı durumlarda götürü tazminat olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenlerle, güncel yasal düzenlemeler ve mahkeme kararları ışığında inşaat sözleşmelerinde yer alan cezai şart ve götürü tazminat kayıtlarının, tüm yönleriyle belirlenmesi ve farklarının ortaya konulması amacıyla işbu yüksek lisans tezi hazırlanmıştır.

İşbu yüksek lisans tezinin birinci bölümünde öncelikle inşaat sözleşmesinin tanımı, tarafları hukuki niteliği, görünüm türleri, genel olarak iş sahibinin ve yüklenicinin borçlarına ilişkin incelemeler yapılmıştır.

İkinci bölümde, inşaat sözleşmelerinde cezai şartın tanımı, unsurları, hukuki niteliği, işlevleri ve türleri üzerinde durulmuştur. Çalışmanın esas konularından inşaat

sözleşmelerinde cezai şart kayıtlarının yer alması ve cezai şart kayıtlarının inşaat sözleşmelerinde geçerlilik ve talep edilebilirlik şartlarına da değinilmiştir.

Üçüncü bölümde ise inşaat sözleşmelerinde götürü tazminatın tanımı, hukuki niteliği, unsurları üzerinde durulmuştur.

Son olarak dördüncü bölümde cezai şart kayıtları ile götürü tazminatın karşılaştırması yapılmış; iki kurum arasındaki farklar mahkeme kararları ve öğretide yer alan görüşlerle ortaya konmaya çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

A. TANIMI

İnşaat sözleşmeleri hakkında başta 6098 sayılı TBK olmak üzere mevzuatımızda açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Öte yandan eser (istisna) sözleşmelerinin TBK’de md. 470 ve 486 arasında düzenlendiği görülmektedir. Bu bölümde yer alan yasal hükümde eser sözleşmesi, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak ifade edilmiştir. Kanunda yapılan tanımın, yüklenicinin eseri teslim borcunu içermemesi nedeniyle öğreti tarafından eser sözleşmeleri “*yüklenicinin bir eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmeyi, bunun karşılığında iş sahibinin de bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen rızai sözleşmeler*” olarak tanımlanmıştır¹.

Tanımda yer alan eser kavramı, maddi ve maddi varlığı olmayan manevi eserleri kapsamına alır. Öğreti ve uygulamada ise, bir eser meydana getirme taahhüdünün bina, köprü, otoyol gibi taşınmaz bir yapının inşasına özgülenmiş olması durumunda, başka bir anlatımla, yüklenici tarafından maddi varlığı olan ve genelde taşınmaz bir yapının inşasının üstlenilmesi durumunda, taraflar arasındaki sözleşmenin “inşaat” sözleşmesi

¹ **Ayan**, s. 23; **Büyükay**, s. 33; **Çakıroğlu**, s. 21; **Dayınlarlı**, s. 6; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **Gönen**, s. 5; **Gümüş**, s.1; **Kaplan**, s. 119; **Kaymoğlu/Özdoğan**, s. 6; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 23; **Kurt**, s. 27; **Seçer**, s. 27; **Seliçi**, s.161; **Tekelioğlu**, s. 161; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 454.

olarak nitelendirildiği görülmektedir². Bu doğrultuda, eser sözleşmesinin tanımından yola çıkılarak, inşaat sözleşmesinin genel bir tanımının yapılması mümkündür. En temel haliyle, yüklenicinin taşınmaz bir yapıyı inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi; iş sahibinin de yüklenicinin edimine karşılık olarak bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmeler, inşaat sözleşmeleridir³.

İnşaat sözleşmesinin en genel tanımı göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin karakteristik ediminin, yüklenici tarafından bir yapının kısmen veya tamamen meydana getirilmesi olduğu görülecektir⁴. İnşaat sözleşmelerinin eser sözleşmelerinin özel bir türü olmasının nedeni, eser sözleşmelerinin konusu, taşınır bir

² **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **Kaplan**, Ücret s. 120; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 43; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi; s.27; **Kurşat**, İnşaat Sözleşmesi, s. 3 vd.; **Öz**, İnşaat, s.15; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 4 – 5.

³ **Ayan**, s. 24; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 49; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi s. 27; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 43; **Kaplan**, Ücret s. 120; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.4.

⁴ **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 4; **Kaplan** Ücret, s.121; **Kurşat**, s.3 vd.

eserin meydana getirilmesi veya maddi bir varlığı olmayan bir eserin ortaya çıkarılması olabiliyorken⁵, inşaat sözleşmelerine taşınmaz bir yapının inşasının konu edilmesidir⁶.

İnşaat sözleşmeleri, tarafların yükümlülükleri ve konusu itibarıyla eser sözleşmelerinin uygulamada bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda, TBK’de özel bir düzenleme alanı bulunmayan inşaat sözleşmelerine, TBK’nin eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri doğrudan uygulanmaktadır⁷. Yukarıda inşaat

⁵ Eski Borçlar Kanunu md. 355’te eser sözleşmesi, “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde **bir şey imalini** iltizam eder*” olarak tanımlanmaktaydı. Burada sözleşmenin konusu, “bir şey imali” olarak belirtildiği için doktrinde, fiziki bir varlığı olmayan sonuçların eser sözleşmesine konu olup olmayacakları hususunda bir tartışma ortaya çıkmıştı. Bu konuda tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için, bkz. **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.53-55; **Eren**, Borçlar Özel, s. 600-601; **Kurt**, s. 27-35; **Büyükay**, s. 32 vd.; **Yavuz/Acar/Özen** s. 986 vd.; **Şenocak**, s. 12 vd.; **Dayınlarlı**, İstisna Akdi, s. 9 vd.

⁶ **Ayan**, s. 25; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 53 – 54; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 58-59; **Gönen**, s. 7.

⁷ **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 28-29; **Kurşat**, s. 7- 8; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 587. Uygulamada karşılaştığımız inşaat işlerinin genelde, uzun süren ve karmaşık niteliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenlerdir ki eser sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemeler, inşaat uygulamalarının ihtiyaçlarına yeterli gelmemektedir. Bu sebeple hem uluslararası alanda hem de ulusal alanda birtakım tip inşaat sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler, genel işlem koşulları veya standart hükümler içeren sözleşmeler olarak karşımıza çıkar. Örneğin, Fransız Hukuku’nda, inşaat mühendisleri odası tarafından düzenlenen ve uluslararası bir niteliğe sahip olan büyük inşaat

sözleşmelerinin genel bir tanımı verilmiş olmakla birlikte, bazı durumlarda yüklenicinin edimlerinin bir yapıyı inşa ederek iş sahibine teslim etmekle, iş sahibinin yükümlülüklerinin de bedel ödeme borcuyla sınırlı kalmadığı durumlar söz konusu olabilir. Uygulamada, ihtiyaçlara göre inşaat sözleşmelerinin, tarafların yükümlülükleri çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. Örneğin, arsa payı (kat karşılığı) inşaat sözleşmeleri bunlardan biridir. Aynı şekilde gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri de farklı bir inşaat sözleşmesi türüdür. İlerleyen başlıklarda detayları açıklanacağı üzere bu sözleşmeler, sadece eser sözleşmesi özelliklerini taşımamakta; ayrıca satış sözleşmesi gibi diğer sözleşme çeşitlerinin de niteliklerini barındırmaktadır⁸. Bu nedenle bu sözleşmelerin, karma nitelikte sözleşmeler olduğu kabul edilir. Bu çerçevede, eser sözleşmelerine ilişkin hükümler, belirtilen sözleşmelere doğrudan uygulanmazken; duruma ve niteliğe uygun düştükçe kıyasen uygulanır⁹.

B. UNSURLARI

1. Bir Yapının İnşası ve İnşa Edilen Yapının Teslim Edilmesi

İnşaat sözleşmelerini eser sözleşmelerinden ayıran temeldeki niteliğin inşaat sözleşmelerinin taşınmaz bir yapının inşasını konu edindiğini belirtmiştik. Buradan hareketle inşaat sözleşmesinin belirleyici temel unsuru, yüklenicinin asli edim

projelerinde uygulanan FIDIC sözleşmeleri; Türk Hukuku'nda Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ), Amerikan Hukuku'nda (AIA, A 101), Alman Hukuku'nda (VOB) ve İsviçre Hukuku'nda (SIA-Norm 118), standart sözleşmeler arasında yer almaktadır. **Bakınız Ayan**, s. 23-24.

⁸ Bkz. Birinci Bölüm, II.

⁹ **Ayan**, s. 24; **Erman**, Arsa Payı, s. 7 -8.

yükümlülüğü olan taşınmaz bir yapının inşa edilmesidir¹⁰. Ancak, sadece bir yapının inşa edilmesiyle yüklenicinin asli borcu sona ermez. İnşa edilen bu yapının aynı zamanda iş sahibine teslim edilmesi gerekmektedir. Bu husus, TBK’de eser sözleşmelerini tanımlayan hükümde açıkça belirtilmemekle birlikte, bu sonuca hükmün doğasından ulaşılmaktadır. Zira iş sahibinin sözleşme sonucunda beklediği menfaati, inşa edilen yapının kendisine teslim edilmesidir¹¹.

İnşaat hukuku bakımından, yapının doktrinde tam olarak belirli bir tanımı bulunmamaktadır¹². Eren, inşa eserini “*doğrudan veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarının giderilmesine; eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına veya konulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan emeğiyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş her şey*” şeklinde tanımlanmıştır¹³. İmar Kanunu’nda ise 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 tanımlanmaktadır. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda¹⁴, yapının genel olarak bir tanımının yapılması mümkün olmamakla birlikte, inşa edilmesi için yapı tekniği kurallarının uygulanmasını gerektiren işler, yapı

¹⁰ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 51; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 57 vd.; **Ozanoğlu**, s. 61; **Öz**, Dönme, s. 20; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.5.

¹¹ **Ayan** s. 25; **Altaş**, Telef Olma s.48 vd.; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s.118 vd.; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.6; **Tandoğan**, ÖBİ C.II, s. 25.

¹² **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.54; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.5; **Öz**, Dönme, s.81.

¹³ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 55.

¹⁴ **Ayan**, s. 25; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.5.

olarak tanımlanabilir. Bu doğrultuda bina, müstakil ev, yol, baraj, köprü, tünel, tren ve metro hattı gibi yapıların inşasını konu edinen sözleşmeler, inşaat sözleşmesi olarak anılacaktır¹⁵.

İnşaat sözleşmelerinde konu, bir yapının baştan itibaren inşası olabileceği gibi, bir yapının onarımı, eklemeler yapılması, güçlendirilmesi de inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir¹⁶. Örneğin, bir köprünün baştan tamamının inşası söz konusu olabilecekken, bu köprünün güçlendirme çalışmaları da inşaat sözleşmeleri kapsamına girmektedir. Ayrıca yüklenici, inşaat sözleşmesi ile bir yapının inşaatının tamamını üstlenebileceği gibi bir kısmını da üstlenebilir¹⁷.

2. Bedel

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibi, yüklenicinin yapıyı inşa etme borcunun karşılığında kural olarak bir bedel ödemeyi üstlenmektedir¹⁸. İnşaat sözleşmesi, karşılıklı

¹⁵ **Ayan**, s. 25; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s.60.

¹⁶ **Ayan**, s. 26; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi s.60; **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 55; **Kaplan**, Ücret, s. 121; **Kurşat**, s.3; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s.24 vd.

¹⁷ Yüklenicinin işin tamamının veya bir kısmının ifasını üstlenmesi, yüklenicinin temerrüdü durumunda karşılaşılabilecek durumların belirlenmesinde önem arz etmektedir. **Ayan**, s. 25.

¹⁸ Yüklenicinin, bir yapının inşasını herhangi bir bedel beklemeksizin taahhüt etmesi durumunda ortaya çıkan hukukî ilişkinin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bu durumda tek tarafa borç yükleyen vekâlet veya bağışlama sözleşmesi söz konusu olur. Bkz; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s.25. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise, bedelsiz olarak yapılan inşaatı konu edinen sözleşmelerin,

edimler içeren bir sözleşmedir¹⁹. Bu kapsamda bedel, inşaat sözleşmesinin karakteristik edimini oluşturmamakla birlikte sözleşmenin kurulması için gereken asli bir unsurdur²⁰.

İnşaat sözleşmelerinde yüklenici, bir yapıyı kısmen veya tamamen meydana getirmeyi taahhüt ederken; iş sahibi de yüklenicinin bu edimi karşılığında bir bedel ödeme taahhüdünde bulunur. Bu karşılık ilişkisi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerinin bir gereğidir. Uygulamada bu karşılık, çoğunlukla para borcu olarak karşımıza çıkmakla birlikte yüklenicinin alacağının para borcundan farklı biçimlerde kararlaştırılması da mümkündür²¹. Örneğin, arsa payı karşılığı (kat karşılığı) inşaat sözleşmelerinde, sözleşmede iş sahibi konumunda olan inşaatın üzerine yapılacağı arsanın sahibinin bedel ödeme borcu, inşa edilen yapıda bulunan bağımsız bölümlerin mülkiyetinin yükleniciye devredilmesidir. İnşaat sözleşmesinin diğer görünüm türlerinde iş sahibinin borcu, kurulan ilişkiye göre şekillenebilecektir. Bunun haricinde iş sahibinin belirli bir miktar paranın ödenmesi ile bedel ödeme borcunu yerine getirmesi yerine bir çek veya senet vermesi de söz konusu olabilecektir²².

inşaat sözleşmesi benzeri kendine özgü isimsiz bir sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.52; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s.54; **Aral/Ayrancı** s. 320; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 461-462; **Kurşat**, s. 92.

¹⁹ **Kocağa** İnşaat Sözleşmesi, s. 63; **Kurşat**, s. 91; **Kurt**, s. 45; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 470.

²⁰ **Kocağa** İnşaat Sözleşmesi, s. 63; **Kurşat**, s. 91; **Kurt**, s. 36-37.

²¹ **Ayan**, s. 30; **Kaplan**, Ücret, s.125; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 176; **Kurşat**, s. 92; **Tandoğan**, ÖBİ, C.II, s. 234-235; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 529.

²² **Kurşat**, s. 91 – 92; **Erman**, Arsa Payı, s.1.

Yukarıda belirtildiği şekilde, iş sahibinin taahhüt ettiği bedel edimi, farklı tezahürlerde karşımıza çıkabileceği gibi sözleşme özgürlüğü kapsamında edimin kapsamının da farklı şekilde belirlenmesi mümkün olabilmektedir²³. Taraflar, bedeli açıkça belirlemek yerine bedelin belirlenmesi için koşullar ortaya koymuş olabilir veya bedelin belirlenmesini taraflardan birinin veya sözleşme dışı üçüncü kişinin iradesine bırakmış olabilir. Burada ifade edilmek istenen, bedel ödeme ediminin yaklaşık veya kesin olarak belirlenmiş olması değil; tarafların edimin belirlenmesi için birtakım kıstaslar ortaya koymuş olmasıdır²⁴.

Bedelin kapsamına ilişkin uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan ve mevzuatta da tanım bulan durum, inşaat sözleşmelerinde bedel ödeme borcunun kesin veya yaklaşık olarak belirlenmesi, başka bir anlatımla “götürü (kesin) bedel” veya “yaklaşık (muayyen) bedel” olarak kararlaştırılmasıdır. Götürü bedel, TBK md. 480’ de düzenleme alanı bulmakla birlikte maddede, yüklenicinin sözleşmede götürü olarak kararlaştırılan bedelle eseri inşa etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda götürü bedel, sözleşmede kesin olarak²⁵ belirlenen bedeldir²⁶. Götürü bedel, taraflar arasında

²³ **Kurşat**, s. 93; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi s. 55.

²⁴ **Kurşat**, s. 93.

²⁵ Kurşat’a göre tarafların sözleşme kurulurken kesin bir bedel belirlememeleri, sözleşme özgürlüğü kapsamında bedele yönelik her zaman anlaşma yapabilmelerine engel oluşturmaz ve böyle bir durumda tarafların sonradan sözleşme bedeli belirlemeleri, yaklaşık bedelin düzenlendiği TBK’de md. 481’in uygulanması sonucunu doğurmaz. Bkz: **Kurşat** s. 94.

²⁶ **Ayan**, s. 31; **Kurşat** s. 94. Uygulamada, götürün bedelin Katma Değer Vergisi’ni (KDV) kapsadığı kabul edilmektedir. Yarg. 15. HD.’nin 21.01.2016 tarihli, 2015/5136

bağlayıcıdır ve kural olarak yüklenici yapılan inşaat tahmin edilenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez²⁷.

Yaklaşık bedel ise, inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından taahhüt edilen inşaa işi karşılığında iş sahibinin ödeyeceği yaklaşık veya tahmini olarak belirlenen bedel olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK md. 481’de “*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*” hükmü yer alır. Burada, yaklaşık bedelin belirlenmesi için göz önünde bulundurulması gereken hususlar belirtilmiştir. Buna göre, bir inşaat sözleşmesinde yaklaşık bedel söz konusu ise iş sahibinin ödeyeceği bedel,

E., 2016/341 K. sayılı kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “*İş bedeli sözleşmede 330.500,00-TL olarak götürü bedel şeklinde kararlaştırılmıştır. Sözleşmede aksi yüküm yoksa KDV götürü bedelin içinde kabul edilir.*” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

²⁷ **Erman**, Beklenilmeyen Hâller, s. 66 vd; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 170 vd.; **Tandoğan**, ÖBİ C.II, s. 234 vd.; **Büyükay**, s. 156 vd.; **Gökyayla**, Ek İş s. 217. vd. TBK md. 480 f. 2’de yükleniciye hâkimden uyarılama talep etmek hakkı tanınmıştır. Maddede “*Başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*” düzenlemesi yer almıştır. Bu kapsamda, maddede belirtilen koşulların bulunması halinde yüklenicinin hâkimden uyarılama talep edebilme hakkıyla götürü bedelin kesinliğine karşı bir denge tesis edilmeye çalışılmıştır. Bkz. **Kurşat**, s. 111 – 112.

yüklenici tarafından inşaatın tamamlanmasından sonra inşaatın tümü için yapılan giderler ve inşa edilen yapının o andaki değeri dikkate alınarak belirlenir²⁸.

Sözleşmede kararlaştırılan bedelin, yaklaşık mı yoksa götürü mü olduğunun ayırımını yapmak her zaman kolay olmamaktadır. Zira, bir sözleşmede bedel kararlaştırılmış olsa dahi bu bedel yaklaşık bedel olabilir²⁹. Bu nedenle, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan bedelin götürü bedel mi yoksa yaklaşık bedel mi olduğunu tespit edebilmek için tarafların irade beyanlarının yorumlanması gerekmektedir³⁰. Doktrinde genellikle bedelin yaklaşık olarak belirlendiği asıl olarak kabul edilmektedir³¹. Kanaatimizce, inşaat sözleşmeleri gibi özellikle ticari hayatta sıkça uygulama alanı bulan ve genel eser sözleşmesinden farklı olarak bina, köprü, otoyol, baraj gibi yüklenicinin daha büyük kapsamlı işler için akdedilen inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin basiretli bir tacir gibi üstlendiği yapım işinin maliyetlerini işin başında belirleyebildiği, bu nedenle sözleşmede kararlaştırılan bedelin kesin olduğu, tarafların aksi yöndeki iradeleri ortaya konulamadığı müddetçe kabul edilmelidir.

3. Tarafların Anlaşması

Her karşılıklı sözleşmede olduğu gibi inşaat sözleşmelerinde de sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için tarafların bu yönde anlaşmaları gerekir. İnşaat

²⁸ **Büyükay**, s 153; **Gökyayla**, Ek İş, s. 235; **Kurşat**, s. 95.

²⁹ Götürü bedel ile yaklaşık bedelin arasındaki ayırım, sözleşmede bedelin belirlenip belirlenmemesinden değil; sözleşmede belirlenen bedelin kesin olup olmamasından ortaya çıkmaktadır.

³⁰ **Kurşat**, s. 95.

³¹ **Gökyayla**, Ek İş s. 238; **Tandoğan**, ÖBİ C.II, s. 282; **Büyükay**, s. 153-154.

sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur³². Bu doğrultuda, inşaat sözleşmeleri niteliği gereği rızai bir sözleşmedir; edimler henüz ifa edilmeden tarafların anlaşmasıyla kurulur. Tarafların bir sözleşme ilişkisi içerisine girdiğinden bahsedebilmek için tarafların en azından, bir yapının inşası ve bunun karşılığında bir bedel ödenmesi esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olması gerekir. Taraflar, açık irade beyanlarıyla bir ilişki içine girebileceği gibi, örtülü irade beyanlarıyla da sözleşmenin kurulması mümkündür³³. Örneğin, iş sahibinin, bir binanın inşası için yükleniciden aldığı teklife istinaden yüklenicinin banka hesabına inşaatı yapım bedelini göndermesi örtülü irade beyanıdır.

II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ GÖRÜNÜM TÜRLERİ

Uygulamada ve nitelik itibarı ile farklı özellikler barındırmaları nedeniyle inşaat sözleşmelerinin birden fazla görünüm türü mevcuttur³⁴.

A. Eser Sözleşmesi

TBK md. 470’te eser sözleşmesinin, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımı yapılmıştır. Yukarıda da bahsedildiği üzere³⁵ eser sözleşmeleri, bir eserin meydana getirilmesini konu edindiğinden, inşaat sözleşmelerindeki gibi sadece taşınmaz bir yapının inşasını değil; aynı zamanda hem taşınır hem de maddi varlığı olmayan ancak

³² **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 51; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, S. 28; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 52 ve 65-66; **Aral/Ayrancı**, s. 334; **Kurt**, s. 45.

³³ **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 57; **Büyükcay**, s. 42; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s. 28.

³⁴ **Kurşat**, s.6.

³⁵ Bkz. Birinci Bölüm, I., B., 1.

sonuç vaat edilebilen edimleri de kapsamaktadır³⁶. Dolayısıyla inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin özel bir türüdür.

Eser sözleşmesi, kanunda düzenlenen tipik bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin tanımından yola çıkılarak yüklenicinin taşınmaz bir yapının inşasını üstlendiği, karşılığında da iş sahibinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda, en yalın haliyle yüklenicinin bir yapıyı inşa etmeyi üstlendiği, iş sahibinin de karşılığında bir para ödemeyi taahhüt ettiği inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi niteliğindedir ve TBK’de düzenlenmiş tipik bir sözleşme olarak eser sözleşmesi hükümlerine tabi olur³⁷.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmelerinin bazılarında, yüklenicinin bir yapıyı inşaat etme taahhüdüne karşılık olarak iş sahibinin bedel olarak para yerine başka edimleri yerine getirmeyi taahhüt ettiği durumlar karşımıza çıkabilir. Örneğin, iş sahibi yükleniciye inşaat karşılığında para ödemek yerine yapının üzerine inşa edildiği arsanın mülkiyet hakkını devretmeyi üstlenebilir. Böyle bir senaryoda inşaatın üzerine yapıldığı arsanın maliki, sözleşmede iş sahibi konumundadır. İşte, yüklenicinin bir arsa sahibi veya sahipleri ile bir sözleşme ilişkisi içine girip, o arsaya bir yapı inşa etmeyi; karşılığında da arsa sahibi veya sahipleri tarafından inşa edilen yapıda bulunan bağımsız bölümlerinin bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt ettikleri sözleşme, arsa payı karşılığı inşaat

³⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 600-607.

³⁷ **Çakıroğlu**, s. 29; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 28; **Kurşat**, s.7.

sözleşmeleridir. Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi kavramlarla da ifade edildiği görülmektedir³⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin niteliği inşaat sözleşmelerinden farklıdır zira iş sahibinin edimi farklılaşmaktadır. İş sahibinin arsa paylarının mülkiyeti devri borcu taşınmaz satış sözleşmesinin tipik edimini içermektedir³⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki farklı sözleşme türünün özelliklerini barındırmaktadır. Bu sözleşmeler, inşaat ile satış sözleşmesidir. Bu nedenle öğreti, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin karma nitelikte sözleşme olduğunu belirtir. Bu halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, yüklenicinin bir yapıyı inşa ederek teslimi ile ilgili konular için inşaat sözleşmesi hükümleri, somut olaya uygun düştüğü müddetçe kıyasen uygulama alanı bulur. Öte yandan, arsa malikinin inşa edilen bağımsız bölümleri devri borcu ise taşınmaz satış sözleşmesinin tipik edimini teşkil ettiğinden, sözleşmenin bu borçla ilgili kısmına satış sözleşmeleri hükümleri kıyasen uygulanır⁴⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin inşaat sözleşmelerinden bir diğer önemli farkı ise yüklenicinin yapının inşası sonucunda arsa payının devrine yönelik hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesinin mümkün olmasıdır. TMK md. 1009'da arsa payı karşılığı sözleşmesinden doğan hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Bunun bir sonucu olarak yüklenicinin hakkı kuvvetlendirilmiş şahsi hak statüsü kazanmakta ve

³⁸ **Erman**, Arsa Payı, s.1 vd.

³⁹ **Kurşat**, s.8.

⁴⁰ **Ayan**, s. 39-40; **Erman**, Arsa Payı, s.7 – 8.

yüklenici, sonradan kazananlar da dahil olmak üzere taşınmaz üzerindeki tüm aynı hak sahiplerine bu hakkını ileri sürebilmektedir⁴¹.

C. Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmelerinin bir diğer görünüm türü ise gelir paylaşımlı inşaat sözleşmeleridir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların yükümlülükleri çeşitli şekilde kararlaştırılabildiğinden, gelir paylaşımlı inşaat sözleşmesi adı altında farklı görünüm türleri karşımıza çıkabilmektedir⁴².

Bazı durumlarda, yüklenici iş sahibi tarafından gösterilen bir yapı inşa etmeyi ve bu inşaatın satılması için gerekli faaliyetlerde bulunmayı taahhüt eder. Bu faaliyetler sonucunda kazanılacak gelir, yüklenici ile iş sahibi arasında sözleşmede belirtilen şart ve koşullarda dağıtılır. Yargıtay, daha önce 2013 yılında verdiği karar ile paralel olarak 2021 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı ile bu sözleşmenin “*yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satışına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşme*” olarak tanımını

⁴¹ **Kurşat**, s.8; **Ermən**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 10-11.

⁴² **Kurşat**, s.9; **İnal**, s. 150 vd.; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s.52. Bkz. YHGK., 28.09.2021 T., 2017/3-2615 E., 2021/1102 K.; Yarg. 3. HD. 23.06.2014 T., 2014/10780 E., 2014/10005 K.

yapmıştır⁴³. Gelir paylaşımı inşaat sözleşmesinin bu görünümünde⁴⁴, inşa için gerekli masraflar yüklenici tarafından karşılanmakta, sonucunda ise yüklenici inşa edilen yapının veya bağımsız bölümlerin satış gelirinden pay elde etmektedir ⁴⁵.

İkinci bir görünüm şeklinde ise yüklenici inşaatın meydana getirme ve bağımsız bölümlerin satışı için gerekli faaliyetlerde bulunma yükümlülüklerine ilave olarak arsa sahibine bir gelir taahhüdünde bulunmaktadır. Bu durumda, bağımsız bölümlerin satılıp satılmadığına bakılmaksızın yüklenici taahhüt ettiği asgari geliri arsa sahibine ödemekle yükümlüdür. Asgari taahhüdün üzerinde bir gelir elde edilmesi durumunda ise fazla kısım sözleşmede kararlaştırılan şekilde ve oranda arsa sahibi ile yüklenici arasında paylaştırılmaktadır ⁴⁶.

Gelir paylaşımı inşaat sözleşmeleri hakkında verilen yüksek mahkeme kararları incelendiğinde, Yargıtay 2013 yılında verilen bir kararda uyuşmazlığa konu sözleşmeyi

⁴³ YHGK, 28.09.2021 T., 2017/3-2615 E., 2021/1102 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

⁴⁴ Doktrinde **Öz**, tarafların bedelin paylaşılması şekilde anlaşmalarının adi ortaklığı işaret ettiğini dile getirmiştir. Öte yandan, sözleşmenin diğer görünüm türleri için ise vekalet ve eser sözleşmesinin yahut duruma göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ortaklık sözleşmesinin unsurlarının karıştığı karma nitelikte sözleşmeler olduğunu belirtmektedir. Bakınız, **Öz İnşaat Sözleşmesi**, s.52

⁴⁵ **Kurşat**, s.9; **İnal**, s. 73; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 593.

⁴⁶ **Kurşat**, s.9; **İnal**, s. 73; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 593.

adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelemişken⁴⁷, 2021 tarihli bir kararında⁴⁸ ise sözleşmede bağımsız bölümlerin bir süre belirlenip o sürede satılamayan bağımsız bölümlerin taraflar

⁴⁷ “Uyuşmazlık arsa malikleri- davalılar ile yüklenici arasında düzenlenen 14.10.2005 tarihli sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır. (...) Davalı arsa malikleri ile yüklenici A... Konut A.Ş. arasında adi ortaklık ilişkisinin var olup olmadığının tespit edilebilmesi için somut olayda adi ortaklığın unsurları dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerekir (...) taraflar arasındaki sözleşme, “Satış ve Hasılat Paylaşımli Konut Yapım Sözleşmesi” olarak adlandırılmış olsa taraflarca sözleşmenin farklı şekilde isimlendirilmesi sonucu değiştirmez (...) taraflar arasındaki sözleşmeye göre davalı arsa maliklerinin, bahsi geçen arsayı teslim ederek, adi şirket ilişkisine aynı sermaye koyduğu, sözleşmenin diğer tarafı şirketin ise, yapım, tanıtım ve satış işlerini üstlenerek emek ve nakdi sermaye getirdiği söz konusudur (...) arsa sahipleri kendilerine ait taşınmazı yüklenici şirkete tahsis etmiş, yüklenici ise söz konusu taşınmaz üzerinde inşaat yaparak elde ettiği kazancı davalı-arsa malikleri ile paylaşmayı taahhüt etmiştir. Bu itibarla davalı- arsa maliklerinin yüklenici ile kar elde etmek amacıyla ortak bir girişimde bulundukları anlaşılmaktadır (...) bu kapsamda taraflar arasında adi ortaklık ilişkisi olduğu kabul edilmelidir...” YHGK, 24.04.2013 T., 2012/13-798 E., 2013/568 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

⁴⁸ “ (...)taraflarca akdedilen 17.03.2008 tarihli sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; (...) ayrıca bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı için gereken vekaletname ve yetki belgelerinin arsa sahibi tarafından yükleniciye verileceği, hasılatın paylaşımını düzenleyen 5. maddede bağımsız bölümlerin tamamının satış ve pazarlama işlemlerinin yüklenici tarafından gerçekleştirileceği, satıştan elde edilecek olan hasılatın arsa sahibinin payına düşen meblağın en az ne kadar olacağının taraflar

arasında aynı olarak paylaştırılmasına ilişkin sözleşmeyi “*Aynı Paylaşım Koşulunu İçeren Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*” olarak nitelendirilmiş ve bu kapsamda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmenin hukuki nitelendirmesi sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi yönünden esas teşkil etmektedir. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda⁴⁹, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, tarafların standart yükümlülükler yerine farklı yahut ilave yükümlülükler kararlaştırabileceğini göz önünde bulundurarak sözleşmeler ile ilgili yorum yapılırken somut sözleşmenin özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda, somut olaya göre yapılan değerlendirme sonucunda taraflar arasındaki sözleşmeye eser, vekalet yahut adi ortaklık sözleşme hükümleri kıyasen uygulama alanı bulabilecektir. Böyle bir nitelendirme yapılamadığı takdirde TMK md. 1 f. 2 uyarınca hâkim, kural yaratarak karar verir.

arasında yapılacak ayrı bir protokolle belirleneceği ve işin tamamlanmasını müteakip bir yıllık süre içerisinde bağımsız bölümlerin satılamaması halinde, kalan bölümlerin fiziki paylaşımına gidileceğinin kararlaştırıldığı, buna göre sözleşme maddelerinin hep birlikte yorumlanmasından taraflarca akdedilen sözleşmenin müşterek amaç ve müşterek amaç için birlikte çaba unsurunu içermemesi nedeniyle adi ortaklık sözleşmesi olmadığı, diğer bir anlatımla “Aynı Paylaşım Koşulunu İçeren Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi” olduğu ve buna bağlı olarak uyuşmazlıkta eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.” YHGK, 28.09.2021 T., 2017/3-2615 E., 2021/1102 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

⁴⁹ İnal, s. 184 vd.

III. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin ediminin ifa anına göre kural olarak geçici-sürekli karmaşığı borç ilişkisi yaratan; karşılıklı edimler içermesi nedeniyle ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir⁵⁰.

A. Rızai Bir Sözleşme Olması

İnşaat sözleşmesi, taraflarının istekleri doğrultusunda kurulduğundan rızai bir sözleşmedir. Taraflar, birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarıyla bir sözleşme ilişkisi içine girer. Sözleşmenin kurulması için ayrıca eserin inşa edilip teslim edilmesi aranmaz. Tarafların açık veya örtülü beyanlarıyla anlamış olmaları sözleşmenin kurulması için yeterli olup, inşa edilen yapının teslim edilmesi ifayla ilgilidir⁵¹.

B. Tam İki Tarafa Borç Yükleme

İnşaat sözleşmesinde yüklenici bir yapı eserini kısmen veya tamamen inşaat etmeyi ve iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Buna karşılık, iş sahibi de yükleniciye bir bedelöder.. Bu kapsamda, sözleşme taraflarının edimi, karşılıklılık ve değişim ilişkisi

⁵⁰ **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 51-52; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 954, **Aral/Ayrancı** s. 313; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 53; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, 51; **Ozanoğlu**, s. 61; **Kurt**, s. 45; **Büyükcay**, s. 42; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 462; **Oğuzman/Öz**, s. 423.

⁵¹ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s. 28; **Kurt**, s. 45; **Yavuz/Acar/Özen**, s.994, **Gökyayla**, Ek İş, s. 19; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 52; **Aral/Ayrancı**, s. 334.

içinde olduğundan inşaat sözleşmelerinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilir⁵².

C. Geçici-Sürekli Karmağı Borç İlişkisi Yaratması

İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğı ile ilgili en önemli noktanın, inşaat sözleşmelerinin ani edimli mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi doğurduğu sorusu olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda farklı görüşlerin ileri sürülmesinin nedeni, yüklenicinin bir yapıyı inşa ederek iş sahibine teslim etme borcunun bir zamana yayılmış olması; başka bir deyişle, yüklenicinin inşaat faaliyetini belirli bir zaman içinde gerçekleştirmesidir⁵³. İnşaat sözleşmelerinin de ani edimli mi, yoksa sürekli mi olduğunu⁵⁴ belirlemek için sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin ediminin incelenmesi gerekir⁵⁵. Zira bu belirleme, sözleşmenin sona ermesinde

⁵² **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 51; **Eren**, Borçlar Özel, s. 597; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğı, **Yavuz/Acar/Özen** s.994; **Kurt**, s. 45; **Şenocak**, s.5; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 51; **Gökyayla**, Ek İş, s. 17; **Aral/Ayrancı**, s. 333; **Büyükcay**, s.42.

⁵³ **Ayan**, s.41; **Öz**, Dönme, s.12.

⁵⁴ Borçlu tarafından taahhüt edilen edimin, borçlunun tek bir davranışıyla ve zaman içinde bir anda ifa edildiğı, edimler anî edim; alacaklının ifa menfaatinin, borçlunun zaman içinde bir bütünlük ve devamlılık gösteren sürekli davranışlarıyla gerçekleştiğı edimler ise sürekli edim olarak adlandırılmaktadır. **Eren**, Borçlar Genel, s. 107-108; **Oğuzman/Öz**, s. 12; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8 vd. Borçlunun zaman içinde belirli aralıklarla, düzenli veya düzensiz tekrarlayarak ifa ettiğı edimler ise, aralıklı veya dönemli edimler olarak ifade edilmektedir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 108; **Oğuzman/Öz**, s. 13.

⁵⁵ **Kurt**, s. 45.

uygulanacak hükümlerin belirlenmesine esas teşkil edecektir ⁵⁶. Doktrindeki tartışmalar, daha çok eser sözleşmelerinin hukuki niteliği noktasında toplanmış olup, inşaat sözleşmeleri eser sözleşmelerinin özel bir türü olduğundan, yer alan tartışmalar aşağıdaki başlıklarda inşaat sözleşmeleri özelinde anlatılmıştır.

1. Ani Edimli Borç İlişkisi Görüşü

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün bir yapının inşası ve inşa edilen bu yapının iş sahibine teslim edilmesidir. İnşaat sözleşmesinin, ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğunu savunanlara⁵⁷ göre, yüklenicin yapıyı inşa edip teslim etmesiyle iş sahibinin beklediği ifa menfaati bir anda gerçekleşir. İnşaatın bir süreye yayılarak yapılması, bu borç ilişkisine süreklilik niteliği kazandırmaz. Yüklenicinin yapıyı inşa ederken gerçekleştirdiği faaliyetler, ifaya yönelik hazırlık hareketleridir. Yüklenicinin edim borcu, yapının inşası için yapılan faaliyetlerle değil; ortaya çıkan

⁵⁶ Sürekli borç ilişkileri, kural olarak ileriye yönelik sona erer. Ancak inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda, bu sonucun geçmişe mi yoksa ileriye mi yönelik sonuç doğuracağını tespit etmek önem arz etmektedir. Bunun için de inşaat sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir borç ilişkisi doğurduğunun tespiti gerekmektedir. **Ayan**, s.41; **Çakıroğlu**, s. 48. **Öz**, Dönme, s.12.

⁵⁷ **Ayan**, s.46; **Altaş**, Telef Olma, s. 50; **Aral/Ayrancı**, s. 442; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 52; **Eren**, Borçlar Özel s.599; **Kurt**, s. 52-55; **Öz**, Dönme, s.20; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 183; **Seliçi**, Sürekli Borç s.53; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s.148 vd.; **Yavuz/Acar/Özen** s.1093.

yapının teslimiyle ifa edilmiş sayılır. Bu kapsamda, inşaat sözleşmeleri ani edimli bir sözleşme niteliği taşır⁵⁸.

Eser sözleşmelerinin esas itibarıyla ani edimli bir sözleşme olduğunu savunan **Öz**, bazı durumlarda sürekli borç ilişkisi doğuracak şekilde karşımıza çıkabileceğini belirtmektedir. **Öz**, art arda teslimli eser sözleşmelerinin ve tek bir eserin varlığının zamanla arttığı eser sözleşmelerinin, sürekli borç ilişkisi barındırdığını belirtmektedir⁵⁹.

⁵⁸ Belirtmek gerekir ki Yargıtay, inşaat sözleşmelerinin özel bir türü olduğu eser sözleşmelerini kural olarak ani edimli sözleşme olarak kabul etmektedir. Bkz; YHGK., 11.04.2019 T., 2017/15-2334 E., 2019/443 K.: “*Eser sözleşmesinde tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmakta olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Ayrıca niteliği itibarıyla sürekli bir sözleşme olmayıp ani edimli bir sözleşmedir.*”, Yarg. HGK, 28.09.2021, 2017/3-2615 E., 2021/1102 K.; “*Eser sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler arasında sayıldığından sözleşmenin feshi kural olarak geriye etkili sonuç doğurur.*”; Yarg. 14. HD., 5.3.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K.: “*(...) eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borçlar yüklüyor olması demek, iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı ve hem de borçlu olması demektir. Ani edimli sözleşmelerde, eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır.*” (E.T.:08.12.2022, www.kazanci.com)

⁵⁹ **Öz**, s. 20-23; Yüklenicinin ifa edeceği edim miktarının baştan belirlenemediği ve sözleşmenin belirli veya belirsiz süresine bağlı olarak iş sahibinin menfaati genişlediği durumlar için sürekli borç ilişkisi hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. **Kurt**, s. 54-55.

2. Sürekli Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre⁶⁰, yüklenici sözleşme ile yüklendiği yapı inşasını zamana yayılmış şekilde tamamladığı için taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğmaktadır. Yapının inşası için yüklenici tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ifa sonucunu hazırlamaya yönelik olmayıp bu faaliyetler edim fiilinin bir parçasını oluşturmaktadır. Yüklenici, zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirdiği edimlerini de sözleşme başlangıcında taahhüt etmektedir. Bu faaliyetlerin tamamı, yüklenicinin iş görme edimi arasında yer almaktadır. Uygulamada da yüklenicilerin, inşaatı belirli oranlarda tamamlamaları durumunda hakkediş adı altında kısmi ödeme almaları zamana yayılan bu faaliyetlerin sadece hazırlık amaçlı yapılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, inşaat sözleşmesinin tarafları arasında sürekli bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilmelidir.

3. Karma Görüş

Yukarıda belirtilen iki görüşten farklı olarak doktrinde karma görüşler de bulunmaktadır. Kaplan'a göre⁶¹, yüklenicilerin inşaatı meydana getirme borcu bakımından taraflar arasında sürekli borç ilişkisi bulunmakta; inşaatın teslimi açısından ise ani edimli bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, inşaatın meydana

⁶⁰ **Erman**'ın daha eski tarihli bir yayınında bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 10-11, 106. Bununla birlikte, daha yeni tarihli yayınlarında ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir. **Erman**, Arsa Payı, s. 8-9.

⁶¹ **Kaplan**, Ücret, s. 121; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 46 ve 54; Benzer görüşte; **Gökyayla**, Ek İşve İş Değişikliği, s. 18-19

getirilmesiyle ilgili borçlara sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanması gerekir. Diğer taraftan, inşaatın tesliminden kaynaklanan yükümlülükler için ise ani edim borcu doğuran sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanır.

Diğer bir görüşe göre inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin edimi yönünden geçici-sürekli karmaşığı bir borç ilişkisi yaratır⁶². Bu görüş, inşaat sözleşmelerinin hem ani edimli hem de sürekli olmak üzere her iki ilişkinin de özelliklerini gösterdiğini savunmaktadır. Bu görüş, ani edimli borç ilişkisini savunan görüşün, teslim kadar olan süreçte yüklenicinin gerçekleştirdiğı bir yapının inşası faaliyetlerinin sadece ifaya hazırlık hareketleri olduğı savına katılmaz⁶³. Zamana yayılan bu faaliyetler, yüklenicinin edim yükümlülüğünün kapsamına girer. Ancak yüklenici ile taraflar bir yapının inşası ve bunun iş sahibine teslim edilmesi üzerine anlaşmıştır. İnşa edilen yapı teslim edilmediğı müddetçe, yüklenicinin teslim kadar gerçekleştirdiğı faaliyetler de onu borcundan kurtarmaz. Dolayısıyla burada tam anlamıyla bir sürekli borç ilişkisi de yoktur⁶⁴ zira

⁶² **Serozan**, Dönme, s. 175; **Erman**, Arsa Payı, s. 8-9; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 11-12; **Usta**, s.22-23; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 503 vd. Kocaağa, inşaat sözleşmelerinin kural olarak ani edimli bir sözleşme olduğunu belirtmekle birlikte bazı yönlerden sürekli sözleşme benzeri bir görünüm yarattığını belirtmiştir. **Kocaağa**, s. 54-55.

⁶³ **Serozan**, Dönme, s. 173, vd.: Yüklenicinin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülmemelidir. İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin bedel borcu, yalnız eserin karşılığı olmayıp bu eserin teslimi sonucuna varılmasını sağlayan eylemlerin de karşılığını oluşturmaktadır. Bu nedenle işin yürütülmesine ilişkin fiillerin ifa değil, bir hazırlık hareketi olarak kabul edilmesi yerinde değildir. Ancak, menfaatler durumunun gerektirdiğı hallerde somut olayın özelliğine göre ani edimli borç ilişkilerine dair hükümler de uygulanabilir. **Şenocak**, s. 11-12.

⁶⁴ **Şenocak**, s. 8 -9.

teslim olmadığı müddetçe zamana yayılmış hareketler borcun tam olarak yerine getirilmesini sağlamaz. O halde, bu görüş doğrultusunda, inşaat sözleşmelerindeki bu ilişkinin geçici-sürekli karmaşığı olarak nitelendirilmesi uygun olur. Bu halde, karma nitelikteki bu ilişkiye, somut olayın özellikleri ve hakkaniyetin gerektiği hallerde, sürekli borç ilişkilerine ilişkin ilkelerin uygulanması gerekir.

Bu görüş bir YİBK ile de açıkça kabul edilmiştir⁶⁵. Bu karara göre, “...iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu Kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. ...”.

4. Görüşümüz

Tartışmanın pratik önemi, inşaat sözleşmesinin sona ermesinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. İnşaat sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin kanunda düzenlenmemesiyle birlikte, örneğin, özellikle yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan vadede yapının tamamını inşa edip iş sahibine teslim edemediği temerrüt durumunda, iş sahibi tarafından sözleşme feshedilirse, yükleniciye ödenecek bedel ve inşaatın akıbeti, sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenecektir. Şöyle ki, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğurduğunun kabulü halinde, bazı durumlarda

⁶⁵ Bkz. YİBK, 25.01.1984 T. 1983/3 E., 1984/1 K. (E.T.:08.12.2022, www.kazanci.com)

ileriye yönelik fesih söz konusu olacak ve fesih anına kadar gerçekleştirilen inşaat kısmı ifa olarak kabul edilecek; ani edimli borç ilişkisi doğurduğunun kabulü halinde ise geçmişe yönelik olarak sözleşmeden dönme söz konusu olacak ve yükleniciye bu kapsamda yapılacak ödemenin hukuki gerekçesi ve hesap tarzı farklılaşacaktır⁶⁶.

Bizler de Yargıtay'ın görüşüne katılarak inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı borç ilişkisi yarattığını düşünmekteyiz. İnşaat sözleşmelerini ani edimli olarak nitelendirerek yüklenicinin yapıyı inşa ederken gösterdiği tüm faaliyetleri hazırlık aşaması olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu faaliyetler, yüklenicinin asli edim yükümlülükleri içerisinde yer almakta olup, faaliyetlerin ifası bir süreye yayılmıştır. Dolayısıyla inşaatı meydana getirme yükümlülüğü açısından sürekli borç ilişkisi özellikleri göz önünde bulundurulurken, inşaatın teslimi açısından ani edimli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanması yerinde olacaktır.

IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL

Sözleşmelerin şekli açısından TBK şekil serbestisi ilkesini benimsemiştir. TBK md. 12 uyarınca “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*”. Bu kapsamda, inşaat sözleşmeleri için de kural olarak, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe herhangi bir geçerlilik şekil şartı bulunmamaktadır⁶⁷.

İnşaat sözleşmeleri herhangi bir geçerlilik şekil şartına tabi olmasa da bu sözleşmelerin uygulamada ciddi ekonomik değer teşkil etmesinden ötürü, özellikle ispat

⁶⁶ Ayan, s. 48; Usta, s. 20.

⁶⁷ Gönen, s. 25.

açısından, sözleşmenin yazılı olarak yapılması önerilmektedir. Zira HMK md. 200 uyarınca da maddede belirtilen bedelin üzerinde, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri vb. amaçlarla yapılan hukuki işlemlerin, senetle ispat olunacağı, başka bir anlatımla yazılı delil şartı aranacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla tarafların, özellikle ekonomik değeri yüksek olan inşaat sözleşmelerini en azından yazılı olarak yapmaları tavsiye edilmektedir⁶⁸.

Öte yandan, inşaat sözleşmesi tarafları TBK md. 17 “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.*” hükmü uyarınca, kanunlarda herhangi bir şekil şartı öngörülme dahi, sözleşmenin belirli bir şekil gözetilerek yapılmasını kararlaştırabilir. Bu kapsamda, taraflar gelecekte aralarında doğabilecek ihtilaflarda kolaylık sağlamak için sözleşmenin geçerliliğini yazılı ya da resmi şekle bağlayabilir⁶⁹.

İnşaat sözleşmelerinde geçerlilik şekil şartı bulunmamakla birlikte inşaat sözleşmelerinin bir görünüm türünü oluşturan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde durum farklıdır⁷⁰. Bu sözleşmeler, yukarıda detaylıca belirtildiği üzere karma nitelikte bir sözleşme olup, sözleşmede iş sahibi konumunda olan arsa maliki, sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye devretmeyi üstlenir. Bu borç da taşınmaz mülkiyetinin devri sonucunu doğurur. Yasal mevzuata baktığımız zaman,

⁶⁸ **Ayan**, s. 32; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 57; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 21; **Kurt** s. 44; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s.14; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 993.

⁶⁹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 241; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 69; **Gönen**, s. 26

⁷⁰ **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 67; **Gönen**, s. 28; **Kurt**, s. 43; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 6; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 51; **Zevkliler/Havutçu**, s. 309.

taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmelerin resmi şekil şartına bağlandığı görülmektedir (TBK md. 237, TMK md. 706, Tapu K. md. 26, Noterlik K. md. 60). Dolayısıyla, bu şekle uygun yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçerli olmayacaktır ⁷¹. Bu kapsamda bu sözleşmelerin, arsa sahibi tarafından arsa payının devri suretiyle taşınmaz satış vaadi taahhüdü içermesinden dolayı noter yahut tapu müdürlüğünde yapılması gerekir ⁷².

⁷¹ **Tandoğan**, ÖBİ, C.II, s. 29; **Aral**, s. 324; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 564; **Zevkliler/Havutçu**, s. 309; **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s.15; **Gönen**, s. 28; **ÖZ**, İnşaat, s. 6; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 67; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 51; **Kurt**, s. 43; **Aral**, s. 324; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 564; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 19; **Zevkliler/Havutçu**, s. 309; **Öz**, Dönme, s. 2.; **Oğuzman/Öz**, s. 160; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 324; Yarg. 23. HD., 19.06.2015 T., 2015/3400 E.; 2015/4746 K.: “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, resmi şekilde yapılması zorunludur...*”

⁷² Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler kural olarak tapu sicil müdürlüklerinde düzenlenmesi gerekir. Ancak Noterlik K. md. 60 ile noterler de taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, noterde düzenlenmesine bir engel bulunmamaktadır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.106; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s.7; **Kurt**, s.43; **Aral/Ayrancı**, s.324; **Yavuz/Acar/Özen**, s.564-565.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, noterde yapılabileceğine ilişkin olarak Yargıtay kararları da mevcuttur. Yarg. 15. HD., 14.4.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.: “*Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, Medenî Kanun'un 706., Borçlar*

Öte yandan bazı durumlarda, şekil şartına uyulmadığı için sözleşmelerin geçersiz olduğu ileri sürülebilmektedir. Ancak Yargıtay, aldığı içtihadı birleştirme kararları ile sözleşmenin sadece şekle uyulmadığı gerekçesiyle geçersiz olmasının talep edilmesinin, hakkın kötüye kullanımı teşkil edebileceğini belirtmiştir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile inşaatın durumu ve somut olayın özellikleri ve TMK md.2 dürüstlük kuralını göz önünde bulundurularak şekle aykırılık iddiasının incelenmesini ve geçersizliğe bu inceleme sonucunda karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷³.

Kanunu'nun 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır.”

⁷³ **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 22-31; **Kurşat**, s. 21; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 7; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1311. YİBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: “...istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi belirlenen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlıkların kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekiyor ise de olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı, kanun normlarının yanında tali nitelikte olan dürüstlük kuralının uygulanmasının kimi zaman hakkaniyet gereği zorunlu olduğu...” YİBK 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K.: “(...) tapulu taşınmaz üzerinde kat mülkiyetine tabi olmak üzere yapımına başlanan taşınmazdan harici sözleşme ile bağımsız bölüm satan kişinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralına aykırı olup olmadığı tartışılmış; alıcının tüm borçlarını ifa etmesi, satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının

V. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. Yüklenici

1. Genel olarak

Yüklenici, sözleşmenin karakterini belirleyen edimin borçlusudur. Uygulamada müteahhit olarak da anılan yüklenici, bir yapıyı baştan yahut bir kısım olarak inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi veya bir yapıyı onarmayı, güçlendirmeyi yahut benzeri faaliyetleri taahhüt eden taraftır⁷⁴. İster alanında uzmanlaşarak büyük bir enerji santralinin inşasını üstlenmiş bir şirket olsun, ister tek katlı bir yapıyı inşa etmeyi üstlenen bir gerçek kişi yüklenici olsun, bir inşa işini gerçekleştirme taahhüdüne giren tüzel kişiler veya gerçek kişiler yüklenici sıfatını haiz olacaktır⁷⁵.

Bazı inşaat projelerinde, inşaatın bazı bölümlerinin inşaatının, farklı yüklenicilere bırakıldığı görülmektedir. Bu durumda, iş sahibi her bir yüklenici ile ayrı birer bağımsız inşaat sözleşmesi imzalar. Bu durumdaki yüklenicilere yan yüklenici ya da inşaatın

malik gibi kullanmasına izin vermesine rağmen sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tapuda mülkiyetin devrini gerçekleştirmemesinin iyi niyetle bağdaşmayacağı...” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

⁷⁴ **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 50; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 474; **Tandoğan**, ÖBİ, C.II, s. 36; **Dayınlırlı**, s. 23; **Gökyayla**, Ek İş, s. 13; **Kaplan**, Ücret, s. 121; **Ayan**, s. 27; **Kurt**, s. 38.

⁷⁵ **Tandoğan**, ÖBİ. C.II. s. 124-125; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 19; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 31; **Dayınlırlı**, s. 23; **Öz**, İnşaat, s. 44; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475; **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 50.

meydana getirilmesinde üstlendikleri işin miktarına göre kısmi yüklenici adı verilir⁷⁶. Böyle bir ilişkide, aynı iş sahibinin yer aldığı, ancak yüklenicilerin farklı olduğu, yüklenici sayısı kadar birbirinden bağımsız nitelikte inşaat sözleşmesi söz konusu olur. Bu kapsamda, bir yüklenici, iş sahibi ile diğer yükleniciler arasındaki sözleşmeye dayanarak bir hak iddiasında bulunamaz. Aynı şekilde iş sahibi de yüklenicilerden birisiyle arasında olan inşaat sözleşmesine dayanarak diğer yüklenicilerden talepte bulunamaz⁷⁷. Dolayısıyla, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, her bir yüklenici, iş sahibi ile kendi arasındaki inşaat sözleşmesine nazaran iş sahibine borçlanmakta ve kendi sözleşmesinden kaynaklı bedel alacaklısı haline gelmektedir⁷⁸. Bir inşaat sözleşmesinde birden fazla yan yüklenici bulunması durumunda, yan yükleniciler arasındaki iş bölümü ile iş sürecinin yürütülmesi, iş sahibinin sorumluluğundadır. Ancak tarafların aksini kararlaştırması mümkündür⁷⁹.

Birtakım inşaat işlerinde, gerçekleştirilen projenin niceliği ve niteliği büyüdükçe uzmanlık gerektiren işlerin de sayısı artmaktadır. Uygulamada böyle durumlarda, iş sahibinin işin tamamını tek bir yükleniciye bıraktığı; bu yüklenicinin de işin özelliğinden kendisinin bizzat yapması gerektiği anlaşılmıyorsa, uzmanlık gerektiren işlerin yapımını,

⁷⁶ Zevkililer/Gökyayla, s. 476; Gökyayla, Ek İş, s. 13; Kocağa, İnşaat Sözleşmesi, s. 31-31; Eren, Borçlar Özel, s. 618; Ayan, s. 27-28; Gönen, s. 34.

⁷⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 18; Öz, İnşaat Sözleşmesi s.43; Akkanat, s.22, Gönen, s. 34.

⁷⁸ Gönen, s. 36.

⁷⁹ Gönen, s. 34.

kendi nam ve hesabına olmak üzere alt yüklenicilere bıraktığı görülmektedir⁸⁰. Bu ilişki, üst yüklenici (asıl yüklenici) – alt yüklenici (taşeron) ilişkisini oluşturmakta ve asıl inşaat sözleşmesinden bağımsız nitelik göstermektedir⁸¹. Dolayısıyla taraflarca başka bir yönde karar alınmadığı müddetçe asıl sözleşmenin tarafı olan iş sahibi, alt yükleniciye talimat veremez veya bir işin yapılmasını isteyemez⁸².

2. Yüklenicinin Hak ve Borçları

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu, bir yapıyı kısmen veya tamamen inşa etmek, yapıyı ayıpsız⁸³ ve eksiksiz bir şekilde tamamlayarak sözleşmede belirlenen zamanda ve yerde iş sahibine teslim etmektir⁸⁴. İnşaat sözleşmesinin karakteristik edimini, yüklenicinin belirtilen asli edim yükümlülüğü oluşturmaktadır. Yüklenicinin

⁸⁰ **Akkanat**, s. 2 – 4; **Eren**, Borçlar Özel, s. 621-622; **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 50; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47. vd.; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi s. 31; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, S. 45.

⁸¹ **Akkanat**, s.10; **Ayan**, s. 26; **Eren**, Borçlar Özel, s. 624; **Gökyayla**, Ek İş, s. 13; **Kaplan**, Ücret, s. 121; **Kaplan**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 47; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 475.

⁸² **Aral/Ayrancı**, s. 348; **Eren**, Borçlar Özel, s.624; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 33; **Tandoğan**, ÖBİ, C.II, s. 804; **Gökyayla**, Ek İş, s. 14; **Seçer**, s. 36; **Tandoğan**, Alt Müteahhit, s. 71; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1013; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 536.

⁸³ Yargıtay içtihatlarında da yüklenicinin asli borcunun ayıpsız olarak edimi yerine getirmek olduğu kabul edilmiştir: “Yüklenicinin sözleşmeden doğan asli borcu bir eser meydana getirerek bunu iş sahibine teslim etmektir. Meydana getirilerek iş sahibine teslim edilen eserin “ayıpsız” olması gerekir.” Bkz. YHGK., 14.6.2017 T., 2017/15-503 E., 2017/1190 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

⁸⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 367; **Ayan**, s.54; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 171-172.

eseri teslim borcu, inşaat sözleşmelerine kıyasen uygulanan eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerde açıkça zikredilmese de teslim borcu, yüklenicinin inşaatı tamamladıktan sonra olması gereken ve doğal olarak ortaya çıkan bir borçtur ⁸⁵.

TBK'nin eser sözleşmelerini düzenleyen hükümlerine baktığımızda, TBK md. 471, f.1' de, *yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda* olduğu belirtilmiştir. Sadakat ve özen borcu, inşaat sözleşmeleri yönünden de mevcuttur. Sadakat ve özen borcunun kaynağı, TMK .md. 2' de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Sadakat borcu, yüklenici açısından değerlendirildiğinde, asli yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin yanında yüklenici, iş sahibinin diğer menfaatleri de gözetilmeli; ona zarar verebilecek eylemlerden kaçınılmalıdır⁸⁶.

⁸⁵ **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 33; **Tandoğan**, ÖBİ C.II, s. 135; **Tunçomağ**, ÖBİ C.II s. 521.

⁸⁶ Doktrinde, iş görme borcu doğuran sözleşmelerden olan vekalet sözleşmesine ilişkin ve vekilin sadakat borcunu düzenleyen TBK md. 506 hükmünün yine iş görme borcu doğuran istisna sözleşmesine de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır. **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 39; **Tandoğan**, ÖBİ, C.II s. 49; **Seliçi**, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 87. Yarg. 15. HD. 12.10.1998 T., 3228-3801 K. sayılı kararı şu şekildedir: “*Borçlar Kanunun 356/I. maddesi uyarınca yüklenicinin sorumluluğu, genel olarak, işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere tabiidir. 356/I. maddedeki bu borç, yüklenicinin “özen” borcudur. Yüklenicinin bu borcu, akdi ilişkinin kurulması aşamasından başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder.*” **Karataş**, s. 117.

Yüklenicinin sadakat yükümlülüğü, yüklenicinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak inşa edip belirlenen yer ve zamanda iş sahibine teslim etme asli borcunun yanında, tüm sözleşme ilişkilerinde bulunan koruma yükümlülüklerinin bir sonucudur. Bu yükümlülük kapsamında yüklenici, iş sahibinin menfaatine aykırı hareketlerden kaçınmalıdır. Yüklenicinin bu koruma yükümlülükleri arasında, iş sahibine ait sırları sözleşme dışı üçüncü taraflara açıklamama, sözleşme çerçevesinde elde edindiği bilgileri kendi menfaatine kullanmama, iş sahibi tarafından inşaat için malzeme temin edildiyse bu malzemeleri özenle kullanma davranışları örnek gösterilebilir⁸⁷.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından bir diğeri ise özenle hareket etme borcudur⁸⁸. Yüklenicinin özen borcu, TBK md.471 f.1’de düzenlenmiştir. Özen borcunun kaybağı, iş sahibi ile yüklenicinin bir sözleşme ilişkisi içine girmeleri sonucunda oluşan güven ilişkisidir. Yüklenicinin özen borcunun kapsamı geniştir. Bu doğrultuda yüklenici, inşaat için gerekli malzemelerin tedarikini sağlama, işi kendisi yapma veya kendi gözetiminde başkasına yaptırma, iş sahibine bildirimde bulunma, işe belirlenen zamanda veya belirlenmese bile uygun sürede başlama ve teslim anına kadar geçen sürede özenli davranma yükümlülüklerini yerine getirirken özenle hareket etmelidir⁸⁹. Yüklenicinin özen borcuyla ilgili, somut olayın özelliği ve TTK md. 18 f.2 (basiretli davranma yükümlülüğü) uyarınca hakkaniyet ve olağan beklenti ölçütleri üzerinden değerlendirilmelidir.

⁸⁷ **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s.75. **Gökyayla**, s.168; **Avcı**, s.371.

⁸⁸ **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s.95; **Avcı**, s.374.

⁸⁹ **Büyükay**, s.148; **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s.95; **Avcı**, s.374.

B. İş Sahibi

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinin diğer tarafında ise iş sahibi bulunur. İş sahibi, inşaatın yüklenici tarafından meydana getirilerek inşaatı teslim almada hukuki menfaati olan ve inşaatı yaptıran gerçek veya tüzel kişi ya da iş ortaklıklarıdır⁹⁰.

2. İş Sahibinin Hakları ve Borçları

İş sahibinin eser sözleşmesinden doğan borçları TBK md. 479-481 hükümlerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde de iş sahibinin hak ve borçlarının belirlenmesi için bu hükümlere bakılacaktır. İş sahibinin inşaat sözleşmesindeki birincil edim yükümlülüğü bedel ödemektir. İş sahibinin bedel ödeme borcu, TBK md. 479'a istinaden taraflarca başkaca bir zaman belirlenmemesi durumunda, kural olarak inşa edilen yapının teslimi ile birlikte talep edilebilir olur. İş sahibinin, inşaat sözleşmesindeki borçları sadece eser bedelini ödemekle sınırlı değildir. İş sahibi bunun haricinde, inşaat malzeme ve gereçlerini sağlamayı da üstlenebilir⁹¹.

⁹⁰ **Kocağa**, İnşaat Sözleşmesi, s. 30; **Eren**, İnşaat Sözleşmesi, s. 51; **Ayan**, s. 24, **Kurt**, s. 42; **Dayınlarlı**, s. 31

⁹¹ **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 53; **Kaplan**, s.125.

İKİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARI

I. CEZAI ŞART KAVRAMI VE TANIMI

A. Genel Olarak

Uygulamada bir sözleşme ilişkisi içine giren tarafların, sözleşmeden bekledikleri ifa menfaatlerini güvence altına almak için sözleşmenin kurulması aşamasında veya sözleşme devam ederken, ifa menfaatlerine bağlı olarak teminat mektubu, kefalet, ipotek, rehin gibi yasal düzenleme alanı bulan kurumlara başvurduğu görülmektedir⁹². Cezai şart da TBK’de düzenlenen ve sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati güvence altına almaya çalışan bir kurumdur⁹³. Kararlaştırılan bu cezai şart ile bir yandan borçlu üzerinde bir baskı yaratılarak alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin tam ve gereği gibi yerine getirilmesine çalışılmakta, bir yandan da borca aykırılık nedeniyle herhangi bir zarar doğması durumunda, malvarlığında meydana gelen bu azalmanın giderilmesi için ekonomik değeri olan bir edimin ödenmesi kararlaştırılarak hem ispat hem de zararın tazmini açısından kolaylık sağlanmaktadır⁹⁴.

⁹² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 21.

⁹³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337; **Kılıçoğlu**, s. 983; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s. 22-23; **Ozanoğlu**, s. 74. **Tunçomağ**, Borçlar, s.24. Bazı yazarlar, tıpkı kefalet gibi cezai şartın da kişisel bir teminat olduğu görüşündedir. Bkz. **Bilge**, s. 67; **Cansel/Özel**, s. 713. Bazı yazarlar ise cezai şartın gerçek anlamda bir kişisel teminat olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **Tandoğan**, C.II. s. 687; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 422.

⁹⁴ Cezai şartın amaçları konusunda bkz. İkinci Bölüm II.

İşte, inşaat sözleşmelerinde, bir yapının inşa edilerek iş sahibine teslim edilmesi konu edildiğinden, iş sahibinin bu büyüklükteki bir ifa menfaatini teminat altına almak istemesi çok doğaldır. Bu doğrultuda inşaat sözleşmelerinde cezai şartın kararlaştırılması, sıklıkla karşılaşılan bir uygulama haline gelmiştir⁹⁵. Cezai şart, borcun belirlenen zamanda yahut yerde veya hiç veya gereği ifa edilmemesine ilişkin olabileceği gibi borca aykırılık sebeplerinin tümü için de kararlaştırılabilir. Yüklenicinin farklı borca aykırı eylemleri sonucunda talep edilebilir hale gelen cezai şartlar; temel özellikleri, amaçları, unsurları ve koşulları yönünden farklılık göstermemekle birlikte, borca aykırılık sebebine bağlı olarak farklı sonuçlara bağlanmıştır. Örneğin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibi hem borcun ifasını hem de sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı isteyebiliyorken (ifaya ekli cezai şart), inşaatın ayıplı teslim edilmesi durumunda ya kararlaştırılan cezai şartı talep edebilecek (seçimlik cezai şart) ya da sözleşmenin gereği gibi ifasını talep edebilecektir. Bu kapsamda bu çalışmada cezai şart, sözleşmenin farklı ihlal türleri üzerinden açıklanmayacak olup, temel özellikleri, amaçları, unsurları ve koşulları bir bütün olarak anlatılacak; bağlanan farklı sonuçlara ise cezai şartın türleri başlığında yer verilecektir.

B. Tanım

TBK’de cezai şartın tanımı yapılmamış olup ceza koşulu⁹⁶ başlığı altında TBK’nin 179 – 182. maddeleri arasında şartın hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir.

⁹⁵ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 547; **Kurt**, s. 214; **Ozanoğlu**, s. 78; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 117.

⁹⁶ 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu’nda kurum “cezai şart” olarak nitelendirilmekte olup, yeni kanun ile birlikte terminoloji değiştirilerek “ceza koşulu” kavramı kullanılmıştır. Cezai şart ve ceza koşulu kavramlarının anlamları aynı olmakla birlikte çalışmamızda,

Öğretide ise cezai şart için farklı terimler kullanılmakla birlikte cezai şart kavramının temelde iki anlamda kullanıldığı görülmektedir⁹⁷. Birinci anlama göre cezai şart,

uygulamada ve doktrinde yerleşik bir hal alması nedeniyle “cezai şart” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

⁹⁷ Bilge cezai şartı “*yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder*” şeklinde tanımlamıştır. Bu doğrultuda, Bilge’ye göre taraflar arasındaki hukuki muamele “cezai şart”, ödenecek edim ise “ceza” olarak adlandırılır. **Bilge**, s. 39-40. Eren’e göre, cezai şart; “*borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan edim*”; cezai şartı doğuran hukuki işlem ise cezai şart anlaşmasıdır. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337. Günay’a göre cezai şart; “*mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken, ekonomik değere sahip ve hukuki işlem ile belirlenmiş hayattakiler arasında bir edim taahhüdüdür*”. Günay da Eren’e katılarak cezai şartı doğuran hukuki işlem için cezai şart anlaşması terimini kullanmanın daha isabetli olacağını belirtmiştir. **Günay**, Cezai Şart, s. 8; **Günay**, Borçlar, s. 601. Hatemi/Gökyayla tarafından cezai şart “*sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde borçlunun alacaklıya vermeyi taahhüt ettiği para ya da ekonomik değer*” olarak tanımlanmıştır. **Hatemi/Gökyayla**, s. 399. Kılıçoğlu tarafından ise cezai şarttan “*borçlunun daha sözleşmenin kurulması sırasında alacaklıya miktarı belli olan bir ödemeyi taahhüt etmesi*” şeklinde bahsedilmiştir. **Kılıçoğlu**, s. 989. Nomer ise cezai şartı “*asıl borca ilişkin ilave bir anlaşma*” olarak tanımlamakta ve anlaşma sonucunda borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklıya karşı yerine getirilecek edimi “sözleşme cezası” olarak adlandırmaktadır. **Nomer**, s. 477-478. Oğuzman/Öz, cezai şartı, “*borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde ödemeyi kabul ettiği ceza*

hususundaki anlaşma” olarak tanımlarken, “ödenecek ceza” için ise sözleşme cezası ifadesini kullanmaktadır. **Oğuzman/Öz**, C.II, s.547. Ozanoğlu cezai şartın “*borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesi*” olduğunu belirtmiştir. **Ozanoğlu**, s. 80. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, cezai şartı, “*borçlunun, asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edim*” olarak tanımlamıştır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 341. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, cezai şartı “*bir borçlunun belli bir borcunu hiç veya kısmen ifa etmemesi veya kötü bir şekilde ifa etmesi halinde belli bir edimi (sözleşme cezası) taahhüt ettiği fer’i bir sözleşme*” olarak tanımlamış ve cezai şart ile şartları oluştuğunda borçlunun bu kayıt sebebiyle ödemek zorunda kaldığı sözleşme cezasının ayrı kavramlar olduğu belirtilmiştir. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 427-428. Tunçomağ’a göre, cezai şart; “*mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir*”. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 6; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 854. Bir başka tanıma göre ise, cezai şart: Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı vermeyi önceden taahhüt ettiği edime denir.

Yukarıda belirtilen yazarlar haricinde cezai şartı, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği edim olarak tanımlayan yazarlar için bkz: **Akkayan Yıldırım**, s. 366; **Ayan**, s. 193; **Cansel/Özel**, s. 714; **Çakıroğlu**, s. 68; **Dirican**, s. 15; **Ekinci**, s.30; **Gülseven**, s. 24; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 9; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 117-118; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 25-28; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s. 150. **Tekelioğlu**, s. 165. Kurt, tarafından cezai şart “*borçlunun mevcut borcunu ihlâl etmesi durumunda alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir*

kararlaştırıldığı hukuki işlemi ifade eder. İkinci anlama göre ise cezai şart, borçlunun yükümlölüklerini ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği edimdir. Yargıtay ise bir kararında “*Geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken bir edim*” olarak cezai şartı tanımlamıştır⁹⁸.

Cezai şart kavramı için öğretilerde farklı anlamlar kullanılması ve farklı tanımlar yapılması sonucunda ortaya çıkan terim karışıklığına TBK’nin cezai şart hükümlerinde de rastlamak mümkündür. TBK’de cezai şart kavramı, bazı durumlarda taraflar arasındaki

edim” olarak tanımlanmakla birlikte aslında, bu tanımın sözleşme cezasının tanımına ilişkin olduğu; cezaî şartın ise bu cezayı konu alan sözleşme hükmünü ifade ettiği belirtilmiş ve kavram karışıklığı yaşandığı belirtilmiş olup, doktrin ve yargı kararları uyarınca yerleşik uygulama halini alması nedeniyle “cezaî şart” kavramı “sözleşme cezası” kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır. **Kurt**, s. 214.

Diğer taraftan, cezai şartı, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma/sözleşme hükmü olarak tanımlayan ve ödenecek edimi ise “sözleşme cezası” olarak nitelendiren diğer yazarlar için bkz.: **Kapancı**, s. 656. Altınok Ormancı da cezai şartı “*borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde, alacaklıya ödemeyi kabul ettiği cezaya yönelik anlaşma*” olarak tanımlamıştır. **Altınok Ormancı**, Ceza Koşulu, s. 134.

⁹⁸ Yarg. 6.HD. 2016/2569 E., 2016/5645 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, www.kazanci.com).

hukuki işlemi, bazı durumlarda da bu hukuki işlemle kararlaştırılan edimi ifade etmek için kullanılmıştır⁹⁹.

Çalışmamızın devamında detaylıca açıklanan cezai şartın işlevleri hukuki niteliği ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması sonucunda, doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla benimsen görüş uyarınca cezai şartı bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun ödemeyi taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlamak mümkündür. Bu doğrultuda, çalışmamızda taraflarca hukuki işlemle kararlaştırılan edim için “cezai şart” ifadesi kullanılacak; kararlaştırılan edimin yer aldığı hukuki işlem ise “cezai şart anlaşması” olarak nitelendirilecektir.

II. CEZAI ŞARTIN AMACI

A. Teminat Amacı

Cezai şart, sözleşmelerde farklı amaçlarla kararlaştırılabilir. Bu amaçların en önemlilerinden biri, borçluyu borca uygun davranması için baskı altına alarak borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesini sağlamak, başka bir deyişle ifaya zorlamaktır. Bu şekilde, alacaklının sözleşme menfaati güvence altına alınmaya çalışılır. Bu duruma öğretide kısaca, cezai şartın teminat işlevi denilmektedir¹⁰⁰. Zira borçlunun üzerinde manevi bir

⁹⁹ TBK’de cezai şart kavramının farklı anlamlarda kullanılmasına yönelik açıklamalar için bkz. **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 27.

¹⁰⁰ **Bilge** s. 83-84; **Birinci Uzun**, s.137; **Cansel/Özel** s. 715; **Erdem**, s.123; **Eren**, Borçlar Genel, s.1338; **Ekinci**, s. 142; **Gülseven**, s. 25-26; **Hatemi/Gökyayla**, s. 399; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 8; **Kapancı**, s.677; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 121; **Kılıçoğlu**, s. 989; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.33; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi; s.131;

baskı oluşturularak borcun ifası güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de borçlu, cezai şart ile karşı karşıya kalmamak için borcunu yerine getirirken daha dikkatli ve özenli davranmak zorunda hisseder¹⁰¹. Özellikle inşaat sözleşmelerinde, cezai şartın yüksek bir miktarda belirlenmesi borçlu üzerinde belirtildiği şekilde bir psikolojik baskı yaratır. Böylelikle yüklenici, yapıyı gereği gibi ve zamanında tamamlayıp iş sahibine teslim etmemesi durumunda cezai şartla karşı karşıya kalacağını bilir ve bu nedenle cezai şarttan kaçınmak için borcu tam ve gereği gibi ifa etmeye çalışır¹⁰².

Kocağa, Götürü Tazminat, s. 150; **Kurt**, s. 215; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.548; **Ozanoğlu**, s. 81; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 342; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Tekelioğlu**, s. 167; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 49. Akkayan Yıldırım, teminat kavramından hareket ederek cezai şartın teknik anlamda teminat işlevini olmadığını, alacaklıyı borçlu karşısında güçlendirme amacına hizmet ettiğini; bu nedenle teminat işlevi yerine “*alacaklının borçluya karşı güçlendirilmesi amacı*” ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmiştir. **Akkayan Yıldırım**, s. 379-380.

¹⁰¹ **Bilge** s. 83; **Ekinci**, s. 142; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 67; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 121; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.34; **Kurt**, s. 215; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.548; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 342; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Tekelioğlu**, s. 167.

¹⁰² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337; **Gülseven**, s. 27; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 35; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 7; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 121; **Kılıçoğlu**, s. 989. Yarg. HGK., 19.03.2003 T., 2003/15–124 E., 2003/175 K. “...genellikle, cezai şart borçlusu bakımından, asıl edime oranla daha ağır bir yükümlülüğü içerir. Böylece, borçlu, daha ağır olan cezai şartı ödemekten kurtulmak için, asıl edimi ifa etmeye zorlanır.” (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, www.kazanci.com)

Cezai şartın, borcun gereği gibi yerine getirilmesini güvence altına almak için borçlu üzerinde bir psikolojik baskı yaratması ve borçluyu ifaya zorlaması nedeniyle bazı yazarlarca cezai şartın bir nevi cezalandırıcı bir işleve sahip olduğu düşünülür¹⁰³. Hatta bu yönüyle cezai şartın bir tür özel hukuk cezası (medeni cezası) özelliği gösterdiği belirtilir¹⁰⁴.

B. Tazmin Amacı

Cezai şartın bir diğer işlevi ise tazmin, telafi etme özelliğidir¹⁰⁵. Bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin cezai şartın bağlandığı borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, iş sahibinin herhangi bir zararının doğmuş olması gerekmeksizin iş sahibi tarafından talep edilebilmektedir. Akdi sorumluluğa ilişkin TBK md. 114 f. 2’de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin,

¹⁰³ **Akkayan Yıldırım**, s.380-381. **Eren**, Borçlar Genel, s.1338; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 120; **Kılıçoğlu**, s. 990; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 34; Cansel/Özel cezai şartın, borçlunun borca aykırı davranışı karşısında, kural olarak kanunla düzenlenen tazmin yükümlülüğünü aşan ve borçlu için bir ceza gibi etki doğuran edimle karşılaşma baskısı yaratması nedeniyle cezai şartın amaçlarından birini ceza amacı olarak nitelendirmiştir. **Cansel/Özel**, s. 715. Eren tarafından da cezai şartın amaçlarından biri “*teminatla birlikte ceza*” olarak nitelendirilmiştir.

¹⁰⁴ **Bilge**, s. 83; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.34; **Ozanoğlu**, s.81-82; **İnan**, s. 565-565.

¹⁰⁵ **Akkayan Yıldırım**, s. 382; **Bilge**, s. 84; **Cansel/Özel**, s. 715; **Gülseven**, s. 25; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 120; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.36-37; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 131; **Kurt**, s. 215; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 548; **Ozanoğlu**, s.81; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 342; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.48.

kıyasen sözleşmeye aykırılık hâllerine uygulanacağı belirtildiğinden, kural olarak borca aykırılık hallerinde alacaklının zararını ve borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir¹⁰⁶. Uygulamada genellikle bir zararın varlığının ve miktarının tespit edilmesinin alacaklı için kolay olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, sözleşme ilişkisi içine giren taraflara sözleşmelere eklenen cezai şart hükümleri ile tazminat miktarını önceden belirleme imkânı tanınmıştır. Böylelikle alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart kaydıyla borca aykırılık durumunda uğrayacağı zararın varlığını ve miktarını ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır¹⁰⁷.

C. Sözleşmeyi Sona Erdirmeyi Kolaylaştırma Amacı

Cezai şartın düzenlendiği TBK md. 179/III'te "*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklı*" olduğu düzenlenmiştir. İfayı engelleyen cezai şart veya dönme cezası¹⁰⁸ olarak anılan cezai şartın bu türünde, yükleniciye cezai şartı ödeyerek sözleşmeden

¹⁰⁶ Bu hüküm, ispat yüküne ilişkin TMK md.6'da düzenlenen "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*" genel kuralının bir sonucudur.

¹⁰⁷ **Akkayan Yıldırım**, s. 382; **Bilge**, s. 83; **Dirican**, s. 27; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1337; **Gülseven**, s. 29; **Günay**, s.27; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 7; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 120; **Kocağa**, Ceza Koşulu s. 45; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s. 150; **Kurt**, s. 215; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47.

¹⁰⁸ **Bilge**, s. 86; **Eren**, Borçlar Genel, s.1342; **Çakıroğlu**, s. 87-88; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.144 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s.405; **Kılıçoğlu**, s.999; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.562; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 352 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; Dönme cezasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, V. C.

dönebilme imkânı sağlanmıştır¹⁰⁹. Burada, borçluyu ifaya zorlama yahut alacaklının ifa menfaatini teminat altına alma söz konusu değildir; tam tersine bu cezai şart ileri sürülerek borçlu borcundan kurtulur¹¹⁰.

III. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARI

A. Cezai Şartın Geçerlilik Koşulları

1. Asıl Bir Borcun Var Olması

TBK md. 131’de “*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.*” hükmü yer almaktadır. Bu madde ile asıl borcun sona ermesi durumunda cezai şartın da sona ereceği düzenlendiğinden cezai şartın söz konusu olabilmesi için öncelikle asıl bir borcun var olması gerektiği sonucuna ulaşılır¹¹¹. Cezai şart, asıl borcu kuvvetlendirerek onu

¹⁰⁹ **Bilge**, s. 106; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Kocağa**, Ceza Koşulu s.39. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47; Sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesi gereği kural olarak sözleşme ilişkisinin olağan sona erme sebebi ifa olmalıdır. Bunun dışında sözleşme ilişkisi prensip olarak tek taraflı bir irade ile sona erdirilemez. Ancak, sözleşmeye eklenen bu yönde bir cezai şart ile bu ilkeye bir istisna getirilmiş ve borçluya sözleşmeden dönebilme imkânı tanınmıştır. **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 562.

¹¹⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.562; **Kocağa**, s.40; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 353; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429.

¹¹¹ **Akkayan Yıldırım**, s. 366; **Aksoy**, s.1007; **Bilge**, s.50; **Cansel/Özel**, s. 721; **Çakıroğlu**, s. 68; **Dirican**, s. 21; **Ekinci**, s. 31; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Gülseven**, s. 33; **Hatemi/Gökyayla**, s.400; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 13; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 124; **Kılıçoğlu**, s. 991; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 65 vd.; **Kurt**, s. 219; **Oğuzman/Öz**,

teminat altına alma amacı taşır ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde talep edilebilir hale gelir. Bu nedenle, mevcut ve geçerli bir asıl borç olmadığı müddetçe cezai şarttan söz edilemez¹¹². Cezai şartın bu niteliği, asıl borca bağlı (fer'i) bir borç olmasının sonucudur¹¹³.

Cezai şarttan söz edebilmek için asıl borcun varlığı mutlaka gerektiğinden, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması veya aksi kararlaştırılmadığı müddetçe sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız gelmesi halinde, cezai şarttan söz edilemez (TBK md. 182/2)¹¹⁴. Örneğin, sözleşmenin imzalanmasından sonra

C.II, s. 554; **Ozanoğlu**, s. 74; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 859; **Tunçomağ**, Cezai Şart; 9; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop** s. 342; **Tekelioğlu**, s. 171; **Usta**, s.84.

¹¹² **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Günay**, s. Cezai Şart, s. 25; **Çakıroğlu**, s. 69; **Hatemi/Gökyayla**, s.400; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 65; **Nomer**, s. 480; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 548; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop** s. 344-345; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.9.

¹¹³ **Akkayan Yıldırım**, s. 367; **Aksoy**, s. 1007; **Altınok Ormancı**, Ceza Koşulu, s. 135; **Ayan**, s. 193; **Bilge**, s. 67; **Cansel/Özel**, s. 719; **Çakıroğlu**, s. 72; **Dirican**, s. 24; **Ekinci**, s. 57; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Gülseven**, s. 37; **Hatemi/Gökyayla**, s.400; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 13; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 124; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 66; **Kılıçoğlu**, s. 991; **Kurt**, s. 219; **Nomer**, s. 480; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 548; **Ozanoğlu**, s. 80; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop** s. 342 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Usta**, s. 94.

¹¹⁴ **Bilge**, s.67; **Cansel/Özel**, s. 718; **Çakıroğlu**, s. 73; **Dirican**, s. 25-26; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338-1339; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 124; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.80; **Kurt**, s. 219; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 555; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop** s.342-344;

üzerinde inşaatın yapılacağı arsa üzerine imar mevzuatından kaynaklı bir yasaklama getirildiğini varsayalım. Bu durumda, yüklenicinin sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık söz konusu olacağından asıl borç sona erer. Asıl borç sona erdiğinde ona bağlı nitelikteki cezai şart da sona erecektir¹¹⁵.

Borcun ihlali gerçekleşmeden önce, başka bir deyişle cezai şart talep edilebilir hale gelmeden, asıl alacak temlik edilirse cezai şart alacağı da kendiliğinden yeni alacaklıya geçer. Bu durum da cezai şartın asıl alacağa bağlı bir edim olmasından kaynaklanmaktadır¹¹⁶. Yine cezai şartın fer'iliği ilkesi gereği, asıl borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi durumunda, asıl borcun ihlali sonucunda talep edilebilir hale

Tunçomağ, Cezai Şart, s.9. Yarg. 13.HD., 25.01.1993 T., 1992/8546 E., 1993/348 K. *“Ceza koşulundan söz edilebilmesi, öncelikle asıl borcun varlığı gerekir. Eş deyişle ortada ceza koşulunun kuvvetlendirdiği bir asıl borcun bulunması gerekir. Öyle ki ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda çıkan fer'i borç niteliğindedir. Ne var ki bu edim (ceza koşulu) asıl borçtan bağımsız, ayrı olmalıdır.”* (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

¹¹⁵ **Kayinoğlu, Özdoğan**, s. 124-125; **Kurt**, s. 219.

¹¹⁶ **Bilge**, s. 74; **Dirican**, s. 26; **Çakıroğlu**, s. 74; **Ekinci**, s. 251; **Eren**, Borlar Genel, s. 1393; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 17; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 159-160. Yarg. 14. HD. 20.04.2007 T., 2007/427 E., 2007/4637 K.: *“Yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur”*. **Usta**, s. 143.

gelecek cezai şart ödeme borcu da yeni borçluya ait olur¹¹⁷. Hem alacağın temliki hem de borcun üstlenilmesi durumunda dikkat edilmesi gereken husus cezai şart alacağının henüz talep edebilir hale gelmemesi, başka bir anlatımla cezai şartın bağlandığı asıl borcun henüz ihlal edilmemesidir. İhlalin gerçekleşip cezai şartın muaccel olmasından sonra, asıl borcun başkası tarafından üstlenilmesi veya alacağın devri ile başkasına devredilmesi durumunda cezai şart kendiliğinden yeni borçlu veya yeni alacaklıya geçmez. Tarafların ayrıca bu hususta anlaşmaları gerekmektedir. Bunun nedeni, cezai şartın talep edilebilir hale gelmesinden sonra cezai şart bağımsız bir varlığa sahip olur¹¹⁸.

2. Asıl Borç Yanında Cezai Şartın Ayrı Bir Edim Olarak Kararlaştırılması

Cezai şartın varlığı için gereken bir diğer unsur ise cezai şartın, asıl borçtan farklı ve onu güçlendiren bir edim olması gerektiğidir¹¹⁹. Gerçekten de asıl borç ile cezai şart

¹¹⁷ Eren, Borçlar Genel, s.1401; Çakıroğlu, s. 75; Kocağa, Ceza Koşulu, s. 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.276–277.

¹¹⁸ Bilge, s. 75; Çakıroğlu, s. 74; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 17; Hatemi/Gökyayla, s. 401; Kocağa, Ceza Koşulu, s. 160; Oğuzman/Öz, s. 560.

¹¹⁹ Bilge, s.77; Cansel/Özel, s. 718; Çakıroğlu, s. 69 vd.; Dirican, s. 23; Gülseven, s. 35; Günay, Cezai Şart, s. 27; Hatemi/Gökyayla, s. 402; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 31; Kayınoğlu Özdoğan, s. 125 vd.; Kocağa, Ceza Koşulu, s. 87 vd.; Ozanoğlu, s. 74-75; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 12; Usta, s. 90. Yarg. 13.HD., 25.01.1993 T., 1992/8546 E., 1993/348 K. “Ceza koşulundan söz edilebilmesi, öncelikle asıl borcun varlığı gerekir. Eş deyişle ortada ceza koşulunun kuvvetlendirdiği bir asıl borcun bulunması gerekir. Öyle ki ceza koşulu asıl borca yaptırım olarak bağlı ve borca aykırılık durumunda çıkan fer’i borç niteliğindedir. Ne var ki bu edim (ceza koşulu) asıl borçtan bağımsız, ayrı olmalıdır.” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

ediminin, aynı konuda ve aynı miktarda olması, pratikte borçluya bir baskı kurmayacağı için cezai şartın asıl borcu teminat altına alma işlevi sağlanamaz. Cezai şartın asıl borçtan farklı olması, edimin miktarının farklı olması şeklinde sağlanabileceği gibi niteliklerinin farklı kararlaştırılması şeklinde de olabilir¹²⁰.

Cezai şart, ekonomik değeri olan bir edimdir. Cezai şart, kural olarak bir yapma edimi olarak kararlaştırılır ve çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi şeklinde belirlenir¹²¹. Taraflar, cezai şart anlaşmasının kapsamına göre önceden götürü bir bedel kararlaştırabileceği gibi, yüklenicinin temerrüdü gibi borca aykırılık durumlarında, sözleşmede belirlenen bir birim bedelin, yüklenicinin geciktiği her ay, hafta veya gün üzerinden hesaplanarak ödenmesi şeklinde de zamana bağlı artış gösteren bir cezai şart kararlaştırabilirler. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin, yapıyı sözleşmede belirlenen vadede tamamlamaması durumunda, iş sahibine 200.000 Türk Lirası ceza ödeyeceği kararlaştırılmışsa cezai şartın götürü olarak belirlenmesi; diğer taraftan, inşaatın tamamlanmasını geciktirdiği her hafta için 2.000 Türk Lirası ceza ödeyeceği kararlaştırılmışsa süreye bağlı artış gösteren cezai şart söz konusudur¹²². Tarafların,

¹²⁰ **Bilge**, s.77; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.87-88; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.12. Örneğin, yüklenicinin bir inşaatı belirlenen vadede tamamlamaması durumunda, yüklenicinin halihazırda yaptığı başka bir inşaatta bulunan bağımsız bölümü iş sahibine devretmeyi kabul etmesi birinci duruma; iş sahibine ceza olarak belirli bir miktar para ödemeyi kabul etmesi de ikinci duruma örnek gösterilebilir.

¹²¹ **Akkayan Yıldırım**, s. 370-371; **Çakıroğlu**, s. 70; **Dirican**, s. 23; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Gülseven**, s. 35; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 33-34; **Kurt**, s. 215; **Oğuzman/Öz**, s.553, **Tunçomağ**, Borçlar, s. 853; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 14.

¹²² **Ayan**, s. 196; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 97; **Kurt**, s. 216; **Ozanoğlu**, s. 79, 98.

sözleşmede inşaatı teslimde gecikilen süreye göre artan bir cezai şart kararlaştırması durumunda, taraflar aynı zamanda sözleşmede cezai şartın aşamayacağı azami miktarı belirleyebilir¹²³.

Cezai şart edimi, uygulamada genellikle bir paranın ödenmesi şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte TBK md. 182 f. 1 hükmünden bahisle öğreti, tarafların sadece cezanın miktarını değil, cezaya ilişkin edimi de serbestçe belirleyebileceklerini kabul eder. Bu doğrultuda, ekonomik bir değer taşıma kaydıyla cezai şart, para dışında bir şey verme veya yapma edimi şeklinde de kararlaştırılabilir¹²⁴. Örneğin, yüklenicinin borcunu ihlal etmesi halinde cezai şart olarak iş sahibine belirli miktarda hisse senedi vermesi veya bir onarım işi yapması bu duruma örnektir¹²⁵.

Asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda tarafların kanun dolayısıyla sahip olacağı hakların, sözleşmede cezai şart olarak kararlaştırılmasının geçerli olamayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönüleceğine (TBK md. 125/II) veya yüklenicinin temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin uğradığı zararın giderileceğine (TBK md. 118/I) yönelik genel kayıtların, cezai şart olarak sözleşmede yer alması kabul edilemez. Bunun nedeni ise

¹²³ **Günay**, Borçlar, s.611; **Kayınoğlu Özdoğan**, s. 138; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 97; **Ozanoğlu**, s.80, 98.

¹²⁴ **Akkayan Yıldırım**, s. 370-371; **Bilge**, s. 59; **Cansel/Özel**, s. 718; **Çakıroğlu**, s. 70; **Dirican**, s. 22; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Günay**, Borçlar, s. 616; **Hatemi/Gökyayla**, s. 399; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 95; **Kurt**, s. 215; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 553; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 427; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 8.

¹²⁵ **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 95; **Kurt**, s. 215-216; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 553.

kararlaştırılan bu kayıtlar, zaten asıl borç ilişkisinin ihlali sonucunda iş sahibinin başvurabileceği kanunen var olan hak ve menfaatleri işaret eder¹²⁶.

Cezai şartın, sözleşme bedelinde indirim yapılması yahut borçlunun sahip olduğu bir hakkın veya yetkinin kaybedilmesi şeklinde kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, yüklenicinin inşaatın teslimini geciktirdiği her hafta için sözleşme bedelinden %5 oranında kesinti yapılacağı veya sözleşme sonunda yüklenicinin daha az bağımsız bölüm elde edeceği kararlaştırılmış olabilir. Öğretideki bir görüş uyarınca, bu tür kayıtların cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür¹²⁷. Diğer görüş ise, asıl borçtan ayrı bir edim teşkil etmemesi nedeniyle bu kayıtları cezai şart olarak kabul etmez¹²⁸. Bazı yazarlar ise ücrette kesinti yapılması şeklinde düzenlenen kayıtların esasen cezai şart kavramına uymadığını, bu kayıtların atipik bir ceza olduğunu ve cezai şartla ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunur¹²⁹. Bizim de katılmakta olduğumuz görüş¹³⁰ uyarınca cezai şartın bedel indirimi şeklinde kararlaştırılabilmesi için borcun ifa edilmemesi halinde bedelden indirim yapılacağına yönelik kanuni bir düzenleme olmaması gerekir. Şöyle ki, TBK md. 475'e baktığımızda, yüklenicinin eseri ayıplı şekilde teslim etmesi durumunda iş

¹²⁶ **Bilge**, s.77 vd.; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.12-13; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.88.

¹²⁷ **Ayan**, s. 196; **Çakıroğlu**, s. 71; **Hatemi/Gökyayla**, s. 401; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 32; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 128; **Kurşat**, s. 426; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 427-428.

¹²⁸ **Duman**, İnşaat Hukuku, s. 727; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 858; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.13; **Usta**, s. 91.

¹²⁹ **Çakıroğlu**, s. 71; **Kurt**, s. 216; **Oğuzman/Öz**, C.II s.554; **Öz**, İnşaat, s. 139.

¹³⁰ **Bilge**, s. 79; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 89.

sahibinin eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. İnşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi, gereği gibi ifa etmeme borca aykırılık halini ifade etmekte olup, ayıplı ifa durumunda iş sahibinin bedelden indirim isteme hakkı kanundan kaynaklanır. Dolayısıyla, yüklenici tarafından inşaatın gereği gibi teslim edilmemesi halinde bedelden indirim yapılacağı şeklindeki kayıt, iş sahibinin zaten kanun gereği sahip olacağı bir hakkı işaret ettiğinden cezai şart olarak kabul edilemeyecektir. Öte yandan, yüklenicinin inşaatı geç teslimi durumunda bedelden indirim yapılacağına ilişkin yasal bir düzenleme olmadığından, bedelden indirim şeklinde bir cezai şartın kararlaştırılması mümkün olacağı düşünülmektedir¹³¹.

¹³¹ Yargıtay bir kararında, inşaatın süresinde tamamlanamaması durumunda yüklenicilerin iki daire üzerindeki haklarından vazgeçmiş sayılacaklarına dair kısmın ifaya eklenen ceza niteliğinde olduğuna karar vermiştir. 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”. **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 127, dn.388.

3. Cezai Şart Anlaşması

Cezai şartın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için taraflarca bir hukuki işlem ile kararlaştırılması gerekir¹³². Cezai şart anlaşması olarak adlandırılan bu anlaşma, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur¹³³. Borçlu tarafından borca aykırı davranılması halinde, bir kanun hükmü yahut mahkeme kararı borçluyu ekonomik bir yükümlülük altına sokuyorsa o zaman burada cezai şartın varlığından söz edilemez¹³⁴. Cezai şart anlaşması, asıl borca ilişkin sözleşmede bir kayıt olarak kararlaştırılabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılması mümkündür¹³⁵.

¹³² **Ayan**, s. 197; **Bilge**, s. 44 vd.; **Çakıroğlu**, s. 75; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Günay**, s. 91; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 138; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 103 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 859; **Tunçomağ**, Cezai Şart, 59; **Usta**, s. 96.

¹³³ Kanunun izin verdiği istisnai durumlarda tek taraflı bir hukuki işlem ile cezai şart öngörülebilir. Örneğin, TBK. md. 9'da ilan yoluyla ödül sözü verilebileceği düzenlendiğinden ilan veren tek taraflı hukuki işlemle ile kendini borç altına sokar. **Bilge**, s. 46, **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 107-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 467. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Bilge**, s. 45 vd.

¹³⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s.1338; **Hatemi/Gökyayla**, s. 402; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.104.

¹³⁵ **Ayan**, s. 197; **Çakıroğlu**, s. 75; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Günay**, Borçlar, s. 642; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 138; **İnan**, s. 565; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 103; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 859; **Tunçomağ**, Cezai Şart, 59; **Usta**, s. 96.

İnşaat sözleşmesinin taraflarını yüklenici ve iş sahibi olduğundan cezai şart anlaşmasının tarafları da asıl sözleşmenin tarafları olacaktır¹³⁶. Cezai şart, inşaat sözleşmelerinde farklı borca aykırılık durumları için kararlaştırılabilir. Bu borca aykırılık durumlarına, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirtilen vadede tamamlayıp iş sahibine teslim etmemesi, sözleşmede yer alan teknik şartnameye uygun olarak yapıyı inşa etmemesi gibi durumlar örnek gösterilebilir. Bu borca aykırılık durumlarının her biri için birer cezai şart öngörülebileceği gibi, bazen sadece inşaatın zamanında teslim edilmesi iş sahibi için büyük ölçüde önem teşkil eder ve sadece bu borca aykırılık hali için cezai şart kararlaştırılır¹³⁷.

B. Şekli

Cezai şartın, bağlandığı asıl borcun yer aldığı inşaat sözleşmesinin bir hükmü olarak veya asıl sözleşmeden farklı bir sözleşmeyle kararlaştırılabileceği bir önceki başlıkta belirtilmişti. Her iki durumda da cezai şart, sözleşmelerle ilgili genel geçerlilik şartına tabidir. Bu kapsamda, TBK md. 12 f.1 uyarınca cezai şart anlaşması, kanunda aksi öngörülmedikçe herhangi bir geçerlilik şekil şartına bağlı değildir¹³⁸. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin görünüm türlerinden biri olup eser sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden inşaat sözleşmelerinde yer alan yahut taraflarca ayrı bir

¹³⁶ **Çakıroğlu**, s. 80; **Kayinoğlu Özdoğan**, s.141; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 128; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 62.

¹³⁷ **Ayan**, s. 196-197; **Ozanoğlu**, s. 75.

¹³⁸ **Bilge**, s. 76; **Dirican**, s. 25; **Çakıroğlu**, s. 76; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1340; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 36; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 120; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Usta**, s. 97.

sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart kayıtları da herhangi bir şekle tabi olmayacaktır¹³⁹. Öte yandan, cezai şartın asıl alacağa bağlı bir borç olması nedeniyle, asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerliliği için geçerlilik şekil şartı öngörülmüş ise cezai şart anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekir¹⁴⁰. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iş sahibi, yani arsa maliki tarafından taşınmazların devir taahhüdünü içerdiğinden resmi şekil şartı gözetilerek yapılmalıdır. Bu durumda, cezai şartın fer'iliği ilkesi gereği cezai şart anlaşmasının da resmi şekil şartına uygun yapılması gerekir¹⁴¹.

¹³⁹ **Ayan**, s. 32; **Büyükcay**, s. 42; **Çakıroğlu**, s. 38; **Dirican**, s. 8; **Duman**, s. 13; **Gökyayla**, s. 15; **Gönen**, s.25; **Kaymoğlu Özdoğan**, s.140; **Kocaağa**, İnşaat, s. 67; **Kurt**, s. 43.

¹⁴⁰ **Altınok Ormancı**, Ceza Koşulu, s. 135; **Bilge**, s. 76; Cansel/Özel, s. 718; **Dirican**, s. 25; **Çakıroğlu**, s. 76; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1340; **İnan**, s. 565; **Günay**, Borçlar, s. 643; **Günay**, Cezai Şart, s. 87; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 36; **Kılıçoğlu**, s.992; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 121; **Oğuzman/Öz**, C.II, S. 555; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 430; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 344; **Usta**, s. 97. Yarg. 15. HD., 2.2.1995 T., 1994/2658 E., 1995/480 K.: “(...) *uyuşmazlık, tapulu taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat yapılması sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Tapunun devri de öngörüldüğünden sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir (...) Davacının dayandığı tarihsiz sözleşme adi yazılı şekilde düzenlendiği için geçersiz olup tarafları bağlamaz. Geçersiz sözleşmede kararlaştırılan cezai şart dahi geçersiz olup mahkemece bu yönün re'sen gözetilmesi ve cezai şart talebinin bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken (...)*” **Karataş**, s. 322.

¹⁴¹ **Çakıroğlu**, s. 76; **Dirican**, s. 19; **Günay**, Borçlar, s. 643; **Günay**, Cezai Şart, s. 88; **Kaymoğlu Özdoğan**, s. 141; **Kurt**, s. 215; **Tekelioğlu**, s. 172; **Usta**, s. 95.

Geçerliliği yazılı veya resmi bir şekle tabi sözleşmenin şekle uygun şekilde yapılmaması durumunda, şekle aykırılığın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturursa sözleşme geçerli sayıldığından, asıl borca bağlı cezai şart da geçerli kabul edilecektir¹⁴².

Öte yandan tarafların aralarında yaptıkları inşaat sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi olmasa da TBK md. 17 uyarınca taraflar sözleşmenin geçerliliğini resmi veya yazılı şekle bağlayabilir, başka bir anlatımla iradi şekil şartı belirleyebilir. Cezai şartın asıl borca bağlı bir borç olması nedeniyle asıl sözleşme için tarafların geçerlilik şekil şartı öngörmesi durumunda, cezai şart anlaşması da taraflarca kararlaştırılan iradi şekle uygun yapılmalıdır¹⁴³.

¹⁴² **Altınok Ormancı**, Ceza Koşulu, s. 135-136; **Çakıroğlu**, s.78; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s. 61; **Karadaş**, s. 404-405; **Kaymoğlu Özdoğan**, s.142; **Kılıçoğlu**, s. 992; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 123; **Usta**, s. 97-98. “Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer’i nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır.” Y. 19. HD. E. 2014/4912, K. 2014/8686, T. 05.05.2014 (E.T.:04.03.2019 www.kazanci.com).

¹⁴³ **Dirican**, s. 20; **Kaymoğlu Özdoğan**, s.141-142; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 82, 126-127; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 555; **Tekelioğlu**, s. 172. “...eser sözleşmesinin yasaca herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamış olması nedeniyle, yüklenicinin eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmemesi halinde ödeyeceği cezai şartın sonradan ek sözleşmeyle kararlaştırılmasının da herhangi bir şekle tabi bulunmayacağı kabul

C. Sınırları

TBK md. 182 f.1’de tarafların, cezanın miktarını serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiştir¹⁴⁴. Ancak yine aynı maddenin son fıkrasında, hâkimin, aşırı gördüğü cezai şartı indireceği hükmü yer almıştır. Aşırı cezanın kapsamı veya miktarına ilişkin bir belirmeye kanunda yer verilmemiş olup, cezanın aşırı olup olmadığının tespiti hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁴⁵. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, cezai şartın miktarının fahiş olması, taraflarca anlaşılan miktarın, cezai şart ile güvence altına alınan alacaklının ifa menfaatinin aşırı üzerinde olmasını, başka bir anlatımla cezai şart ile ifa menfaati arasında tümüyle bir orantısızlık bulunmasını ifade eder¹⁴⁶.

edilse dahi, BK.'nın 16. maddesinin açıklanan düzenlemesi karşısında somut olayda ek sözleşme yine de hukuken geçerli olamayacaktır. Zira, taraflar eser sözleşmesini resen düzenleme şeklinde yapmış olmakla, o sözleşmedeki edime ilişkin cezai şartı içerecek sonraki sözleşmenin de aynı şekilde yapılacağını kararlaştırmış sayılırlar. Eş söyleyişle, burada eser sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulunduklarının kabulünü gerektirir.” YHGK. E. 2003/15-124, K. 2003/175, T. 19.03.2003. Kırmızı, s. 1180 vd.

¹⁴⁴ **Gülseven**, s. 56; **Çakıroğlu**, s. 162; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 144; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 341; **Ozanoğlu**, s. 106; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 431.

¹⁴⁵ **Günay**, Cezai Şart, s. 181; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 98; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 885; **Uslu**, s. 195.

¹⁴⁶ **Hatemi/Gökayla**, s. 409; **Kocaağa**, s. 339-340; **Kurt**, s. 216.

Hâkim, cezai şartın miktarının fahiş olup olmadığını belirlerken, sadece cezai miktarına bakarak değil, somut olayın özelliklerini hakkaniyet çerçevesinde inceleyerek bir karar verir¹⁴⁷. Bu kapsamda, tarafların ekonomik durumlarını¹⁴⁸, yüklenicinin kusurunu¹⁴⁹, uğranılan zararın miktarını, borca aykırılığın ağırlığını dikkate alabilir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ **Bilge**, s. 121 vd.; **Dirican**, s. 187; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1345; **Günay**, Cezai Şart, s. 182 vd.; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 99 vd.; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 215; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s. 344 vd.; **Kurt**, s. 216; **Oğuzman/Öz**, C.II s.567; **Ozanoğlu**, s. 117; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 355; **Uslu**, s. 195; **Yağcıoğlu**, s. 241 vd. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarının alacaklının uğradığı zarardan fazla olması tek başına bir indirim sebebi olamaz. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 567; **Nomer**, s. 483.

¹⁴⁸ Borçlunun ödemek zorunda kalacağı cezai şart, onun ekonomik açıdan büyük bir sıkıntıya düşmesine neden olacak durumda ise cezai şartta borçlunun ödeme gücü dikkate alınarak indirim yapılmalıdır. **Bilge**, s. 123; **Günay**, Cezai Şart, s. 193; **Kaynoğlu Özdoğan**, s.214; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 350; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 886.

¹⁴⁹ Borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusurunun derecesine göre yapılacak indirim farklı olmalıdır. Borçlu alacaklıyı zarara uğratma kastı ile hareket etmiş ise ceza koşulunda hiç indirim yapılmamalıdır. **Bilge**, s. 122; **Günay**, Cezai Şart, s. 192; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 214; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 348; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 885. Diğer taraftan, borçlunun her türlü kusuru cezanın istenmesini mümkün kılar; borçlunun hafif ihmali olsa dahi ceza istenebilir. **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 564.

¹⁵⁰ Yargıtay'ın birçok kararda benzer kriterleri benimsediği görülmektedir. 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,*

Ayrıca, hâkim, taraflarca kararlaştırılan cezai şartın fahiş miktarda olup olmadığını tayin ederken, cezai şartın borcu tam ve gereği gibi ifa edilmesini sağlamak için

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 nispetlilik varsa ceza indirilir. Hâkimin, 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 kaçınmalıdır...”; 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” (Kayınoğlu Özdoğan, s. 215-216, dn.691).

kararlaştırıldığını göz önünde bulundurmalı ve borçlu üzerinde bu yönde yaratılan baskıyı ortadan kaldıracak şekilde indirimde karar vermemelidir¹⁵¹.

Cezai şartın aşırı olup olmadığının tespitinde hangi tarihin esas alınması gerektiği konusu öğretide tartışmalıdır. Cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınan zamanlar şu şekildedir: Cezai şartın kararlaştırıldığı tarih¹⁵²;

¹⁵¹ **Akkayan Yıldırım**, s. 385; **Bilge**, s. 121; **Çakıroğlu**, s. 164; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 323; **Ozanoğlu**, s. 116; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 356; Usta, s. 171; *“Cezai şartın fahiş olup olmadığının takdiri hakime ait ise de, bir olayda cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yararlar cezai şartın ödenmesi durumunda sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zararlar borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçüt alınmalı ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması zorunludur. Cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken, borçluyu ifaya zorlayan bir baskı aracı olduğu göz ardı edilmemeli, baskının ortadan kaldırılmasına yol açacak indirimlerden de kaçınılmalıdır.”* Y. 15. HD. E. 2011/2402, K. 2011/5888, T. 13.10.2011 (**Çakıroğlu**, s. 164, dpn. 660).

¹⁵² **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 hâkimin karar anının dikkate alınması gerektiğini savunmuştur s. 151.

cezai şartın muaccel olduğu tarih¹⁵³; hâkim tarafından cezai şartın fahiş olup olmadığına karar verilen tarih, başka bir deyişle hükme en yakın tarih¹⁵⁴. Kanaatimizce, cezai şartın fahiş olup olmadığına karar verilirken hâkimin hüküm kurma tarihi, esas alınmalıdır. Zira, karar anı esas alındığında, cezai şart anlaşmasının yapılmış olduğu andan, cezai şartın ödenmesine kadar geçen süre içerisinde her iki taraf açısından meydana gelen tüm değişiklikler dikkate alınmış olur. Bu açıdan kanaatimizce karar anının dikkate alınması en sağlıklı çözüm yolu olacaktır.

Fahiş cezai şartın indirilmesi kuralından ise TTK md. 22 uyarınca tacir olan borçlu yararlanamaz. İnşaat sözleşmelerinde de yüklenicilerin çoğunlukla tacir olması söz konusu olduğundan, hâkim tarafından fahişlik iddiasıyla cezai şart indirilemeyecektir¹⁵⁵. Ancak Yargıtay'ın, her ne kadar tacir olsa da ödenecek cezai şart miktarının yüklenicinin mahvına sebep olacak kadar yüksek olması halinde, kararlaştırılan bu cezai şartın, TBK md. 27 gereğince ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğuna karar verdiği görülmektedir¹⁵⁶. Bu geçersizliğin, kararlaştırılan cezai şartın tümüyle geçersiz olması

¹⁵³ Kurt, s. 217.

¹⁵⁴ Çakıroğlu, s.165; Ekinci, s. 360; Gülseven, s.122; Hatemi/Gökyayla, s. 409; Kayınoğlu Özdoğan, s. 219; Kocağa, Ceza Koşulu, s. 352-353; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 151; Uslu, s. 206; Yağcıoğlu, s. 239.

¹⁵⁵ Bilge, s. 126; Çakıroğlu, s. 166; Dirican, s. 192; Hatemi/Gökyayla, s.408; Kayınoğlu, Özdoğan, s. 227; Kılıçoğlu, s. 1007; Kurt, s. 216; Nomer, s 483; Oğuzman/Öz, s.568.

¹⁵⁶ Dirican, s. 194; Eren, Borçlar Genel, Hatemi/Gökyayla, s.408; Kılıçoğlu, s. 1007-1008; Nomer, s. 484; Oğuzman/Öz, s.569; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 432; “Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan el atmanın önlenmesi istemine

sonucu oluşturmaması gerektiği belirtilmekle TBK md. 27 f. 2 uyarınca cezai şartın makul bir seviyeye indirilerek fahiş kısmının geçersiz olması benimsenmektedir¹⁵⁷.

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

Cezai şart, yüklenici tarafından borcun hiç veya gereği gibi ifa etmemesi yahut belirlenen yer ve zamanda ifa etmemesi durumları için kararlaştırıldığından, cezai şartın talep edilebilmesi için bir koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bu kapsamda cezai şart, bir tür geciktirici koşula bağlı bir edimdir¹⁵⁸. Cezai şart, asıl borcu kuvvetlendirme amacı taşır ve asıl borcun ifasına ilişkindir. Bu nedenle cezai şart asıl borca bağlı bir borçtur ve bağlandığı esas borcun varlığı söz konusu oldukça geçerli olur¹⁵⁹. Borçlunun esas borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumu için öngörülen cezai şartın fer'iliği, geciktirici şartın gerçekleşmesine kadar, başka bir anlatımla borca aykırılık halinin gerçekleşmesine

ilişkindir. (...) Yanlar arasındaki sözleşmenin 20. Maddesinde kararlaştırılan 'fesih halinde yüklenicinin hiçbir talepte bulunamayacağına ve o ana kadar yaptığı imalatı da arsa sahibine bırakacağına' dair dönme cezası, yüklenicinin mahvına neden olacak olması nedeniyle ahlak ve adaba aykırı olup, BK'nın 20/II. Maddesi gereğince mutlak butlan ve batıldır." Yarg. 15. HD. 13.12.2007 T., 2007/4890 E., 2007/8088 K. **Karataş**, s. 385.

¹⁵⁷ **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 138, 157; **Kurt**, s. 216; **Kurşat**, s. 482.

¹⁵⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1339; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 80; **Kurt**, s. 219; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 553; **Ozanoğlu**, s. 76, 81-82.

¹⁵⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.392; **Tunçomağ**, Genel, s. 859; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 553.

kadar devam eder. Ceza şart alacağı, borcun ihlali gerçekleşip talep edilebilir hale geldikten sonra bağımsız bir alacak niteliğini kazanır¹⁶⁰.

Cezai şart alacağının tabi olduğu ayrıca bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Cezai şartın asıl borca bağlı olması özelliği gereği, asıl borcun zamanaşımı süresi ne kadarsa cezai şartın zamanaşımı süresi de o kadardır¹⁶¹.

Cezai şart, genellikle sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılmakta olup, cezai şartın sözleşme haricindeki hukuki muamelelerden doğan borçlar için de kararlaştırılması mümkündür¹⁶². Diğer taraftan, uygulamada çok sık rastlanmamakla birlikte sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden doğan borçlar ve nafaka borçları gibi aile hukukundan kaynaklı borçlar için de cezai şart kararlaştırılması mümkündür¹⁶³.

V. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

TBK md. 179'ta üç tür cezai şartın düzenlendiği görülmektedir. Bunlar TBK md.179 f.1' de düzenlenen seçimlik ceza şart, TBK md.179 f.2' de yer alan ifaya eklenen

¹⁶⁰ **Bilge**, s. 74; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1339.; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s.156; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 554; **Tunçomağ**, Cezai Şart s.9 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.344.

¹⁶¹ **Bilge**, s.63; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.343; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.75.

¹⁶² Örneğin, bir dernek tüzüğünde üyelerin bazı eylem ve işlemleri için cezai şart kararlaştırılması mümkündür. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 550; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 343.

¹⁶³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1338; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.73-75; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 550; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 343.

cezai şart ve TBK md.179 f.3' te düzenleme alanı bulan engelleyen cezai şarttır¹⁶⁴. Bu ifadeler kanunda açıkça yer almamakla birlikte doktrin ve mahkemeler tarafından geliştirilmiştir. Uygulamada inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla ifaya eklenen cezai şart kararlaştırıldığı görülmektedir, zira yapının inşası devam ederken yüklenicinin temerrüdü gibi borca aykırılık durumlarında iş sahibinin yapının inşasının tamamlanması yerine inşaatın yapımından vazgeçerek cezai şartı talep etmesi, sözleşmeden beklediği menfaatine aykırı olur¹⁶⁵.

A. Seçimlik Cezai Şart

Seçimlik cezai şart, TBK'nin 179. maddesinin birinci fıkrasında düzenleme alanı bulmuştur. Belirtilen fıkra da “*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir*” hükmüyle sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklıya, ifa yerine sözleşmede kararlaştırılan cezayı talep etme hakkı tanınmıştır. Alacaklı, cezai şartı talep ederse aynı zamanda asıl borcun ifasını isteyemez¹⁶⁶. Başka bir deyişle alacaklı, asıl borcun ihlali durumunda ya asıl borcun

¹⁶⁴ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1340; **Hatemi/Gökyayla**, s. 403; **Karataş**, s. 352 – 373; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s.133; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.557; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429-430. Yarg. 15. HD. 17.06.2002 T., 951/3257 K; Yarg. 15. HD., 06.02.2008 T., 2007/5130 E., 2018/677 K.

¹⁶⁵ **Kurt**, s. 218; **Ozanoğlu**, s.94.

¹⁶⁶ **Akkayan Yıldırım**, s. 372; **Bilge**, s. 97; **Cansel/Özel**, s. 722; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1340; **Gülseven**, s. 40; **Günay**, Cezai Şart, s. 78; **Hatemi/Gökyayla**, s. 403; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 48; **Kaynoğlu Özdoğan** s. 157; **Kılıçoğlu**, s. 993; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.146; **Oğuzman/Öz** tarafından seçimlik cezai şart “ifa yerine istenebilen ceza”

ifasını isteyecek ya da cezai şartın ifasını talep edecektir. Alacaklıya bu şekilde tanınan hak, tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğuran seçimlik bir haktır¹⁶⁷. Belirtilen düzenleme

olarak ifade edilmiştir. **Oğuzman/Öz** C.II, s.557; **Tekelioğlu**, s. 168; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.348; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.44. Yargıtay bir kararında seçimlik cezai şart ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir: “*Taraflar arasındaki ilişki, eser sözleşmesi niteliğinde olup, davacı yüklenici, davalı ise iş sahibidir. Taraflarca imzalanan sözleşmenin son paragrafında yer alan hükme dayanılarak hem 5.000,00 TL cezai şart hem de iş bedeli istenmiştir. Oysa öngörülen 5.000,00 TL'lik ceza, seçimlik ceza niteliğinde olup, TBK'nın 179/1. maddesi uyarınca, akdin ifasının istenilmesi durumunda aksine bir hüküm bulunmadığı taktirde bu ceza istenemez. İstinaf mahkemesince 5.000,00 TL ifaya ekli cezai şarta da karar verilmişse de taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın niteliği gereği ifa istendiğinde cezai şarta ilişkin talebin reddi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.*” Yarg. 15.HD., 01.11.2018 T., 2018/3079 E., 2018/4226 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, www.kazanci.com)

¹⁶⁷ Bu hak, yenilik doğuran bir haktır ve alacaklı cezai şartın kendisine ödenmesini talep etmesi durumunda artık geri dönerek borcun ifasını talep edemez. **Bilge**, s. 97; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1340; **Hatemi/Gökyayla**, s. 403; **Kılıçoğlu**, s. 994; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.146; **Tunçomağ**, Genel, s. 874; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 106-107; Yarg. 15. HD., T.: 27.11.2018 T. 2018/2968 E. 2018/4699 K.: “...öğretide ifa yerine seçimlik ceza koşulu olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini düşünen taraf sözleşmenin ifası 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 bununla bağlıdır. Yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan seçim hakkını kullanma

emredici nitelikte olmayıp, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında taraflar aynı anda hem cezai şartı hem de borcun ifa edilmesini kararlaştırabilir¹⁶⁸.

Seçimlik cezai şartın talep edilebilmesi için gerçekleşmesi beklenen borca aykırılık hali, kural olarak edimin belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi haricindeki borca aykırılık halleridir. Başka bir deyişle seçimlik cezai şart, asıl borcun hiç ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi hali için kararlaştırılmış olan cezai şart türüdür. Zira TBK md. 179 f.2’de ifanın belirlenen zaman ve yerde yapılmamasına bağlanan sonuçlar özel olarak düzenlenmiştir. Ancak yine sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar borcun

halinde bu haktan diğer tarafın rızası olmadığı sürece vazgeçilmesi mümkün değildir. Bu anlatımlar ışığında somut olaya gelindiğinde; taraflar arasında düzenlenen sözleşmedeki ceza seçimlik ceza niteliğinde bulunduğundan akdin ifasını isteyen tarafın seçimlik cezayı istemesi mümkün değildir...” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, seçimlik cezai şartın, alacaklıya yedek yedimi isteyebilme yetkisini sağladığını dile getirmiştir. Yedek edim etkisi yazarlarca şu şekilde açıklanmıştır: Seçimlik cezai şartın söz konusu olduğu durumlarda alacaklı, borçludan isterse borcun ifasını isterse aynen ifa yerine cezai şartı talep edecektir. Ancak borçlu, kendisinden talep edilmediği müddetçe sadece asıl borcu yerine getirmekle yükümlüdür. Buradaki yedek edim yetkisi, asıl borcun ihlal edilmesi halinde doğar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348-349.

¹⁶⁸ Akkayan Yıldırım, s. 372; Bilge, s. 97-99,102; Dirican, s. 106; Ekinci, s. 132; Eren, Borçlar Genel, s.1341; Gülseven, s. 40; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 49; Kayınoğlu Özdoğan, s. 157; Kılıçoğlu, s. 995; Kocağa, Ceza Koşulu s. 149; Oğuzman/Öz, C.II, s.558; Tekelioğlu, s. 168; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 351; Tunçomağ, Cezai Şart, s.44; Tunçomağ, Genel, s. 874.

belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi durumunda da ifa yerine cezai şart ödeneceğini kararlaştırabilirler¹⁶⁹. Seçimlik cezai şartın istenebileceği borca aykırılık durumları ise genel olarak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ile borcun sözleşmede kararlaştırıldığı nitelikte ifa edilmemesinden, örneğin ayıplı ifadan, kaynaklanmaktadır¹⁷⁰.

B. İfaya Eklenen Ceza Şart

İfaya eklenen cezai şart ise TBK'nin md. 179 f.2'de düzenleme alanı bulmuştur. Belirtilen fıkra, *“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.”* hükmüyle ifaya ekli cezai şarta işaret edilmiştir. Buradan anlaşılması gereken, sözleşme ile yüklenilen edimin belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumunda, alacaklının hem sözleşmenin ifasını hem de cezai şartı talep edebileceğidir¹⁷¹.

¹⁶⁹ **Bilge**, s. 103; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s. 141; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.43.

¹⁷⁰ **Dirican**, s. 107; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 158; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.133; **Ozanoğlu**, s. 94.

¹⁷¹ **Akkayan Yıldırım**, s. 373; **Bilge**, s. 104; **Cansel/Özel**, s. 724; **Çakıroğlu**, s. 86; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Günay**, Cezai Şart, s. 83; **Gülseven**, s. 41; **Hatemi/Gökyayla**, s. 404; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 52; **Kayinoğlu Özdoğan** s. 160; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.137 vd; **Oğuzman/Öz** tarafından ifaya eklenen cezai şart “ifayla birlikte istenebilen ceza” olarak ifade edilmiştir. **Oğuzman/Öz** C.II, s.559; **Tekelioğlu**, s. 169; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.349; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.46.

Yukarıda belirtilen maddede kanun koyucunun hem ifanın hem de sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın birlikte istenebilmesi için borca aykırılık hallerinden borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesini aradığı görülmektedir. Bu kapsamda, borcun süresinde veya belirlenen yerde yerine getirilmemesi durumları için öngörülen cezai şartın, ifaya eklenen cezai şart olduğuna dair bir karine oluşturduğu söylenebilir. O halde, borcun belirlenen zamanda veya yerde yerine getirilmemesi haricindeki borca aykırılık hallerinde kararlaştırılan cezai şartın kural olarak seçimlik cezai şart; bu iki durum için öngörülen cezai şartın ise ifaya eklenen cezai şart olduğu söylenebilecektir¹⁷². Ancak önceden de bahsettiğimiz üzere cezai şarta ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesince taraflar aksini de kararlaştırabilecektir¹⁷³.

Uygulamada inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla ifaya ekli cezai şartın kararlaştırıldığı görülmektedir. Zira süresinde yapılmasa dahi alacaklının ifa menfaati, inşaatın tamamlanarak kendisine teslim edilmesidir. Sözleşmede kararlaştırılan ifaya ekli cezai şart ile alacaklı hem ifayı talep ederek sözleşmenin başında beklediği menfaati elde etmekte hem de cezai şartı talep ederek gecikme nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmektedir. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan

¹⁷² **Bilge**, s. 104; **Dirican**, s. 31; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 52; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 163; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.138; **Eren**, Borçlar Genel, s.1185; **Kılıçoğlu**, s. 995.

¹⁷³ **Çakıroğlu**, s. 86; **Dirican**, s. 31; **Gülseven**, s. 41; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 52; **Kılıçoğlu**, s. 998, **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 138; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 560; **Tekelioğlu**, s. 169; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.351, **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.46.

tarihte veya sürede inşaatı teslim etmemesi durumunda gecikilen her gün/ay için iş sahibine bir bedel ödemeyi kabul etmesi tipik bir ifaya ekli cezai şarttır¹⁷⁴.

İfaya ekli cezai şartın talep edilmesindeki en önemli unsurlardan biri, alacaklının bu hakkından feragat etmemiş olmasıdır¹⁷⁵. TBK md.179 f.2’de , “*alacaklının, hakkından açıkça feragat etmemiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmemiş olması*” gerektiğinin düzenlendiğini görmekteyiz. Bu doğrultuda, alacaklı cezai şartı talep etme hakkından açıkça feragat ettiyse artık cezai şart talep edemez. Benzer şekilde iş sahibinin herhangi bir ihtirazı kayıt koymaksızın borcun ifasını kabul etmesi durumunda da cezai şartı talep edemez. Kanun koyucu tarafından herhangi bir çekince ileri sürmeden kabul edilen ifa, örtülü (zımni) ve kesin bir feragat sayılmaktadır¹⁷⁶.

¹⁷⁴ **Akkayan Yıldırım**, s.373; **Dirican**, s. 64; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 161-162; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.138; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.560; **Uslu**, s. 129.

¹⁷⁵ **Bilge**, s. 104-105; **Çakıroğlu**, s. 86; **Dirican**, s. 73-74; **Eren**, Borçlar Genel, 1342; **Hatemi/Gökyayla**, s. 404; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 52; **Kılıçoğlu**, s. 998; **Kocaağa**, Ceza Koşulu s. 143; **Kurt**, s. 220; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 560-561; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop**, s. 351; **Usta**, s. 122.

¹⁷⁶ **Ayan**, s.201; **Bilge**, s. 104-105; **Çakıroğlu**, s. 87; **Eren**, Borçlar Genel, s 1342; **Hatemi/Gökyayla**, s. 404; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.143; **Kurt**, s. 220; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 561; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.115. Yarg. 15. HD., 19.10.1993 T., 1992/5923 E., K.:1993/4091; “ ..cezai şart ifaya eklenen gecikme cezası niteliğinde olup BK. nun 158/2. maddesi gereğince alacaklı cezai şart talep etme hakkını saklı tutmadan edayı kabul etmiş olduğundan fer’i nitelikteki ifaya eklenen cezai şart talep etme hakkı düşer...”. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com); Yarg. 3. HD, 27.5.2021, 2021/5264 E., 2021/5636 K; “Ancak işlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına

C. Dönme Cezası

Cezai şartın düzenlendiği TBK md. 179 f.3'te "*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklı*" olduğu düzenlenmiştir. İfayı engelleyen cezai şart veya dönme cezası¹⁷⁷ olarak anılan cezai şartın bu türünde, yükleniciye cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilme imkânı sağlanmıştır¹⁷⁸. Burada, borçluyu ifaya zorlama yahut alacaklının ifa menfaatini teminat altına alma söz konusu değildir; tam tersine bu cezai şart ileri

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 yanılıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

¹⁷⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Ozanoğlu**, s.97. Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu kayıt dönme (fesih) cezası olarak adlandırılmaktadır. **Nomer**, s. 479; **Kılıçoğlu**, s. 999; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 144; **Hatemi/Gökyayla**, s. 405; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 562; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 353; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 863.

¹⁷⁸ **Bilge**, s. 106; **Eren**, Genel, s. 1342; **Kılıçoğlu**, s. 1000-1001; **Kocağa**, Ceza Koşulu s. 38 vd. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 47; Sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesi gereği kural olarak sözleşme ilişkisinin olağan sona erme sebebi ifa olmalıdır. Bunun dışında sözleşme ilişkisi prensip olarak tek taraflı bir irade ile sona erdirilemez. Ancak, sözleşmeye eklenen bu yönde bir cezai şart ile bu ilkeye bir istisna getirilmiş ve borçluya sözleşmeden dönebilme imkânı tanınmıştır. **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 563.

sürülerek borçlu borcundan kurtulur. İfayı engelleyen cezai şart her ne kadar kanunda düzenlenen bir cezai şart türü olsa da doktrinde çoğunlukla gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı kabul edilir¹⁷⁹. Ancak hem kanunda düzenlenmesi hem de Yargıtay kararlarında dönme cezasının bir cezai şart türü olarak anılması nedeniyle dönme cezasını bir cezai şart türü olarak kabul edip, bu türün sözleşmeyi sona erdirmeyi kolaylaştırma amacı¹⁸⁰ taşıdığını düşünmekteyiz. Borçlu, sözleşme kararlaştırılan kaydın cezai şart değil, dönme cezası olduğunu ispat yükü altındadır. Borçlu bu hususu ispat edemediği müddetçe

¹⁷⁹ **Bilge**, s.106; **Ekinci**, s. 189; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Hatemi/Gökyayla**, s. 405; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 144; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 562; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 353; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 429; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.31; **Tunçomağ**, Borçlar., s. 864.

¹⁸⁰ YHGK, 2017/259 E., 2021/486 K.: “...BK’nın 158. maddesinde seçimlik cezai şart, ifaya ekli cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şart olmak üzere üç tür cezai şart düzenlenmiş ise de, cezai şartın BK’da tanımı yapılmamış, hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Doktrinde ve uygulamada farklı tanımları yapılan cezai şartı genel bir anlatımla asıl borç olarak nitelendirilen borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde borçlunun alacaklıya ödemekle yükümlü olduğu borç olarak ifade etmek mümkündür. Asıl borcun fer’isi olan cezai şart, asıl borca bağlıdır, fakat ondan ayrı bir edim niteliğini taşır ve cezai şartın istenebilmesi için zararın gerçekleşmesi şart değildir. Cezai şartın esas itibariyle üç temel işlevi bulunmaktadır; birincisi borçluyu ifaya zorlayarak borcun ifasını teminat altına almak, ikincisi borcun yerine getirilmemesi sebebiyle doğacak zararı önceden belirlemek, üçüncü fonksiyonu ise borçlunun cezai şartı ödeyerek sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamaktır.” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

alacaklının asıl borcun ifası veya cezai şarttan birini seçme veya asıl borcun ifası ile birlikte cezai şartı birlikte talep etme hakkı olduğu kabul edilir¹⁸¹.

VI. CEZAI ŞART ALACAĞININ TALEP EDİLMESİ

A. Muacceliyet Koşulları

Cezai şartın, sözleşmenin taraflarınca asıl borcun sözleşmede kararlaştırılan yerde veya zamanda yahut tam ve gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde ifa menfaatini güvence altına almak, borcun ihlal edilmesinden doğan zararlarını tazmin etmek amaçlarıyla kararlaştırıldığını yukarıda belirtmiştik. Taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve sözleşmeden bekledikleri ifa menfaatine bağlı olarak farklı borca aykırılık halleri için veya bu ihlallerin hepsini kapsayacak şekilde cezai şart kararlaştırabilmektedir. Cezai şartın, borca aykırılık hallerinden hangisi veya hangileri için kararlaştırıldığına, sözleşmede tarafların iradelerine bakılarak karar verilir yahut bu husus sözleşmeden açıkça anlaşılamıyorsa taraf iradeleri yorumlanarak sonuca ulaşılır¹⁸².

Sözleşmede, cezai şartın öngörüldüğü asıl borcun ihlal edilmesi durumunda, cezai şartın talep edilebilmesi için muacceliyet koşullarının var olması gerekir. Bu koşullar,

¹⁸¹ **Bilge**, s. 106; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1343; **Gülseven**, s. 42-43; **Kocağa**, Ceza Koşulu s. 149-150; **Nomer**, s. 436; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.563; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** s. 353.

¹⁸² **Ayan**, s. 195; **Aksoy**, s.1004; **Çakıroğlu**, s. 90; **Kaymoğlu/Özdoğan**, s. 164; **Kocağa** Ceza Koşulu, s. 217; **Ozanoğlu**, s. 82.

cezai şartın bağlandığı asıl borcun muaccel olması, asıl borcun ihlâl edilmiş olması ve iş sahibinin cezaî şart alacağına ilişkin talep hakkından vazgeçmemiş olmamasıdır¹⁸³.

1. Asıl Borcun Muaccel Olması

Cezai şartın talep edilebilmesi için öncelikle cezai şartın bağlandığı bir asıl borcun varlığı¹⁸⁴ ve bu borcun da muaccel olması gerekir¹⁸⁵. Asıl borcun ne zaman talep edilebilir hale geleceğini belirleyebilmek için öncelikle taraflar arasındaki anlaşmaya bakılır. Taraflarca bu yönde bir karar alınmamışsa asıl borcun talep edilebilirliği, hukuki ilişkinin niteliğine göre ihbarla ile veya yasa hükmüne dayanarak belirlenir¹⁸⁶.

2. Asıl Borcun İhlali

a. Genel Olarak

Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın talep edilebilmesi için bağlı olduğu asıl borcun, borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığı veya edimin sözleşmede

¹⁸³ **Bilge**, s. 87; **Çakıroğlu**, s. 103 vd.; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 53 vd; **Kayınlioğlu Özdoğan**, s. 145 vd.; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.213-240; **Kurt**, s. 218; **Ozanoğlu**, s. 103; **Tekelioğlu**, s. 171 vd.

¹⁸⁴ Bkz. İkinci Bölüm III. A. 1.

¹⁸⁵ **Çakıroğlu**, s. 104; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 53; **Kayınlioğlu Özdoğan**, s. 145; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.219.

¹⁸⁶ **Bilge**, s. 87-90; **Çakıroğlu**, s. 104; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.219.

kararlaştırıldığı gibi ifa edilmemesi yahut temerrüt gibi borca aykırılık sebeplerinin gerçeklemesi sonucunda ihlal edilmesi gerekir¹⁸⁷.

¹⁸⁷ **Ayan**, s. 196-197; **akıroğlu**, 104; **İnan**, s. 568; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 219.

Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 431. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra, borçlunun kusurlu bir davranışı yüzünden edimin sürekli ve kesin olarak ifa edilmesinin mümkün olmamasıdır. Gereği gibi ifa etmeme, edimin ifa borçlusu tarafından, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmemesi halidir. Gereği gibi ifa etmeme geniş ve dar anlamda iki şekilde anlaşılabilir. Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hali, borcun, yer, zaman, miktar veya nitelik gibi unsurlardan herhangi birine aykırı bir şekilde ifa edilmesi durumunda söz konusu olur. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa edilen edimin borçlanılan edimin nitelikleri ile uyuşmaması veya borçlunun yan yükümlölüklerden birini ihlal etmesi halinde söz konusu olur. Teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmeme, dar anlamda gereği gibi ifa etmemedir. İfa edilen edim, borçlanılan edimde bulunması gereken nitelikleri taşımması halinde, yapılan ifa tam ve doğru bir ifa değildir. İfa edilen edimin, borçlanılan edimin vasıfları ile uyuşmamasına “kötü ifa” veya “ayıplı ifa” denir. Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s.1062-1078. **Oğuzman/Öz**, **C.II**, s. 470 vd. Borcun ifasının mümkün olmasına rağmen borçlunun borçlanmış olduğu edimi borca aykırı bir biçimde gecikmesine ise borçlunun temerrüdü denir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s.1117 vd.; **Oğuzman/Öz**, **C.II**, s. 470 vd.

Cezai şartın talep edilebilmesi için borca aykırılık halinin cezai şartın bağlandığı ifa etmeme haline ilişkin gerekir¹⁸⁸. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı belirli bir vadede teslim etmesi cezai şarta bağlandıysa, inşaatın belirlenen zamanda ancak ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda iş sahibi cezai şart talep edemeyecektir¹⁸⁹. Zira cezai şart, sözleşmede inşaatın tesliminde temerrüde yönelik bir müeyyide olarak öngörülmüştür. Ancak, sözleşmede cezai şartın öngörüldüğü ifa etmeme halinin doğuracağı sonuç (*örneğin inşaatın gereği gibi ifa edilmemesi*) ile sözleşmede açıkça bahsedilmeyen ifa etmeme halinin (*örneğin inşaatı hiç başlanmaması nedeniyle hiç teslim edilememesi*) doğuracağı sonuç aynı oluyor ise, başka bir anlatımla sözleşmede belirtilen borca aykırılık hali, belirtilmeyen borca aykırılığın doğuracağı sonuçları kapsıyor veya aynı ise cezai şart bu durumda da talep edilebilecektir¹⁹⁰.

Sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın, bir borcun belirlenen vadede ifa edilmemesine bağlanmış olması durumunda, borca aykırılığın gerçekleşmesi için o vadenin gelmesi beklenir. Borcun kararlaştırılan zamanda ifa edilemeyeceğinin önceden anlaşılması durumunda, sözleşmede belirlenen zaman henüz gelmediğinden cezai şart talep edilemez. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin 01.01.2022 tarihinde

¹⁸⁸ **Ayan**, s. 194; **Çakıroğlu**, s. 105; **Dirican**, s.34; **Günay**, Cezai Şart, s.108; **Kayınoglu Özdoğan**, s. 145; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.221; **Kurt**, s. 219-220; **Ozanoğlu**, s.76; **Usta**, s. 144-145.

¹⁸⁹ **Çakıroğlu**, s. 105; **Erman**, İnşaat Sözleşmesi, s. 35; **Kurt**, s. 219-220; **Usta**, s.144.

¹⁹⁰ **Günay**, Cezai Şart, s. 108; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.221; **Ozanoğlu**, s.76; **Tunçomağ**, Cezai Şart s.97-98; **Usta**, s. 145. Öte yandan öğretide cezai şart bağlandığı borca aykırılık halinin kıyas yolu genişletilmemesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu konu hakkındaki görüşler için bkz. **Çakıroğlu**, s. 105.

inşaatı tamamlayarak teslim edeceği; teslim etmediği her gün için de 1.000-TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olsun. Bu tarihten önce, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim edemeyeceği kesin olarak belirli olsa bile bu tarihten itibaren cezai şart talep edilemez. Kararlaştırılan tarihin gelmesi beklenir¹⁹¹.

b. Yüklenicinin Kusuru ile İlişkisi

Cezai şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurunun gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş¹⁹² cezai şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiğini belirtirken, diğer bir görüş ise¹⁹³ yüklenicinin kusuru olmaksızın alacaklının cezai şartı talep edilebileceğini savunur. Cezai şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiğini savunan görüşün dayandığı iddialardan biri¹⁹⁴, TBK md. 182 f. 2’de yer alan “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz*

¹⁹¹ **Çakıroğlu**, s. 106; **Günay**, Cezai Şart, s.110; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.226; **Tunçomağ**, Cezai Şart; s.98; **Usta**, s. 145.

¹⁹² **Ayan**, s. 199; **Bilge**, s. 90; **Çakıroğlu**, s. 93; **Dirican**, s. 34; **Duman**, İnşaat Hukuku, s. 725; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s. 278; **Gülseven**, s. 49; **Hatemi/Gökyayla**, s. 406; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 59; **İnan**, s.568; **Karadaş**, s. 421; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 149-150; **Kılıçoğlu**, s. 1003; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 233; **Kurt**, s. 223-224; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 564; **Ozanoğlu**, s. 106-107; **Öz**, İnşaat, 138; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s. 135; **Tekelioğlu**, s. 173; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.360; **Tunçomağ**, s. 102; **Usta**, s. 165.

¹⁹³ **Aksoy**, s. 1014-1015; **Birinci Uzun**, s. 162; **Büyükkay**, s. 230; **Cansel/Özel**, s. 726; **Eren Borçlar Genel**, s. 1343. Gerekçeler için bkz. **Aksoy**, s. 1000-1014.

¹⁹⁴ **Bilge**, s. 108; **Günay**, s. 119; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 58; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 232; **Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 359.

ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemeyeceği” hükmünün, TBK md. 136 ile uyumlu olduğu, buna göre de hükmün zıt anlamından, hükmün borçlunun sorumlu olmadığı haricindeki diğer borca aykırılık durumlarında cezai şartın istenebileceği anlamına gelmediğidir. Cezai şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiğini savunan görüşün bir diğer iddiası ise kararlaştırılan cezai şartı aşan zarar taleplerine ilişkin düzenlenen TBK md. 180/2 hükmünün, kusur şartını ortadan kaldırmadığı, yalnızca kusur karinesine istisna teşkil eden ve ispat yükünü tersine çeviren bir hüküm olduğudur¹⁹⁵. Son olarak bu görüş, TBK md. 182/f. 2 hükmünün geniş yorumlanması ve bu kapsamda fıkranın, tüm borca aykırılık hallerine uygulanması gerektiğini savunur. Biz de kusurun varlığı gerektiği görüşüne katılarak, kural olarak, yüklenicinin kusurlu bir davranışıyla cezai şartın bağlandığı borcu ihlal etmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹⁹⁶. Cezai şart her ne kadar zarardan bağımsız olup borçluyu ifaya zorlama,

¹⁹⁵ **Bilge**, s. 109; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 59; **Kocağa**, Ceza Koşulu s. 318.

¹⁹⁶ Yargıtay’ın yakın tarihli kararlarında da cezai şartın istenebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yarg. 15. HD. E. 2018/2642, K. 2018/4205, T.01.11.2018: “*Asıl ve karşı dava eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, yüklenici tarafından açılan asıl dava yatırım bedeli, işletme giderleri, kâr kaybı, cezai şart ve dekorasyon masraflarının tahsili istemine, iş sahibi tarafından açılan karşı dava ise cezai şart istemine ilişkindir...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. Sözleşmeye aykırı davranan borçlu, sözleşme serbestliği çerçevesinde düzenlenen cezadan sorumlu olur. Ancak alacaklı tarafın da kusurlu bulunmaması*

borca aykırı davranması halinde onu cezalandırma amacı gütse de kusuru olmayan bir borçlunun cezai şartı ödemek zorunda kalmasının tamamen alacaklı lehine bir sonuç yaratacağını; bu nedenle cezai şartın talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu halde, borçlu TBK md. 112 uyarınca ancak kusurlu olmadığını ispat ettiği müddetçe cezai şartı ifa etmekten kaçınabilir¹⁹⁷. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, taraflar yüklenicinin kusuru olmasa da her halükârda cezai şartın ödeneceğini kararlaştırabilir¹⁹⁸.

TBK md. 112 uyarınca borcun ihlalinde borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiğinden (*borçlunun kusurlu olmadığına ispatı beklendiğinden*), inşaat sözleşmelerinde de borca aykırı davranışta bulunan yüklenicinin kusuru bulunduğunu, iş sahibi ispat etmek zorunda değildir. Borcun ihlalinde kusurlu olmadığının ispatı yüklenicidir. Yüklenici borcun ihlalinde kusuru olmasa bile bunu ispatlayamadığı müddetçe kararlaştırılan cezai şart ödemek zorundadır¹⁹⁹. Ancak TBK md. 112’de düzenlenen ispat yükü düzeni de emredici nitelikte olmadığından, taraflar bunun aksini

zorunludur. Yani lehine ceza öngörülen yararına cezaya hükmedilebilmesi için kusurlu bulunmaması genel hukuk prensiplerindendir.” Çakıroğlu, s. 94, dn.367.

¹⁹⁷ Çakıroğlu, s. 95; Dirican, s. 35; Duman, s. 725; Ekinci, Ceza Koşulu, s. 282; Hatemi/Gökyayla, s. 406; Kocağa, Ceza Koşulu s. 233; Oğuzman/Öz, II, s. 564; Tandoğan, ÖBİ. C.II, s. 135.

¹⁹⁸ Çakıroğlu, s. 95; Duman, s. 725; Kurşat, s. 423; Oğuzman/Öz, II, s. 518; Ozanoğlu, s. 106-107.

¹⁹⁹ Kocağa, Ceza Koşulu, s. 239 – 238; Oğuzman/Öz, C.II, s. 565; Tandoğan, ÖBİ. C.II, s.135; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 360.

kararlaştırabilir, başka bir anlatımla yüklenicinin kusurlu olduğunun ispatını alacaklıya ykleyebilirler²⁰⁰.

Öte yandan, borcun ihlalinin, iş sahibinin kusuru veya dürüstlük kuralına aykırı eylemleriyle gerçekleşmiş olması durumunda, iş sahibinin cezai şartı talep edebilmesi mümkün deėildir²⁰¹. Mesela iş sahibi, inşaatın yapılması için birtakım yasal ve idari izinleri almayı üstlenmiş ancak onun bu borcunu yerine getirmemesinden ötürü yüklenici işe zamanında başlayamamışsa inşaatın teslim süresinin gecikmesi nedeniyle temerrüt durumu için kararlaştırılan cezai şartı talep edemez²⁰².

²⁰⁰ **akıroğlu**, s.95; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.240; **Oğuzman/z**, C.II, s. 545; **Ozanoğlu**, s. 106-107; **Tekelioğlu**, s. 173.

²⁰¹ **Tunçomağ**, Cezai şart, s.104-105; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.234. Yarg. 11. HD. T.: 13.12.2018 T., 2017/71 E., 2018/7935 K.: “*Taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenen cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu'nun 158/II. Maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza niteliğindedir. İki tarafa borç yükleyen dava konusu sözleşme uyarınca davacının cezai şart talep edebilmesi için kendisinin de kusurunun bulunmaması gerekir. Davalı taraf davacının üzerine düşen edimleri yerine getirmediğini iddia ettiğine göre mahkemenin cezai şarta hükmedilebilmesi için davacının kusuru bulunup bulunmadığını, üzerine düşen edimlerin tamamını eksiz yerine getirip getirmediğini araştırması gerekmektedir.*”

²⁰² **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.236-238; **Tunçomağ**, Cezai şart s. 105.

c. İş Sahibinin Zararı ile İlişkisi

Yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucunda iş sahibinin kararlaştırılan cezai şartı talep edilebilmesi için herhangi bir zararının doğması gerekmez²⁰³. Cezai şartın zarardan bağımsız olması, kanun gereğidir²⁰⁴. Taraflar, asıl borcun ihlal edilmesinde ödenecek cezai şart miktarını önceden kararlaştırdıklarından, ayrıca zararın varlığı ve kapsamının ispat edilmesi aranmaz²⁰⁵.

Bazı durumlarda, yüklenicinin borca aykırı davranışı nedeniyle iş sahibinin meydana gelen zararı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarından daha fazla olabilir. Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart, zararın tazmini açısından yüklenicinin

²⁰³ **Altınok Ormancı**, s. 135; **Bilge**, s. 109; **Cansel/Özel**, s. 727; **Çakıroğlu**, s. 96; **Duman**, İnşaat Hukuku, s. 725; **Ekinci**, s. 342; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1343; **Gülseven**, s. 51; **Hatemi/Gökyayla**, s. 407; **Kılıçoğlu**, s. 1002; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 173-174; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 565; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 358; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 93.

²⁰⁴ TBK md. 180/I hükmü “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklindedir. **Bilge**, alacaklının zararı ispat etmesi gerektiği yahut borçlunun hiçbir zararın bulunmadığını ispat ederek cezai şartın ödenmesinden kaçınabileceğine ilişkin taraflar arasında kararlaştırılan kayıtların kabul edilemeyeceğini, zira böyle bir anlaşmanın cezai şartın niteliğine uygun düşmeyeceğini dile getirmektedir. **Bilge**, s. 109.

²⁰⁵ **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 173-174; **Bilge**, s. 84; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 84.

sorumluluğunu sınırlamaz²⁰⁶; iş sahibi cezai şart miktarını aşan zararının da tazmini TBK md. 112 uyarınca talep edebilir. Ancak bu durumda kanun koyucu, ispat yükünü tersine çevirmiştir. TBK md. 180/II hükmünden²⁰⁷ hareketle, cezai şartı aşan zarar miktarının talep edilebilmesi için aşan zararın varlığının ve yüklenicinin kusurunun iş sahibi tarafından ispatlanması gerekmektedir²⁰⁸. Böyle bir durumda, yüklenicinin borcu ihlali nedeniyle iş sahibinin meydana gelen zararı, öncelikle cezai şarttan tazmin edilir; aşan kısım ise aşan zararın varlığının ve yüklenicinin kusurunun ispatlanması kaydıyla müddetçe tazminat olarak yükleniciden talep edilir²⁰⁹. Örneğin, borcun ifa edilmemesi halinde 80.000 TL cezai şartın ödeneceği kararlaştırılmış, ancak iş sahibinin gerçek zararının tutarı 100.000 TL ise, iş sahibi hem cezai şart olan 80.000 TL'nin hem de 100.000 TL'nin kendisine ödenmesini isteyemez. Böyle bir durumda, iş sahibi 80.000 TL

²⁰⁶ Çakıroğlu, s. 156 vd.; Eren, Genel Hükümler, s. 1344; Hatemi/Gökyayla, s. 407; Kılıçoğlu, s. 1002; Kocaağa, Ceza Koşulu, s. 304 vd.; Kurt, s. 224; Oğuzman/Öz, C.II, s. 565.

²⁰⁷ TBK md. 180/II hükmü emredici nitelikte olmadığından, taraflar aksini kararlaştırabilecektir. Bu kapsamda, aşan zarar için de iş sahibinin bu zararını ispat yükümlüğünde olmadığı kararlaştırılabilir. Eren, Genel Hükümler, s. 1344.

²⁰⁸ Tunçomağ, Cezai Şart, s.85; Kocaağa, Ceza Koşulu, s.173-174.

²⁰⁹ TBK md. 180 f. 2 hükmü, kanun koyucu tarafından alacaklının, borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğünün düzenlendiği TBK md. 112'ye, yani borçlu aleyhine hükme bağlanmış kusur karinesine bir istisna teşkil etmektedir. Eren, Borçlar Genel, s. 1344; Oğuzman/Öz, C.II, s.566; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Karataş, s. 373-374.

cezaî şart ile birlikte ancak 20.000 TL aşan zararını talep edebilir. Cezayı aşan zarar hesabında cezai şart miktarının zarardan düşülmesi gerekir²¹⁰.

3. Cezai Şarta İlişkin Talep Hakkından Vazgeçilmemiş Olması

Bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı tamamlama borcuna bağlı bir cezai şart öngörüldüyse, borca aykırı davranış nedeniyle iş sahibinin kararlaştırılan cezai şartı isteyebilmesi için bu hakkından feragat etmemesi ya da inşaatı teslim almadan önce cezai şarta ilişkin bir ihtirazı kayıt koymasına gerekmektedir. Başka bir anlatımla, iş sahibi cezai şart talep etme hakkından açıkça vazgeçerse veya herhangi bir çekince ileri sürmeden inşaatın teslimini kabul ederse cezai şart talep edemez²¹¹. İş sahibinin, herhangi bir çekince ileri sürmeden ifayı kabul etmesi durumunda cezai şart talep etme hakkından örtülü olarak vazgeçtiği kabul edilir. İş sahibinin cezai şart talep hakkı olup olmadığı,

²¹⁰ **Karataş**, s. 373. **Kurt**, s.224-225. Yargıtay da gecikme zararlarının ancak cezaî şart miktarını aştığı ölçüde tazmini gerektiği görüşündedir. Yarg. 15. HD., 29.06.2002 T., 1996 E., 3366 K.: “(...) Davada hem cezaî şart alacağı hem de gecikmeden dolayı kira alacağının tahsili istenmiştir. BK 159/II. maddesi uyarınca bu iki talebin birlikte istenebilmesi için alacaklının şart olunan cezadan fazla bir zarara uğraması gerekir. Somut olayda, davacının dava tarihine kadar isteyebileceği kira tazminatı alacağı kararlaştırılan ceza tutarından daha az olduğundan, (...) cezaî şart alacağını aşmadığı halde kira tazminatının da hüküm altına alınması doğru olmamıştır.” **Karataş**, s. 375.

²¹¹ **Çakıroğlu**, s. 110 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 285 vd.; **Kurt** s. 220-221; **Ozanoğlu**, s.110; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 547; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın**, s. 351.

başka bir deyişle cezai şart talep hakkından açıkça yahut zımnen vazgeçip geçmediği hâkim tarafından kendiliğinden gözetilir²¹².

İş sahibi, inşaatın tesliminden önce veya en geç teslim sırasında cezai şart talep etmek istediğini yükleniciye bildirmelidir²¹³. Herhangi bir ihtirazı kayıt koymadan teslimi kabul eden iş sahibinin sonradan cezai şart talep edebilmesi mümkün değildir. Sözleşmede, yüklenicinin yapacağı inşaatın tesliminin iş sahibine yapılacak bildirim ile gerçekleşeceği kararlaştırılmış ise bu durumda, iş sahibinin borca aykırılık sonucu cezai şartı talep edebilmesi için iş tamamlama bildiriminin kendisine ulaşmasıyla birlikte en kısa sürede bu hakkını saklı tuttuğunu yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Peyderpey teslimi gerçekleşen bir inşaat sözleşmesi söz konusu ise, her bir bölümün teslimi için kararlaştırılmış cezaî şart yönünden ihtirazı kayıt, en geç o kısmın teslimi gerçekleşinceye kadar ileri sürülebilir, diğer kısımların da teslim edilmesi aranmaz²¹⁴.

²¹² **Ayan**, s. 201. Bkz. Yarg. 13. HD., 18.02.1993 T., 1993/221 E., 1993//1322 K.: “...borcun yerine getirilmesinin hiçbir ön koşul ileri sürülmeksizin kabul edilmesi de vazgeçme anlamına gelir ki, BK m. 158/II bunu apaçık öngörmektedir. Eş deyişle, hiçbir ön koşul ileri sürmeyen alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkını kaybetmiş olur ki burada ceza koşulundan örtülü (zımnî) bir vazgeçme vardır. (...) Ön koşul ileri sürülmezse, ceza isteme hakkı düşer. Hâkim bu yönü görevi gereği doğrudan gözetir.” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

²¹³ **Ayan**, s. 202; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1342; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.287; **Ozanoğlu**, s.110; **Kurt** s. 221; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 547; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 351.

²¹⁴ **Ayan**, s. 202.

Cezaî şart alacağının saklı tutulduğuna ilişkin beyan, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Önemli olan, iş sahibinin cezayı talep etmek istediğini açık bir şekilde, başka bir anlatımla herhangi bir şüpheyi mahal vermeksizin yükleniciye bildirmiş olmasıdır²¹⁵.

B. Cezai Şartın Muacceliyet Anı ve İşlediği Zaman Dilimi

Cezai şartın ne zaman muaccel hale geleceği konusunda öncelikle taraflar arasındaki cezai şart anlaşmasına bakmak gerekir²¹⁶. Taraflar arasında herhangi bir anlaşma bulunmaması durumunda hangi anın esas alınacağına ilişkin TBK’de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretiye bakıldığında da bu konuda bir görüş birliği olmadığı görülmektedir. Bu konudaki görüş ayrılığı, cezai şartın öngörüldüğü borca aykırılık sebebinin meydana geldiği anda mı yoksa borca aykırılık neticesinde borçluya gönderilecek ihtar ile mi muaccel olacağı noktasında toplanmaktadır. Uygulamada inşaat sözleşmelerinde genellikle, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü için cezai şart kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu kapsamda bu başlık altında, cezai şartın muacceliyet anını, temerrüt durumu için öngörülen cezai şart için değerlendirdiğimizde, tartışma²¹⁷,

²¹⁵ **Ayan**, s. 202; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 294.

²¹⁶ **Bilge**, s. 87; **Çakıroğlu**, s. 107; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 61-62; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 294.

²¹⁷ Bu husustaki tartışma ifası için belirli bir vade belirlenmemiş olan borçlar için söz konusu olup, bir vadeye bağlanmış borçlar açısından herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Belirli vadeli borçlarda, taraflar ayrıca temerrüdün gerçekleşmesini şart koşmuş olsun veya olmasın, cezai şart alacağının muaccel hale gelmesi için asıl borcun kararlaştırılan vadede yerine getirilmemesi yeterlidir. Çünkü TBK md. 117 f.2’de “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka*

yüklenicinin inşaatı belirlenen zamanda teslim etmediği an ile borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi nedeniyle yükleniciye gönderilecek bir ihtar ile temerrüde düşürme anı arasında kalmaktadır ²¹⁸.

Öğretideki bir görüşe göre²¹⁹, cezai şart borca aykırı eylemin gerçekleşmesiyle birlikte, başka bir anlatımla inşaatın sözleşmede kararlaştırılan zamanda teslim edilmemesiyle birlikte muaccel olur. Bu görüşe göre, iş sahibinin yükleniciye ayrı bir ihtar göndererek temerrüde düşürmesi gerekmez. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da bu görüşü benimsediği görülmektedir²²⁰. Öte yandan, bir görüş de²²¹ cezai şartın talep

dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle” borçlunun mütemerrit olacağı yer almıştır. Bununla birlikte ifaya eklenen cezai şart, asıl borcun belirli bir zamanda ve belirli bir yerde ifa edilmemesi halinde ve asıl borçla beraber istenebileceğinden ifaya ekli cezai şart alacağının talep edilebilirliği yönünden herhangi bir tereddüt yoktur. Kocağa, Ceza Koşulu, s.214.

²¹⁸ Çakıroğlu, s. 107; Kurt, s. 222.

²¹⁹ Bilge, s. 89; Cansel/Özel, s. 729; Çakıroğlu, s. 109; Duman, s. 726; Ekinci, s.725 vd.; Erman, Arsa Payı, s. 80; Gülseven, s. 89; Günay, Cezai Şart, s. 105; Hatemi/Gökyayla, s. 407; Kocağa, Ceza Koşulu, s. 216; Oğuzman/Öz, C.II, s.565; Ozanoğlu, s. 106; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 95; Yağcıoğlu, s. 195.

²²⁰ Yarg. 15. HD., 13.03.1996 T., 1996/665 E., 1996/1346 K.: “(...) *gecikmeden dolayı talep edilen cezaî şartın hesabında (...) işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezaî şarta hükmedilmesi icap etmektedir.*” Karataş, s. 363.

²²¹ Ayan, s. 197, dn. 121; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 63; Kurt, s. 222-223; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349; Usta, s. 144. Aral/Ayrancı tarafından,

edilebilmesi için asıl borcun ifa edilmemesi durumunda iş sahibinin temerrüde düşürülmesi gerektiğini belirtir. Kanaatimizce, taraflarca belirli bir vade kararlaştırılmaması durumunda cezai şart alacağının, yüklenicinin asıl borcu ifa etmediği anda talep edilebilir olması gerekir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin temerrüde düşürülmesine gerek bulunmamaktadır. Zira cezai şartın asıl alacağı kuvvetlendirme gayesi vardır. Bu nedenle, cezai şart alacağının talebi için yüklenicinin temerrüde düşürülmesi iş sahibine ayrıca bir yükümlülük yükler.

borçluya ihtar göndermenin faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa yüklenicinin ihtarla gerek olmadan temerrüde düşeceği anlaşılıyorsa temerrüt için ihtarla gerek olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 482.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

I. GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI VE TANIMI

A. Genel Olarak

Götürü tazminat, bilinen İngilizce çevirisiyle “*liquidated damages*”, özellikle uluslararası sözleşmelerde ve inşaat sözleşmelerinde karşımıza sıklıkla çıkan bir kavramdır. Bu kurumun gelişimine bakıldığında, kaynağını Anglo-Amerikan hukukundan aldığı ve “*common law (ortak hukuk)*” adı verilen hukuk sistemlerinde sıklıkla kullanıldığı görülmektedir²²². Bunun nedeni ise Anglo-Amerikan hukuk

²²² Anglo-Amerikan hukuk sistemine bakıldığında, Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenen cezai şart kurumunda olduğu gibi sözleşmenin tam veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, zararı gidermek için belirlenen bir bedelin borçlu tarafından alacaklıya ödenmesine ilişkin kayıtlara sözleşmelerde yer verildiği görülmektedir. Ancak Anglo-Amerikan Hukukunda bu kayıtların, “belirlenmiş tazminat prensibi (*liquidated damages principle*)” kapsamında incelenerek makul bir zarar tahmini içermesi beklenmektedir. Bu kapsamda, tarafların sözleşmeye aykırılık hallerinde hangi zararların ortaya çıkabileceğini öngörüp, bu muhtemel zararın tazminine yönelik yer verdikleri kayıtlar geçerli kabul edilmektedir. Öte yandan, tarafların sözleşmeye aykırılık halinde, ihlalde bulunan tarafı baskı altına almaya çalışan yahut cezalandırmaya çalışan “ceza (*penalty*)” olarak adlandırılan kayıtların da geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafı cezalandırmayı amaçlayan kayıtların kabul edilmesinin, sözleşmenin diğer tarafınca baskı yapma yönünde bir avantaj sağlayacağı; bunun da sözleşme sisteminin temel amacına aykırı olacağı düşünülmektedir. Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s. 354-414.

sisteminin cezai şart düzenlemesini kabul etmemesi, başka bir anlatımla, tazminat talep edilebilmesi için bir zararın meydana gelmiş olmasını aramasıdır²²³. Öte yandan Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise çoğunlukla götürü tazminat kavramının yasal düzenlemelerde yer almadığı; bu kurumun doktrin ve mahkeme kararlarıyla işlendiği görülmektedir. Bu durumun Kıta Avrupası hukuk sisteminde cezai şarta ilişkin uygulamalarının, götürü tazminata nazaran daha fazla uygulama alanı bulmasından kaynaklandığı düşünülmektedir²²⁴.

Türk yasal mevzuatında ise “götürü”²²⁵ kavramına çeşitli kanunlarda²²⁶ yer verilmiş olup; götürü tazminat kavramı ise herhangi bir yasal düzenlemede yer

²²³ **Akkayan Yıldırım**, s. 387 vd.; **Erdem**, s. 97; **Kapancı**, s. 672.

²²⁴ **Birinci Uzun**, s.40; **Erdem**, s. 97; **Parlak Börü**, s. 196.

²²⁵ **Yılmaz**, götürü ifadesini “*işin veya malın ücretinin taraflarca önceden kararlaştırılarak tahmin olunan değere göre belirlenmesi; yapılacak işin veya alınacak malın ayrıntısı ile hesap edilmeyip yuvarlak bir bedele göre yapılması veya alınması.*” olarak tanımlamıştır. Bakınız **Yılmaz**, s.480.

²²⁶ TBK’nin 411. maddesine “*İşçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse işveren, ona yeterli iş vermekle yükümlüdür.*” hükmüyle **götürü iş**; 480. maddesinde “*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.*” hükmüyle **götürü bedel**; 4857 sayılı İş Kanunu’nda “*Parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.*” hükmüyle **götürü çalışma** ifadeleri yer almıştır.

bulmamıştır. Ancak kanunlarda doğrudan götürü tazminat kavramına yer verilmemiş olsa da kanunda düzenlenen bazı durumlar²²⁷ aslında götürü tazminatı işaret etmektedir. Bu doğrultuda kanunlarda yer alan bazı düzenlemeler, doktrin²²⁸ ve mahkeme

²²⁷ Örneğin, TBK m.120’de öngörülmüş olan temerrüt faizinin, hâkim görüş uyarınca kanuni bir götürü tazminat olduğu kabul edilir. “*Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir*”. Burada düzenlenen temerrüt faizi aslında götürü tazminatı işaret etmektedir. Burada, metinde açıkça zikredilmese de kanundan kaynaklanan bir götürü tazminat uygulaması söz konusudur. Sadece tipik götürü tazminattan bir farkı bulunmaktadır. O da temerrüt faizinin talep edilebilmesi için alacaklının zararının ispatına gerek bulunmamasıdır. **Erdem**, s. 99; **Kapancı**, s. 657, dn.4; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.530. Başka bir örnek ise iş hukukunda düzenleme alanı bulunan ihbar tazminatıdır. Gerçekten de süreli fesihte, çalışanın çalışma süresine göre ödenecek ihbar tazminatı miktarı kanunda belirlenmiştir. Bu husus pek çok Yargıtay kararına da konu olmuştur: “*İhbar tazminatının miktarı ‘bildirim süresine ait ücret’ olarak 4857 sayılı Kanun’da belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, kanundan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla TBK md. 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.*” Bkz. Yarg. 9. HD., 09.11.2020 T., 2016/31668 E., 2020/15370 K.; Yarg. 22. HD. 24.06.2019 T. 2016/17110 E., 2019/13901 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

²²⁸ **Birinci Uzun**, s.65 vd.; **Erdem**, s.97-124; **Hatemi/Gökyayla**, s.401-402; **Kapancı**, s.655-683; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 124-144; **Kayinoğlu Özdoğan**, s.165 vd.; **Kılıçoğlu**, s.996-997; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.176 vd.; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.149-157; **Kurt**, s. 228-233; **Nomer**, s. 478-470; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 551-573; **Ozanoğlu**, s. 81-97; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 434-435; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**,

kararlarından²²⁹ tespit edilebileceği üzere götürü tazminat hukuk sistemimizde uygulama alanı bulan bir kurumdur.

İnşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşme ile üstlendiği edimi (asli edim veya yan edim olduğu fark etmeksizin) borca aykırı bir eylem ile ihlal etmesi durumunda, ihlalde bulunan taraf, karşı tarafın zararını tazmin etmek zorundadır. Sözleşmede, taraflar arasında zararın tazminine ilişkin kararlaştırılan bir hüküm olmadığında, TBK md. 51 uyarınca “*hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*”. Ancak bu hüküm emredici

s.428; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 23 vd. *Akkayan Yıldırım* tarafından götürü tazminat ifadesi yerine “belirlenmiş tazminat” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s. 389 vd.

²²⁹ Bkz. Yarg. HGK, 29.03.2022 T., 2021/11-933 E., 2020/389 K.: “*Belirtilen bu hususlarla birlikte, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde, üstlenilen fiilin gerçekleşmemesi hâlinde ödenecek tazminat miktarının taraflarca, sözleşme özgürlüğü kapsamında belirlenmesi de mümkündür. Götürü tazminat olarak adlandırılan bu tür tazminat, asıl borcun ihlâl edilmesi hâlinde tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak kararlaştırılmasını ifade eder. Götürü tazminatın belirlenmesiyle taraflarca, zararın tazmini anlamında ispat yükünden kurtularak sözleşmede hukukî güvenliği tesis amaçlanır. Götürü tazminatın belirlenmesi ile üçüncü kişinin fiilinin ifa edilmemesi durumunda meydana gelen zararın tazmininde, borçlunun sorumluluğunun belirlenmesi yanında ayrıca borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması da söz konusu olur.*” (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com)

nitelikte değildir²³⁰. Yüklenici tarafından borca aykırılık hallerinden biri nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiğini varsayarsak, iş sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilebilmesi için yüklenici tarafından ödenecek tazminatın, sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmede önceden belirlenmesi mümkündür. Tarafların meydana gelecek zararın tazminine ilişkin aralarında anlaşmalarını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. İşte bu noktada taraflar, sözleşmeden kaynaklı ifa menfaatlerini ve zararlarının tazminini güvence altına almak için sözleşmede götürü tazminat kararlaştırabilir²³¹. Bu çalışmada, inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan götürü tazminat kayıtlarının ele alındığını belirtmek isteriz. Çalışmamızda konu götürü tazminat kavramıyla anlatılmakla beraber uygulamada, bu kavram yerine kira tazminatı yahut maktu tazminat ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir.

B. Tanımı

Götürü tazminat hakkında TBK’de özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda, götürü tazminatın kanunlarca belirlenmiş bir tanımı olmayıp, uygulamada

²³⁰ Doktrinde, TBK md. 50 vd. hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı; aksine tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. **Birinci Uzun** s. 63; **Erdem**, s. 98; **Kapancı**, s. 655; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.223.

²³¹ Bahsedildiği üzere, tazminat miktarının belirlenmesi, kural olarak, TBK md. 51 uyarınca hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. TBK md. 51 uyarınca hâkime zarar görenin fiilleri doğrultusunda tazminatı indirme veya tamamen kaldırma yetkisi de tanınmıştır. İşte taraflar aslında, aralarında götürü tazminat anlaşması yaparak hâkimin bu yetkisini bertaraf etmek istemektedir. **Birinci Uzun**, s. 63; **Erdem**, s. 98; **Kapancı**, s. 655; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 176 – 177; **Parlak Börü**, s. 197; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 434-435.

hizmet ettiği amaç göz önünde bulundurularak bir tanıma ulaşılması mümkün olabilir. İnşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yapı eserini inşa ederek teslim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline karşılık, iş sahibinin maruz kalabileceği zararı gidermeye yönelik olarak taraflar ödenecek tazminat miktarını önceden belirleyebilir. İşte, borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini için yüklenici tarafından ödenecek tazminat miktarının önceden taraflarca belirlenmesi götürü tazminattır. Başka bir ifadeyle götürü tazminat, tarafların, sözleşmenin ihlali halinde doğacak zarara yönelik tazminatın miktarını götürü olarak önceden belirledikleri, kendine özgü nitelikte bir anlaşmadır²³².

Yukarıda götürü tazminatın herhangi bir kanunda düzenlenmediğini, ancak kanunda yer alan bazı kurumların aslında götürü tazminatı işaret ettiğini belirtmiştik²³³. Kanunun tazminat ödenmesini öngördüğü bazı durumlarda ise tarafların önceden bir araya gelerek ödenecek tazminatın miktarını tahmini olarak belirlemeleri mümkündür²³⁴. İşte aslında burada taraflar arasında bir götürü tazminat anlaşması yapılmış olur. Örneğin, TBK md. 118’de “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle*

²³² **Birinci Uzun**, s. 66; **Çakıroğlu**, s. 98; **Ekinci**, s. 200; **Erdem**, s.93; **Hatemi/Gökyayla**, s. 365; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 125; **Kapancı**, s.656-657; **Kaymoğlu/Özdoğan**, s. 167; **Kılıçoğlu**, s. 996; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.53; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.150; **Kurt**, s.229; **Nomer**, s. 478; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 549; **Ozanoğlu**, s. 84; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, S. 222; **Parlak Börü**, s. 197; **Tunçomağ**, Borçlar, S. 861; **Yağcıoğlu**, s. 75.

²³³ Bkz. Üçüncü Bölüm, I., A., dn. 225.

²³⁴ **Birinci Uzun**, s.60-63; **Kapancı**, s.665; **Ozanoğlu**, s. 93.

yükümlüdür” hükmü yer almaktadır. Bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı sözleşmede kararlaştırılan vadede tamamlamadığını varsayalım. Bu durumda yüklenici, TBK md. 118’de açıkça düzenlendiği üzere “*temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmediği müddetçe*” iş sahibinin zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Taraflar, iş sahibinin zararını²³⁵ ve ödenecek tazminat miktarını TBK md. 50 ve md.51 uyarınca hâkimin belirlemesine gerek kalmadan, sözleşme kurulurken bir araya gelip, önceden belirleyebilir. İşte bu noktada, aslında taraflar bir götürü tazminat anlaşması yapmış olur. Buradan hareketle, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin gecikme tazminatı altında talep edebileceği kira tazminatları, taraflarca önceden²³⁶ kararlaştırılmış ise götürü

²³⁵ Yüklenicinin temerrüdü durumunda iş sahibinin TBK md. 118 kapsamında gecikme tazminatı olarak tazminini talep edebileceği zararları, fiili zarar ve yoksun kaldığı kazanç olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Fiili zararlara, iş sahibinin gecikmeden dolayı üçüncü kişilere yapmak zorunda olduğu ödemeler örnek gösterilebilir. Yoksun kalınan kazançlar ise yüklenici, edimini zamanında ifa etmiş olsaydı iş sahibinin elde edeceği menfaatlerdir. İnşaat sözleşmelerinde yoksun kalınan kazanç, genellikle mahrum kalınan kira bedelleri (iş sahibinin inşaatın teslim almasından sonra yapıdan/binadan elde edeceği kira gelirleri) olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahrum kalınan bu kira alacaklarının yükleniciden talep edilmesi durumunda “kira tazminatı” söz konusu olur. **Antalya**, s. 566; **Ayan**, s. 203-204; **Kurt**, s. 210-211; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 137; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s. 134.

²³⁶ Tazminatın zarar doğduktan sonra belirlenmesi durumunda taraflar arasında götürü tazminat anlaşması söz konusu olmaz. Bkz. **Erdem**, s. 90; **Kapancı**, s. 656, dn.2.

tazminattır²³⁷. Yargıtay'ın da kira tazminatlarını götürü tazminat olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur²³⁸.

Götürü tazminat kayıtlarına, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri olmak üzere inşaat sözleşmelerinde sıklıkla yer verildiği görülmektedir. Gerçekten de uygulamada, yüklenicinin binayı inşa ederek teslim etmesinde geciktiği her ay/hafta/gün için, arsa sahibinin birtakım kira kazançlarından yoksun kalması söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, iş sahibinin bu yönde oluşan zararlarının giderilmesi

²³⁷ **Birinci Uzun**, s. 66; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.187; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s. 154; **Kurt**, s. 232; **Usta**, s. 178 vd.

²³⁸ Bkz. Yarg. 15. HD. 28.05.1998 T., 1998/1797 E., 1998/2279 K.: “*Dava, istisna (eser) sözleşmesine dayalı kira kaybı alacağına ilişkindir. 11.3.1991 tarihli "Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Satış Vaadi Akdi ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi"nin 1. maddesinde; bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskân raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL'den toplam 3.600.000-TL. aylık kira bedeli ödeneceği, taraflarca kararlaştırılmıştır. Davanın açıldığı 11.3.1997 tarihine kadar İnşaatın teslim edilmediği uyuşmazlık konusu değildir. Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000.-TL. ise, ifaya ekli cezai şart olmayıp, kira (gecikme tazminatı)dır. Bu kira, maktu olarak tespit edilmiş olup, daireler teslim edilene kadar arttırma (uyarlama) yapılmadan ödenecek demektir. Yani, davacının aylık kira geliri kaybı, bu miktarın üzerinde olsa dahi, daire başına aylık 400.000-TL'nden fazlasını talep etme hakkı yoktur” (E.T.:08.12.2022, www.kazanci.com). Bkz. YHGK., 16.04.1986 T., 1984/13730 E., 1986/416 K.; YHGK., 17.02.1971, 1505-85 K.; Yarg. 14. HD, 18.06.2008 T., 2008/2637 E., 2008/8031 K.*

için sözleşmede arsa sahibine ödenmek üzere belirli bir bedelin kararlaştırıldığı görülmektedir²³⁹.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tek Tarafa Borç Yükleyen Bir İlişki Doğurması

Bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede tamamlama ve iş sahibine teslim etme borcuna aykırılığın götürü tazminata bağlandığını varsaydığımızda, yüklenicinin inşaatı zamanında teslim etmemesi durumunda yüklenici, iş sahibinin bundan kaynaklı zararlarını tazmin etmek için kararlaştırılan götürü tazminatı yükümlü iken; götürü tazminat alacaklısı iş sahibinin, bunun karşılığında yerine getireceği herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Götürü tazminat sadece, bağlandığı edim yükümlüğünü ihlal eden taraf için bir yükümlülük öngörür. Burada, tek tarafa borç yükleyen bir ilişki söz konusudur²⁴⁰.

B. Kendine Özgü (*Sui Generis*) Olması

Götürü tazminatın ne TBK ne de mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlendiğini dile getirmiştik. Götürü tazminata ilişkin hususlar, doktrin ve mahkeme

²³⁹ Dayınlarlı, s. 39 vd.; Ozanoğlu, s. 76; Karataş, s. 509 – 520.; Usta s. 180 vd.

²⁴⁰ Birinci Uzun s. 87-88; Kapancı, s. 658; Öcal Apaydın/İnce Akman, s. 224; Parlak Börü, s. 202 – 203; Tekelioğlu, s. 178.

kararlarıyla şekillendiğinden, götürü tazminat anlaşmasının²⁴¹ kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu söylenebilecektir²⁴².

C. Götürü Tazminatın Asıl Borca Bağlı Olması

Götürü tazminat, asıl borca bağlıdır²⁴³. Cezai şartta olduğu gibi götürü tazminatın asıl borca bağlı olmasının nedeni, götürü tazminatın asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkmasıdır. Başka bir anlatımla götürü tazminat, asıl borcun ihlal sonucunda ortaya çıkan tazminat borcunu konu edindiğinden asıl alacağa bağlıdır. Bu kapsamda, asıl borcun geçersiz olması veya kesin hükümsüz olması²⁴⁴, ifa edilmesi, zamanaşımına uğraması, ibra, takas, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık gibi sebeplerle

²⁴¹ Alacaklının ifa menfaatini, borçlu üzerinde baskı yaratarak teminat altına almaya ve ihlal edilmesi halinde doğan zararın tazminine yardımcı olan TBK’de düzenlenmiş cezai şart kurumunun yanında, tarafların amacının, sadece, tazminatın miktarını baştan belirlemekten ibaret olduğu götürü tazminat sözleşmesi, sui generis nitelikte bir sözleşme olup, taraflar ileride doğması muhtemel tazminat miktarını belirleyerek, alacaklının hakkını elde etmesini kolaylaştırmaktadır. **Erdem**, s.109.

²⁴² **Birinci Uzun**, s. 90; **Erdem**, s.100, 109; **Kapancı**, s. 656-657; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 125-126; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 167; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 224; **Parlak Börü**, s. 203; **Tekelioğlu**, s. 178; **Yağcıoğlu**, s. 76.

²⁴³ **Birinci Uzun**, s. 90-99; **Çakıroğlu**, s. 98; **Erdem**, s.100; **Kapancı**, s.661; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 224; **Parlak Börü**, s.204; **Tekelioğlu**, s. 178.

²⁴⁴ Asıl borcun geçersiz olması nedeniyle götürü tazminatın da geçersiz olmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Birinci Uzun**, s.255 vd.

sona ermesi²⁴⁵ durumunda, istisnai bir durum söz konusu olmadıkça götürü tazminat da sona erer²⁴⁶. Ancak her asıl borcun sona ermesi durumu, götürü tazminatın sona erme sonucunu doğurmaz. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde, sözleşmede yapının inşa edilerek teslim edilmesi için bir vade belirlenmiş ve bu vadede teslim edilmemesi durumunda iş sahibinin zararının, yüklenici tarafından belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde bir götürü tazminat ödenerek karşılanması kararlaştırılmışsa, yüklenicinin yapıyı geç teslim ederek borcunu ifa etmesi, götürü tazminat ödeme yükümlüğünü ortadan kaldırmaz. Çünkü, götürü tazminatın talep edilebilmesi için tazminat sorumluluğunun koşulları gerçekleşmiştir²⁴⁷.

Kural olarak, alacaklının asıl sözleşmeden dönmesi sonucunda menfi zararlar için götürü tazminat talep edilemez. Zira dönme sonucunda asıl sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için fer'ilik ilişkisi gereği götürü tazminat da baştan itibaren ortadan kalkar. Ancak sözleşme serbestisi gereği taraflarca sözleşmeden dönme halinde de menfi zararlar için götürü tazminat istenebileceği taraflarca kararlaştırılabilir²⁴⁸. Öte yandan doktrinde, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde menfi zararlar için sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminatın talep edilebileceğini savunan

²⁴⁵ Asıl borcun sayılan sebeplerle sona ermesi sonucunda götürü tazminatın da sona ermesi TBK md. 131 f.1 hükmünün zorunlu bir sonucudur. Detaylı açıklamalar için bkz.

Birinci Uzun, s. 98 vd.

²⁴⁶ **Birinci Uzun**, s. 91; **Erdem**, s.101; **Kapancı**, s. 661-662. **Parlak Börü**, s. 204-205.

²⁴⁷ **Birinci Uzun**, s. 99; **Erdem**, s. 101; **Kapancı**, s. 662.

²⁴⁸ **Birinci Uzun**, s. 119-120; **Oğuzman/Öz**, C.II s. 532; **Parlak Börü**, s. 205.

görüşler de bulunmaktadır²⁴⁹. Kanaatimizce tıpkı cezai şartta olduğu gibi sözleşmeden dönülmesi halinde bütün hükümler geçmişe etkili ortadan kalkacağı için götürü tazminatın asıl borca bağlı olması gereği götürü tazminatın da hükmünü kaybetmesi gerekir.

Asıl sözleşmenin feshinde ise borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kalkar. Eğer asıl sözleşmenin feshinden önce borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda götürü tazminat muaccel hale gelmiş ise alacaklı, fesihten sonra da götürü tazminatı talep edebilir²⁵⁰.

Götürü tazminat, sözleşmede yer alan bir madde ile kararlaştırılabileceği gibi asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilecektir. Şekil serbestisi gereğince kural olarak götürü tazminat için herhangi bir geçerlilik şekil şartı öngörülmemiştir. .

²⁴⁹ **Erdem**, borçlu temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesi halinde, dönme beyanında bulunulana kadar, sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminatın asıl borca bağlılığının devam ettiğini, dönme beyanı ile birlikte asıl sözleşmenin götürü tazminata ilişkin hükümleri dışında ortadan kalkacağını, bu durumun borçlunun temerrüdüne özel olduğunu belirtir. Bkz. **Erdem**, s.101. **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 224. Bkz. Öte yandan **Kapancı**, dönme sonucunda menfi zararlar için götürü tazminatın istenip istenemeyeceği hususunu, sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarına ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler kapsamında incelemiştir. Kapancı, dönme sonucunda sözleşmenin ortadan kalkmayıp değiştiğini belirterek götürü tazminatın geçerliliğinin herhangi bir şekilde etkilenmeyeceğini belirtmiştir. Götürü tazminatın bu görüşler çerçevesinde ele alınmasına ilişkin olarak bkz. **Kapancı**, s. 662-664.

²⁵⁰ **Birinci Uzun**, s. 99.

Ancak, asıl sözleşmenin geçerliliğinin yazılı veya resmi şekil şartına tabi olması²⁵¹ veya taraflarca sözleşme için iradi bir şekil şartı kararlaştırılması durumunda götürü tazminat anlaşmasının da bu şekil şartına uygun yapılması gerekir. Aksi takdirde fer'ilik ilkesi doğrultusunda götürü tazminat geçersiz olur²⁵².

Götürü tazminat, geciktirici/erteleyici şarta bağlı bir borçtur. Zira, götürü tazminatın öngörüldüğü ifa etmeme halinin gerçekleşmesi halinde alacaklı kararlaştırılmış olan tazminatı talep edebilir²⁵³.

Götürü tazminat, muaccel olana kadar asıl borca bağlıdır. Götürü tazminatın muaccel hale gelmesinden sonra asıl borcun sona ermesi, götürü tazminatın sona ermesi sonucunu doğurmaz; zira götürü tazminat talep edilebilir hale geldikten sonra bağımsız bir nitelik kazanmıştır²⁵⁴. Götürü tazminatın talep edilebilir hale gelmesinden önce, başka

²⁵¹ Örneğin, taşınmaz satışı, TBK md. 237 f.1, TMK md.706 f.1, Tapu Kanunu md.26 uyarınca resmi şekil şartına tabidir. O halde, taşınmaz satışıyla ilgili götürü tazminat anlaşması da resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Aynı şekilde, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabidir (TBK md.444). Buna göre rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde devreye girecek bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. **Birinci Uzun**, s. 85.

²⁵² **Birinci Uzun**, s. 91; **Erdem**, s. 100, 102; **Kapancı**, s.657, 662; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 224; **Parlak Börü**, s. 204.

²⁵³ **Erdem**, s.101; **Kapancı**, s.665; **Parlak Börü**, s. 207-208.

²⁵⁴ Borca aykırılığın gerçekleşmesiyle birlikte götürü tazminat edimi için TBK md.146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. **Erdem**, s. 101; **Kapancı**, s.662; **Parlak Börü**, s.205. Zamanaşımı süresine ilişkin aksi görüş için bkz. **Birinci Uzun**, s.

bir deyişle, götürü tazminatı konu edinen borca aykırılık sebebinin meydana gelmeden asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde götürü tazminat da zamanaşımına uğrar²⁵⁵.

III. AMAÇLARI

Götürü tazminat, sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi durumunda iş sahibine ödenecek tazminatın miktarının taraflarca önceden belirlenmesidir²⁵⁶. Taraflar götürü tazminat anlaşmasıyla olası bir ihlal durumunda, alacaklının meydana gelmesi beklenen tipik zararını tespit etmiş olur²⁵⁷. Böylelikle götürü tazminat, sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi durumunda, iş sahibinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesini amaç edinir²⁵⁸.

Götürü tazminat ile sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelmesi beklenen tipik zarar tespit edildiğinden, iş sahibi zararın miktarını ispat yükümlülüğünden kurtulur ve ödenecek tazminatın miktarı belirlenmiş olur²⁵⁹. Ayrıca götürü tazminat anlaşmasıyla zararın belirlenen miktarda olmadığına ispat yükü artık yüklenicide olduğundan, iş

99. Birinci Uzun, ise götürü tazminatın zamanaşımı süresinin asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi olduğunu savunur. Kanaatimizce götürü tazminat talep edilebilir hale geldikten sonra bağımsız nitelik kazandığı için 10 yıllık zamanaşımı işlemelidir.

²⁵⁵ **Birinci Uzun**, s.91.

²⁵⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, I., B.

²⁵⁷ **Birinci Uzun**, s. 101; **Kapancı**, s. 665; **Ozanoğlu**, s. 93; **Parlak Börü**, s.207.

²⁵⁸ **Birinci Uzun**, s. 101-104; **Erdem**, s. 102; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150; **Parlak Börü**, s.207; **Benjamin**, s.602.

²⁵⁹ **Birinci Uzun**, s. 101-104; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 176-177; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150.

sahibine kolaylık sağlanmış olur²⁶⁰. İş sahibi yüklenici ile yapacağı bir götürü tazminat anlaşması ile herhangi bir borca aykırılık durumunda yükleniciden talep edebileceği tazminat miktarını baştan bilerek kendini hukuki güvenlik içinde hisseder²⁶¹.

Öte yandan, taraflarca götürü tazminat kararlaştırılması, yüklenici lehine de sonuçlar doğurur. Zira, yüklenici olası bir ihlal durumunda hangi sonuçlarla karşılaşacağını sözleşme başlangıcında bilir. Bu itibarla, tazminat başlangıçtan götürü olarak kararlaştırılması, her iki tarafın da risklerinin tespitine yardımcı olur²⁶².

IV. GÖTÜRÜ TAZMİNAT TÜRLERİ

Sözleşme serbestisi kapsamında, taraflar arasındaki götürü tazminat anlaşmaları, farklı türlerde kararlaştırılabilir. Götürü tazminatı, mutlak, nispi ve kısmen götürü tazminat olarak üçlü bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bu ayrım, tarafların götürü

²⁶⁰ **Erdem**, s. 102; **Kapancı**, s. 656, 665 – 666; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.177; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150, 153; **Birinci Uzun**, s.101; **Börü**, s. 207.

²⁶¹ **Erdem**, s. 102. Taraflar aralarında götürü tazminat anlaşması yaparken, götürü tazminatın bağlı olduğu asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışır. Böylece taraflar, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, gündeme gelebilecek hukuki sonuçlar ile ilgili olarak belirsizliği bertaraf ederek, belirli bir miktar üzerinde anlaşmış olmakla her iki tarafı için de en azından net ve şeffaf bir düzenlenme elde etmiş olur. Ayrıca götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, olası bir uyuşmazlık durumunda söz konusu olabilecek yargılama masraflarını da en aza indirmiş olurlar. **Birinci Uzun**, s. 106, **Kapancı**, s. 666; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.227; **Parlak Börü**, s. 207.

²⁶² **Birinci Uzun**, s. 225; **Ozanoğlu**, s. 85; **Kurt**, s.229.

tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının bulunup bulunmadığına göre yapılmaktadır²⁶³.

A. Mutlak Götürü Tazminat

Götürü tazminat anlaşmasının bu türüyle taraflar, götürü tazminat edimini mutlak şekilde ve tek bir değer üzerinden kararlaştırır. Bu şekilde, borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda alacaklının zararları için talep edebileceği götürü tazminat miktarı, mutlak götürü tazminat anlaşmasıyla kesin bir şekilde belirlenmiş olur. Başka bir anlatımla, borçlu tarafından alacaklıya ödenecek tazminat miktarı hem asgari hem de azami yönden sınırlandırılmış olur. Bu durum şu anlama gelmektedir: Alacaklının zararının miktarının, taraflarca mutabık kalınan mutlak götürü tazminat miktarını aşması halinde, aşan kısım alacaklı tarafından talep edilemeyecektir. Aynı şekilde, alacaklının meydana gelen zararı, götürü tazminat miktarının altında kalması durumunda, tazminat miktarının indirilmesi de söz konusu olmayacaktır²⁶⁴.

B. Nispi Götürü Tazminat

Sözleşmenin ihlali sonucunda alacaklının ortaya çıkan gerçek zararının, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat miktarından farklı olması söz konusu olabilir. Bu durumda, taraflara gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etme imkânı sunan anlaşmalar, nispi götürü tazminat anlaşmalarıdır. Bu kapsamda

²⁶³ **Birinci Uzun**, s. 110-119; **Kapancı**, s. 667-671; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.228-230; **Parlak Börü**, s. 210-217.

²⁶⁴ **Birinci Uzun**, s. 118; **Kapancı**, s. 667-669; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.228; **Parlak Börü**, s. 216-217.

borçlu, borca aykırılık sonucunda ortaya çıkan zararın sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha az olduğunu, alacaklı ise gerçek zararının daha fazla olduğunu ispat ederek sözleşmede kararlaştırılardan farklı bir tazminat miktarını ödeme / talep etme imkanına sahip olur²⁶⁵. Nispi götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar akdi bir karine oluşturmuş olur²⁶⁶.

C. Kısmen Nispi Götürü Tazminat

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasıyla tazminat miktarının azami veya asgari sınırı belirlenir. Bu kapsamda, nispi götürü tazminat anlaşmalarından farklı olarak taraflardan birine götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânı tanınır. Bu anlaşması, asgari götürü tazminat anlaşması ve azami götürü tazminat olarak ikiye ayrılır²⁶⁷.

1. Azami Nispi Götürü Tazminat

Tarafların sözleşmede tazminatın üst (azami) sınırı kararlaştırılmaları durumunda azami götürü tazminat söz konusudur. Azami götürü tazminat sonucunda, borç ihlali nedeniyle alacaklının meydana gelen zararı, sözleşmede götürü olarak kararlaştırılan miktardan az olursa borçlu zarar miktarını ispatlayarak üst sınırın altında tazminat ödeyebilir. Bu imkân, azami nispi götürü tazminat anlaşmasıyla sadece borçluya

²⁶⁵ **Birinci Uzun**, s. 111; **Kapancı**, s. 667-671; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 550; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.228; **Parlak Börü**, s. 211-213.

²⁶⁶ **Birinci Uzun**, s. 112; **Kapancı**, s. 669.

²⁶⁷ **Birinci Uzun**, s. 114-115; **Kapancı**, s. 663; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 550; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.229, **Parlak Börü**, s.213.

tanınmıştır. Alacaklı tarafından gerçekte meydana gelen zararın azami miktarın üzerinde olduğunun ispat edilmesi suretiyle kararlaştırılan tazminatın üstündeki miktar talep edilemez²⁶⁸.

2. Asgari Götürü Tazminat

Tarafların sözleşmede tazminatın alt (asgari) sınırı kararlaştırılmaları durumunda asgari götürü tazminat söz konusudur. Bunun sonucunda, borç ihlali nedeniyle alacaklının meydana gelen zararı, sözleşmede götürü olarak kararlaştırılan miktardan daha fazla olursa alacaklı aşan zararını ispatlayarak kendisine daha fazla tazminat ödenmesini talep edebilir. Bu imkân, asgari nispi götürü tazminat anlaşmasıyla sadece alacaklıya tanınmıştır. Alacaklı tarafından gerçekte meydana gelen zararın azami miktarın üzerinde olduğunun ispat edilmesi suretiyle kararlaştırılan tazminatın üstündeki miktar talep edilemez²⁶⁹.

V. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAYITLARI

A. Götürü Tazminatın Geçerlilik Koşulları

Götürü tazminattan bahsedebilmek için götürü tazminatın bağlı olduğu asıl borcu konu edinen geçerli bir sözleşmenin bulunması, götürü tazminat olarak kararlaştırılan bir

²⁶⁸ **Birinci Uzun**, s. 115; **Kapancı**, s. 670-671; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.230, **Parlak Börü**, s.215-216.

²⁶⁹ **Birinci Uzun**, s. 116 vd.; **Kapancı**, s. 670-671; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.230, **Parlak Börü**, s.215-216.

ediminin bulunması ve taraflar arasından bu yönde bir anlaşma olması (götürü tazminat anlaşması) gerekir²⁷⁰.

1. Geçerli Bir Sözleşmenin Varlığı

Taraflar arasında geçerli bir inşaat sözleşmesinden doğan geçerli bir borcun varlığı gerekir²⁷¹. Başka bir anlatımla, götürü tazminat, sözleşme ile üstenilen edimlerin ihlali için kararlaştırılan bir tazminat türüdür. Bu kapsamda, haksız fiil gibi sözleşme dışı borç ilişkilerinde götürü tazminatın kararlaştırılması söz konusu olamaz²⁷².

Götürü tazminat, sözleşmeden kaynaklı edim yükümlülükleri için kararlaştırılabileceği gibi yan edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri için de kararlaştırılabilir. Götürü tazminat anlaşması, sözleşmede kararlaştırılan bütün yükümlülüklerle bağlanabileceği gibi, birkaçı veya o yükümlülüklerden sadece birinin ihlali için de kararlaştırılmış olabilir. Bu kapsamda götürü tazminatın talep edilebilmesi için ihlali sonucunda götürü tazminat öngörülen edim yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesi önem teşkil etmektedir. Yüklenici tarafından ihlal edilen yükümlülük, götürü tazminatın bağlandığı yükümlülük ise götürü tazminat talep edilebilir. Diğer taraftan, borçlu tarafından ihlal edilen bu yükümlülük, götürü tazminatın kararlaştırıldığı asıl borç değil ise, bu ihlalden doğan zarar için kararlaştırılan götürü tazminat talep edilemez. Tarafların sözleşmeden kaynaklı hangi borç için götürü tazminat

²⁷⁰ **Birinci Uzun**, s. 68-69; **Kapancı**, s. 658; **Parlak Börü**, s. 199 – 201.

²⁷¹ **Birinci Uzun** s. 69; **Erdem**, s.98; **Kapancı**, s.658; **Parlak Börü**, s.199.

²⁷² **Birinci Uzun**, s. 69; **Ozanoğlu**, s. 78; **Parlak Börü**, s.199.

kararlaştırdıklarının tespit edilememesi durumunda, güven prensibi çerçevesinde tarafların iradeleri yorumlanır²⁷³.

2. Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması

a. Genel Olarak

Götürü tazminatın bir diğerk unsuru ise, borçlunun ihlali sonucunda alacaklının zararını gidermek için ödenecek tazminatın belirli veya belirlenebilir şekilde sözleşmede kararlařtırılmasıdır²⁷⁴. Bu doğrultuda, ihlal durumunda alacaklının zararının giderileceğine yönelik muğlak ifadeler, götürü tazminat anlaşmasına işaret etmez. Böyle bir durumda, tazminat baştan götürü olarak belirlenmediğı için zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesinde, TBK md. 50 ve devamı hükümleri uygulanır. Bu hüküm, TBK md. 114 f. 2 ile bağlantılıdır. Sözleşmede, tazminatın belirli veya en azından belirlenebilir olarak karşılaştırılması durumunda, iş sahibi tarafından kararlaştırılan götürü tazminat ediminin ifa edilmesi talebi mümkün olacaktır²⁷⁵.

²⁷³ **Erdem**, s.101; **Birinci Uzun** s.71; **Parlak Börü**, s.199.

²⁷⁴ **Birinci Uzun**, s. 71-72.

²⁷⁵ **Birinci Uzun**, s.72; **Parlak Börü**. s.201. TBK md.114'te, borçların ifa edilmemesine ilişkin olarak sorumluluğun ve tazminat borcunun genel kapsamı düzenlemekle birlikte, ikinci fıkrasında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, taraflarca zararın miktarının ortaya konulamaması yahut zarar tutarında mutabık kalınamaması durumunda geçerlilik bulan, TBK md. 50/2 uyarınca hâkimin zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yetkisi, sözleşmeler için de uygulama alanı bulacaktır. **Birinci Uzun**, s.72.

Götürü tazminat ediminin taraflarca sözleşmede belirli bir şekilde kararlaştırılması kuraldır. Bu belirleme, taraflarca sözleşmede üstlenilen inşaatın kapsamı göz önünde bulundurularak, borca aykırılık olması durumunda iş sahibinin uğrayacağı muhtemel zarar üzerinden yapılır. Ancak taraflar bunun yerine, götürü tazminatın belirlenmesinde nasıl bir yöntem izleneceğini de kararlaştırmış olabilir, yeter ki tarafların götürü tazminat konusunda anlaşmalarına dair bir şüphe bulunmasın²⁷⁶. Bu halde, götürü tazminat edimi, dolaylı olarak belirlenmiş olur. Örneğin taraflar, götürü tazminat ediminin tespitini üçüncü bir kişiye yahut bir uzman heyetine bırakabilir. Bu durumda belirlenen üçüncü taraf, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen muhtemel zararı tespit eder. Bu hallerde de tespit edilecek meblağ, taraflar bakımından götürü tazminat olarak bağlayıcıdır²⁷⁷.

b. Götürü Tazminat Ediminin Konusu, Türü ve Ödenme Şekli

Uygulamada genellikle, sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi durumunda, iş sahibine götürü tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesinin kararlaştırıldığı görülmektedir²⁷⁸. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, tarafların götürü

²⁷⁶ Bir önceki paragrafta belirtildiği şekilde, “*Borcun hiç veya gereği ifa edilmemesi halinde, borçlu alacaklının uğradığı zararı tazmin eder*” şeklindeki bir sözleşme hükmü, götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilmez. Zira böyle bir sözleşme hükmü, ödenecek tazminat ediminin miktarı, türü veya ödenme biçimi bakımından belirleyici hiçbir bilgi içermemektedir. Başka bir deyişle, götürü tazminat edimi belirli olmadığı gibi belirlenebilir de değildir. Böyle bir sözleşme hükmü, taraflar arasında sadece bir sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olmadığına işaret edebilir. **Birinci Uzun**, s.72.

²⁷⁷ **Birinci Uzun**, s.72-73.

²⁷⁸ **Birinci Uzun** s.75; **Erdem**, s.105; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 225.

tazminatın türünü, örneğin nakden²⁷⁹ veya aynen²⁸⁰ şeklinde ve ödenme biçimini, örneğin sermaye (*bir defada toptan*) veya irat²⁸¹ şeklinde (*dönemsel olarak*) kararlaştırmaları da mümkündür²⁸².

²⁷⁹ Zararın nakden tazmin edilmesinin tercih edilmesi durumunda borçlu, alacaklıya belirli bir miktar para öder. Bu halde, borçlu tarafından sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri ihlal edilmeseydi, alacaklının malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum yeniden kurulmuş olur. Detaylı açıklama için bakınız: **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 255; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.112; **Eren**, Borçlar Genel, s.775.

²⁸⁰ Aynen tazmin durumunda ise ya ihlal edilen hak iade edilir ya da ihlal edilen hukukî değere denk bir durum yeniden kurulur. Böylelikle alacaklının ihlalden önceki malvarlığı sağlanmış olur. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırılan projeye uygun inşaat meydana getirilmediğinde, yüklenicinin ayıpları gidererek sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde inşaatı teslim etmesi aynen tazmin durumuna örnektir. Aynen tazmin ile ilgili genel ifadeler için bakınız: **Eren**, Borçlar Genel, s.774; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.113; **Tandoğan**, Mesuliyet, s.253.

²⁸¹ TBK'nin 51/2 maddesinde “*Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır. Bu fıkra uyarınca, taraflarca götürü tazminat ediminin irat şeklinde ödenmesine karar verilmiş olması halinde de tazminat borçlusunun teminat göstermekle yükümlü olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir. Ancak götürü tazminat kurumunun; hâkimin taraflar arasındaki sözleşmeye müdahalesini önleme ve tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında zarar halinde ödenecek tazminatın kapsamını ve ödeme şeklini diledikleri gibi belirleme işlevleri göz önünde bulundurulduğunda, borçludan teminat istemenin götürü tazminatın işlevlerine uygun düşmeyeceğini söylemek mümkündür. Ancak pek tabi sözleşme

c. Götürü Tazminat Ediminin Sınırı

Götürü tazminatın amaçlarından biri sözleşmeden beklenen ifa menfaatinin ihlal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın telafi edilmesidir. Bu sebeple, götürü tazminat ediminin miktarı belirlenirken, iş sahibinin beklediği ifa menfaatinin yerine getirilmemesi nedeniyle uğrayacağı tipik zararının miktarı dikkate alınır. Başka bir anlatımla, götürü tazminat kararlaştırılırken taraflarca zarar, doğmadan önce tahmini olarak baştan belirlenir. Öğretide, götürü tazminat miktarının, ihlal sonucunda meydana gelmesi beklenen zarara ilişkin “*makul bir tahmin*” ile sınırlı olduğu düşüncesi hâkimdir. Taraflarca kayıt altına alınan götürü tazminatın, makul bir zarar tahmini olup olmadığı, götürü tazminata karar verilen an, piyasa ve pazar koşulları, tarafların içinde bulundukları durum ve beklediği menfaatler, zarar ile tazminat arasındaki orantı vb. kriterler dikkate alınarak belirlenir. Sonuç olarak, belirlenen götürü tazminat miktarı, yüklenici tarafından sözleşmeye aykırı davranılması durumunda iş sahibinin doğması beklenen zararına ilişkin makul bir tahmin ile sınırlıdır²⁸³.

özgürlüğü kapsamında, irat şeklinde kararlaştırılan götürü tazminat durumunda alacaklının teminat talep etmesi ve borçlunun da bunu kabul etmesi mümkündür.

²⁸² **Birinci Uzun**, 74-75; **Tekelioğlu**, s. 177.

²⁸³ **Akkayan Yıldırım**, s.393; **Atamer**, s. 110; **Birinci Uzun**, s. 76-77; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.154; **Erdem**, s.123; **Ozanoğlu**, s.88; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 225-226; **Parlak Börü**, s. 200. Larenz’e göre, bir götürü tazminattan bahsedebilmek için, kararlaştırılan meblağın, ortaya çıkan zarara oranla önemli ölçüde yüksek olmaması gerekir; aksi takdirde, ortada yalnızca götürü bir tutar söz konusu olur; götürü tazminat değil. Bkz. **Larenz**, s.384 (**Kocağa**, Götürü Tazminat, s.154’ten naklen).

3. Tarafların Anlaşması (Götürü Tazminat Anlaşması)

Götürü tazminatın bir diğer unsuru ise tarafların bu yönde anlaşmış olmalarıdır²⁸⁴. Götürü tazminat edimi, genellikle yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü gibi borca aykırılık hallerinden biri için kararlaştırılır. Ancak bazı hallerde, götürü tazminatın bağlandığı borca aykırılık hali bir diğer borca aykırılık halinin doğurduğu sonuçla aynı olabilir yahut taraflar götürü tazminatın bağlandığı borca aykırılık halini açıkça belirtmeyebilir. Bu durumda, götürü tazminat anlaşmasına ilişkin taraf iradelerinin tamamlanması ve yorumlanması gerekir²⁸⁵. Örneğin bir inşaatın geç teslimi durumunda, ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat edimi, somut olayın durumuna göre inşaatın sözleşmede kararlaştırılan projeye uygun olarak yapılmaması durumunda da ödenebilir.

Yine sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, götürü tazminat anlaşması, inşaat sözleşmesinin kurulması esnasında sözleşmeye bir hüküm olarak eklenebileceği gibi, taraflar arasında ayrıca da bir götürü tazminat anlaşması yapılabilir²⁸⁶. Burada önemli olan, tarafların zarar meydana gelmeden önce götürü tazminat hakkında mutabık kalmış

²⁸⁴ **Birinci Uzun**, s. 81; **Erdem**, s. 98; **Kapancı**, s. 657. Götürü tazminat anlaşması haricinde, götürü tazminatın ödenmesine ilişkin kanunda birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, para borçlarının temerrüdünde temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olur. TBK md. 88 ve md. 120’de uygulanacak faiz ve temerrüt faiz oranının sözleşmede taraflarca belirlenebileceği öngörülmüştür. Ancak götürü tazminattan şöyle bir farkı vardır: Bu maddelerde kararlaştırılan faizin talep edilebilmesi için zararın varlığının ispat edilmesine gerek bulunmamaktadır. **Erdem**, s. 100; **Kapancı**, s. 657.

²⁸⁵ **Birinci Uzun** s. 82; **Erdem**, s. 102 – 103; **Kapancı**, s. 657; **Parlak Börü**, s. 201.

²⁸⁶ **Birinci Uzun**, s. 85; **Erdem**, s. 102; **Kapancı**, s. 657; **Parlak Börü**, s. 204; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224.

olmalarıdır. Zarar meydana geldikten sonra tarafların tazminat miktarı hususunda aralarında yaptıkları anlaşma, götürü tazminat anlaşması değil; uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenme şeklini oluşturur²⁸⁷.

B. Şekli

TBK. md.12’de düzenlenen şekil serbestisi ilkesi kapsamında, kural olarak götürü tazminat anlaşması da herhangi bir şekil şartına tabi değildir²⁸⁸. Götürü tazminat, asıl bora bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmuş ise götürü tazminat anlaşmasının da bu şekil şartına uyularak yapılması gerekir. Götürü tazminatın şekline yönelik bu durum, götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden sonra ve zararın doğmasından önce yapılması halinde de geçerlidir²⁸⁹.

VI. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ALACAĞININ TALEP EDİLMESİ

A. Muacceliyet Koşulları

Taraflarca sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat kayıtları, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle sebep olduğu zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesine ilişkindir. Bu kapsamda götürü tazminat kurumu aslında, TBK md. 112’de düzenlenen borçlunun tazminat sorumluluğunun bir yansımasıdır. Götürü tazminat, TBK md. 112’de düzenlenen zararın tazmin edilmesinden farklı bir amaç benimsemez; sadece taraflar, sözleşme ilişkisinin başında veya ilişki devam ederken zarar meydana gelmeden önce zararın miktarını tahminen belirler. Başka bir anlatımla, asıl sözleşmeden doğan

²⁸⁷ **Birinci Uzun**, s. 86; **Erdem**, s. 102 – 103.

²⁸⁸ **Birinci Uzun**, s. 84-85; **Erdem**, s. 102; **Kapancı**, s. 657; **Parlak Börü**, s. 204.

²⁸⁹ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II., C.

yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan yüklenicinin götürü tazminat ödeme yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü değildir. Bu yükümlülük, sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi sonucunda inşaat sözleşmesinden kaynaklı yükümlülüğün götürü tazminat alacağına dönüşmesinden ibarettir²⁹⁰. Dolayısıyla götürü tazminat talebinin muaccel hale gelmesi için, aslında TBK md. 112’de düzenlenen akdi sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi gerekir²⁹¹. Bu kapsamda, inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin yüklenicinin yükümlülüklerini ihlal durumunda kararlaştırılan götürü tazminatı talep edebilmesi için sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi; ihlal sonucunda iş sahibinin bir zararının doğması; ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kural olarak, yüklenicinin kusurlu bir davranışı ile sözleşmeyi ihlal etmesi gerekmektedir²⁹². İnşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin borca aykırılık sebepleri çeşitli olabileceğinden ve buna bağlı olarak iş sahibinin tazminat talepleri farklılaşabileceğinden çalışmamızın bu kısmında, götürü tazminat alacağının talebi için gereken temel unsurlardan bahsedilecektir.

1. Asıl Borcun İhlal Edilmiş Olması

Götürü tazminat alacağını talep için, öncelikle ihlali sonucunda götürü tazminat ödenmesi kararlaştırılan asıl borcun ihlal edilmiş olması gerekir²⁹³. Örneğin, yüklenicinin gecikmesi nedeniyle sözleşme ihlalinin oluşması için öncelikle sözleşmede inşaatın

²⁹⁰ **Birinci Uzun**, s. 221-222; **Kapancı**, s. 662; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224-225.

²⁹¹ **Birinci Uzun**, s. 221; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 153; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 180-181.

²⁹² **Birinci Uzun**, s 221 vd; **Kapancı**, s. 660-661; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224.

²⁹³ **Erdem**, s. 101; **Birinci Uzun**, s.152; **Kapancı**, s. 660; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224.

tamamlanarak iş sahibine teslimi için kararlaştırılan vadenin gelmiş olması, yani sözleşmede yüklenici tarafından taahhüt edilen borcun muaccel hale gelmesi gerekir. Yüklenici sözleşmede belirlenen vadede inşaatı tamamlamaz veya inşaatı tamamlayıp, zamanında iş sahibine teslim etmez ise temerrüde düşecektir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdünün oluşabilmesi için, inşaatı belirlenen zamanda tamamlayarak iş sahibine teslim etmemiş olması gerekir²⁹⁴.

2. İhlal Nedeniyle Bir Zarar Meydana Gelmiş Olması

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesinin bir diğer zorunlu unsuru ise iş sahibinin bir zararının meydana gelmiş olmasıdır, zira zararın varlığı, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin ihlali durumunda da tazminatın talep edilebilmesi için aranan zorunlu unsurlardan biridir²⁹⁵. Götürü tazminatta, cezai şartta olduğu gibi zarardan bağımsızlık söz konusu değildir; kural olarak götürü tazminatın talep edilebilmesi için zararın varlığı aranır²⁹⁶.

²⁹⁴ **Kurşat**, s. 320; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II; s. 125 vd.; **Öz**, İnşaat Sözleşmesi, s. 128 vd.; **Öz**, Dönme, s. 141. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Kurt**, s. 89 vd.

²⁹⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s.1051 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.I, s.425 vd.; **Tandoğan**, Mesuliyet, s.414 vd.; **Ozanoğlu**, s.84, 89.

²⁹⁶ **Birinci Uzun**, s.223; **Erdem**, s. 106-107; **Kapancı**, s. 660; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.153; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de asıl borcun ihlal edilmesi nedeniyle alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, kararlaştırılan götürü tazminat edimi, bir ceza koşulu olarak değerlendirilmekte ve geçersiz kabul edilmektedir. Böylelikle asıl borcun ihlal edilmesi halinde alacaklı,

Öğretide ise bazı yazarlar, götürü tazminat anlaşmasıyla birlikte iş sahibinin hem zararın varlığını hem de zararın miktarını ispat yükümlülüğünün bulunmadığını belirtir²⁹⁷. Diğer taraftan öğretide çoğunlukla iş sahibinin götürü tazminat anlaşması ile zararın miktarı yönünden ispat yükümlülüğünden kurtulduğu; diğer taraftan iş sahibinin zararın varlığını ispat etme yükümlülüğünün devam ettiği belirtilmektedir²⁹⁸. Kanaatimizce taraflar, götürü tazminat anlaşmasıyla ileride yaşanabilecek herhangi bir borca aykırılık durumunda, iş sahibi ile yüklenici arasındaki uyuşmazlığı bertaraf etmeyi, iş sahibinin zararın miktarını ispat yükümlülüğünü kaldırarak iş sahibine kolaylık sağlamayı, aynı zamanda yüklenicinin borca aykırı davranışta bulunması durumunda ödeyeceği tazminat miktarını önden belirleyerek kendini hukuki güvenlik içinde hissetmesini sağlamayı amaçlar. Ancak, ilk görüş doğrultusunda, götürü tazminat anlaşmasıyla iş sahibinin zararının varlığını ispat yükünü ortadan kaldırmak, götürü tazminatın belirtilen amaçlarını sağlamanın yanında, zarardan bağımsız talep edilebilen cezai şartın yaratacağı sonuçları doğurmaya başlar. Ayrıca iş sahibinin zararının varlığının ispat yükünün kaldırılması, tazminat sorumluluğunun genel ilkelerine aykırı olacaktır. Bu nedenle, taraflar arasında götürü tazminat anlaşması bulunma halinde

herhangi bir zarara uğramamış ise kararlaştırılan götürü tazminat edimi alacaklıya ödenmemektedir. Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s. 387 vd.

²⁹⁷ **Birinci Uzun**, s. 104; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.177; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150, 153.

²⁹⁸ **Erdem**, s. 106-107; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 861; **Kapancı**, s. 665-666; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 168; **Kurt**, s. 229; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 548-549; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.227; **Parlak Börü**, s. 207. Erdem'e göre, tarafların götürü tazminat anlaşması yaparken iş sahibini zararın varlığını ispat yükünden muaf tutmaları mümkündür. **Erdem**, s. 108.

alacaklının, genel kurala uygun olarak zararın varlığını ispat yükünün devam ettiği görüşüne katılmaktayız.

3. Yüklenicinin Kusurlu Davranışıyla İhlale Sebep Olması

Götürü tazminat alacağının talep edilebilmesi için borçlunun, asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekir. TBK md.114 f.1 uyarınca borçlu, her türlü kusurundan sorumludur. Buradan hareketle, sözleşmeden doğan sorumluluğun, kural olarak kusur sorumluluğu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçekten de TBK md.112 uyarınca yüklenicinin borcunu ihlal etmesi halinde, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, iş sahibinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür²⁹⁹.

²⁹⁹ **Birinci Uzun**, s. 149, 221. vd; **Erdem**, s. 106; **Kocaağa** Götürü Tazminat, s. 151; **Kapancı**, s. 660-661; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224; **Tekelioğlu**, s. 180; **Tandoğan**, Mesuliyet, s.417. Akdi sorumluluğun bir yansıması olarak götürü tazminatın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurunun aranması şartına karşılık, kusursuz sorumluluk halleri gibi özellikle bir kanun hükmüne dayanan hallerde da yüklenici sebep ilkesine göre sorumlu olur ve sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminatı öder. Örneğin, yüklenicinin inşaatın yürütümünü bir müşavir mühendise bırakması ve bu kişi nedeniyle iş sahibinin bir zarara uğraması durumunda yüklenici, TBK md. 116 uyarınca kusur şartı aranmaksızın sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminatı ödemekle mükellef olacaktır. **Eren**, Borçlar Genel, s.1060; **Kapancı**, s. 660.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CEZAI ŞART GÖTÜRÜ TAZMİNAT AYRIMI

I. GENEL OLARAK

Cezai şartın, borçlunun sözleşme ile üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmediği durumda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ekonomik değeri olan bir edim olduğu belirtilmişti³⁰⁰. Götürü tazminat ise borçlu tarafından sözleşmede üstlenilen edimin borca aykırı bir davranış sonucu ihlal edilmesi halinde alacaklının muhtemel zararına ilişkin ödenecek tazminatın taraflar arasında önceden belirli bir miktar olarak kararlaştırılmasıydı³⁰¹.

İşbu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümünde detaylı olarak cezai şart ve götürü tazminat kurumları anlatılmıştır. Uygulamadaki inşaat sözleşmelerine bakıldığında, sözleşmelerde, iş sahibinin sözleşmeden beklediği temel ifa menfaatini, yani inşaatın tamamlanarak teslim edilmesini güvence altına almaya, yüklenicinin yükümlülüğünü tam ve gereği gibi ve zamanında yerine getirmesini sağlamaya yahut borca aykırılık halinde iş sahibinin zararının ne şekilde ve hangi miktarda giderileceğine yönelik kayıtların kararlaştırıldığı görülmektedir. Belirtilen bu kayıtlar, işlevlerine göre cezai şartı veya götürü tazminatı işaret etmektedir³⁰². Tarafların bu yönde sözleşmeye ekledikleri veya

³⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, I., B.

³⁰¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I., B.

³⁰² Öte yandan Anglo-Amerikan Hukuk sisteminde cezai şart – götürü tazminat ayrımının belirlenmesinden ziyade cezai şart kurumu baştan kabul edilmemektedir. Bu hukuk sisteminde, yükleniciye ediminin ifası için baskı yapılması ve iş sahibinin zararı meydana gelmese bile yüklenici tarafından bir bedel ödenmesi yönündeki kayıtlar geçersiz kabul

ayrı bir sözleşme ile kararlaştırdıkları kayıtların, cezai şart yahut götürü tazminat olduğunu belirlemek ise her zaman kolay olmamaktadır³⁰³. Zira bu iki kurumun, işlevleri, nitelikleri ve şartları bakımından farklılık olsa da yüklenicinin borçlarını ifa etmemesinden kaynaklanan iş sahibinin zararları için kararlaştırılması ve asıl borca aykırılık sonucunda muaccel hale gelmesi, başka bir deyişle, her iki kurumun da fer'i bir niteliğe sahip olması nedeniyle bu iki kurum arasındaki sınır her durumda kesin olarak çizilememektedir³⁰⁴. Ancak işlevleri ve özellikleri gereği bu iki kurum farklı hukuki sonuçlar doğurduğundan, sözleşmedeki kayıtların cezai şart veya götürü tazminat olduğunun tayinini yapmak önem teşkil etmektedir³⁰⁵.

edilmektedir. Başka bir anlatımla Anglo-Amerikan hukuk sistemi, borçlunun yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde bir bedel ödemesini öngören borçluyu cezalandırıcı nitelikteki bir düzenlemeyi sözleşme ilişkisi kapsamında kabul etmemektedir. **Erdem**, s. 110-111; **Akkayan Yıldırım**, s. 391; **Kapancı**, s. 672; **Birinci Uzun**, s. 120-121.

³⁰³ **Birinci Uzun**, s.139; **Ekinci**, s. 45; **Erdem**, s.111; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 166; **Kapancı**, s.676; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.152; **Kocaağa**, Ceza Koşulu; s. 177; **Ozanoğlu**, s.87; **Parlak Börü**, s. 218.

³⁰⁴ **Birinci Uzun**, s. 119, 140-141; **Erdem**, s. 110, 122; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 168-169; **Kapancı**, s.676; **Parlak Börü**, s. 218. Erdem tarafından İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da cezaî şart ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki zorluklara işaret edildiği belirtilmiştir. **Erdem**, s. 116, 119.

³⁰⁵ **Birinci Uzun**, s. 139-146; **Cansel/Özel**, s. 716; **Erdem**, s. 110, 122; **Kocaağa**, Ceza Koşulu; s. 177; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150-155; **Kapancı**, s.676; **Kurt**, s. 228; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 549; **Parlak Börü**, s. 219.

Türk Hukukunda, cezai şart ile götürü tazminat arasındaki ayrımı ortaya koyan herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. İki kurum ile ilgili yargı kararları incelendiğinde de aradaki farkı net bir şekilde çizen bir uygulama birliği olmadığı görülmektedir. Doktrinde ise çoğunlukla cezai şart ile götürü tazminatın farklı iki kurum olduğu görüşü benimsenmekle birlikte cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğunu belirtilen görüşler de mevcuttur³⁰⁶. Bizim de katıldığımız görüş³⁰⁷ ve yargı kararları

³⁰⁶ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 24 vd.; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 566-567. Bkz. **Dirican**, 16; **Ekinci**, s. 45; **Günay**, s. 36-37; **Usta**, s. 104. Yargıtay'ın bazı kararlarında Tunçomağ tarafından savunulan görüşe atıf yapılarak cezai şart, götürü tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bkz. YHGK., 16.04.1986 T., 1984/13-730 E., 1986/416 K. “*Hukuk Genel Kurulunun 17.02.1971 tarih ve 1505-85 sayılı kararında belirtildiği üzere cezai şart “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir.”* (www.kazanci.com)

Öte yandan Sarı'ya göre, borca aykırı davranış sebebiyle belirli bir meblağın ödenmesi şeklinde kararlaştırılan düzenlemeler cezai şart kavramının kapsamına girmekte olup, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ispat külfeti bulunmaması cezai şartın temel özelliğine işaret etmektedir. Bu nedenle, bu düzenlemelerin cezai şarttan farklı bir durum olarak ele alınması ve götürü tazminat gibi farklı bir kavramla ifade edilmesine gerek bulunmamaktadır. **Sarı**, s. 303.

³⁰⁷ **Birinci Uzun**, s. 139-146; **Cansel/Özel**, s. 716; **Erdem**, s. 121 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 364-365; **Kapancı**, s. 675; **Kayinoğlu Özdoğan**, s. 123; **Kılıçoğlu**, s. 996; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s. 150-155; **Kocağa**, Ceza Koşulu; s. 177; **Kurt**, s.228-233; **Oğuzman/Öz**, C.II., s. 549-500; **Ozanoğlu**, s. 87 vd.; **Kapancı**, s.675-676; **Parlak Börü**, s. 219; **Tekelioğlu**, s. 179; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 428; **Yağcıoğlu**, s. 76.

doğrultusunda, cezai şart ile götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup iki kurum arasındaki ayrım, tazminat hukukunun genel ilkelerinden ve ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerden hareket edilerek ortaya konmuştur.

II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT İLE CEZAI ŞART ARASINDAKİ FARKLAR

A. Amaç Bakımından

Cezai şartın en temel amacı, yükleniciyi gereği gibi ifaya zorlayarak iş sahibinin menfaatini güvence altına almak ve yüklenicinin borca uygun davranmasını sağlamaktır. Sözleşmede bir kayıt olarak yer alan veya asıl sözleşmeye ek bir anlaşma ile kararlaştırılan cezai şart, yüklenicinin üzerinde psikolojik bir baskı oluşturarak yükümlülüklerini ihlal etmesini engellemeye çalışır. Asıl borcun ifa edilmemesi hali için öngörülen cezai şart, asıl borcu kuvvetlendiren, onu çoğaltan bir edim olduğundan yüklenici cezai şartı ödememek için borcunu ifa ederken daha dikkatli ve özenli davranır. Cezai şartın bu işlevi ile iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati güvence altına alınır³⁰⁸.

Cezai şart ile götürü tazminatın farklı iki kurum olduğuna ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Erdem**, s. 121 vd.

³⁰⁸ **Bilge**, s. 83-84; **Birinci Uzun**, s.137; **Cansel/Özel** s. 715; **Erdem**, s.123; **Eren**, Genel Hükümler, s.1338; **Ekinci**, s. 142; **Gülseven**, s. 25-26; **Hatemi/Gökyayla**, s. 365; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 8; **Kapancı**, s.677; **Kayınlioğlu Özdoğan**, s.119-121; **Kılıçoğlu**, s. 991; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.33; **Kocaağa**, İnşaat Sözleşmesi; s.131; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s. 150; **Kurt**, s.215; **Oğuzman/Öz**, C.II, s.548; **Ozanoğlu**, s. 81; **Parlak Börü**, s. 221; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.342; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s.428; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 49.

Götürü tazminat ise sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi nedeniyle alacaklının doğan zararının giderilmesi için ödenecek tazminat miktarının zarar meydana gelmeden belirlenmesini ifade eder³⁰⁹. Götürü tazminat ile sözleşmenin yüklenici tarafından ihlal edilmesi halinde, iş sahibinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi sağlanmaya çalışılır. Tarafların tazminat miktarını belirlemesi sonucunda, hem yüklenici borca aykırı davrandığı durumlarda iş sahibine ne tutarda bir tazminat ödeneceğini bilir hem de iş sahibi meydana gelen zararının miktarını ispat etmek zorunda kalmadan taraflarca önceden kararlaştırılan götürü tazminatın kendisine ödenmesini talep eder. Bu kapsamda da götürü tazminatın amacının, cezai şartta olduğu gibi asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, bir belirlilik ortaya koyarak tazminatın hesaplanmasında alacaklıya ve ihlal halinde ödeyeceği tazminat miktarını bilmesi yönünden yükleniciye kolaylık sağlamak olduğu kabul edilir³¹⁰.

Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları kayıtların, cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunu belirlemenin en önemli yöntemlerinden biri, sözleşmenin yorumlanarak tarafların bu konuda karar almalarının gerçek amaçlarına bakmaktır. Bizim

³⁰⁹ **Birinci Uzun**, s. 66; **Çakıroğlu**, s. 98; **Ekinci**, s. 200; **Erdem**, s.102; **Hatemi/Gökyayla**, s. 365; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 125; **Kapancı**, s.656-657; **Kaymoğlu/Özdoğan**, s. 167; **Kılıçoğlu**, s. 996; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.176; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.150; **Kurt**, s.229; **Nomer**, s. 478; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 549-550; **Ozanoğlu**, s.84; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s. 222; **Parlak Börü**, s. 197.

³¹⁰ **Birinci Uzun**, s. 68; **Çakıroğlu**, s. 98-99; **Ekinci**, s. 201; **Erdem**, s. 102; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 125; **Kaymoğlu Özdoğan**, s. 169; **Kapancı**, s. 675; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 176-177; **Kurt**, s. 229; **Parlak Börü**, s. 222.

de katıldığımız hâkim görüş³¹¹ uyarınca, taraflar borcun ifasının sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesi için borçluyu baskı altına almaya çalışıyorlarsa cezai şart; eğer borca aykırılık olması durumunda ortaya çıkan zarar için ödenecek tazminatın miktarını önceden belirlemeye çalışıyorlarsa götürü tazminat bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar³¹² tarafından, götürü tazminatın, cezai şartta olduğu gibi doğrudan olmasa da borçlu üzerinde dolaylı bir baskı yarattığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşmede borca aykırılık durumunda borçlunun ödeyeceği tazminat miktarı önceden belirlendiğinden bu durum, borçluyu yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ve zamanında ifa etme konusunda teşvik eder; borçlunun sözleşmeye uygun davranmasını sağlar. Ancak götürü tazminatın, borcun ifasına yönelik borçlu üzerinde baskı kurduğunu düşünen yazarlar, götürü tazminatın asli amacının borçlu üzerinde baskı kurarak ifaya zorlamak olduğunu savunmaz. Bu görüş, baskının ikincil nitelikte bir yan etki olarak ortaya çıktığını belirtir. Bu nedenle borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacı, cezai şart açısından belirleyici bir husus iken, bu amaç, götürü tazminat için asli bu amaç değildir. Kanaatimizce, sözleşmede borca aykırılık halinde borçlu tarafından ödenecek tazminatın önceden belirli olması, zararın miktarını ihtilaflı olmaktan çıkarır. Zararın kararlaştırılan miktar da olmadığının ispat yükünü borçluda

³¹¹ **Aksoy**, s. 1005; **Birinci Uzun** s.155; **Çakıroğlu**, s.99; **Duman**, s. 721; **Ekinci**, s. 201; **Erdem**, s.122-123; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 130; **Kaymoğlu Özdoğan**, s. 169; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 179; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s. 150; **Ozanoğlu**, s.88; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224; **Kapancı**, s. 666, 679; **Kurt**, s. 230; **Parlak Börü**, s. 221-222; **Tekelioğlu**, s. 179; **Yağcıoğlu**, s.93.

³¹² **Birinci Uzun**, s. 147; **Erdem**, s. 102; **Kapancı**, s. 666; **Parlak Börü**, s. 208; **Yağcıoğlu**, s. 94.

olması ve ödenecek tazminatın miktarının önceden bilinmesi hususlarının borçlu üzerinde bir baskı yaratacağı yadsınamaz. Ancak borçlu üzerinde baskı kurmak götürü tazminatın asli amacı olmayıp bizler de borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacının ağır basması halinde cezai şartın, muhtemel tazminat miktarının önceden belirlenmesi amacının ağır basması halinde ise götürü tazminatın söz konusu olduğu çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

B. Zarar ile İlişkisi Bakımından

Taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmış ise, yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucunda iş sahibinin kararlaştırılan cezai şartı talep edilebilmesi için herhangi bir zararın doğmasının gerekmemektedir. Cezai şartın zarardan bağımsız olması, kanun gereğidir. Taraflar, asıl borcun ihlal edilmesinde ödenecek cezai şart miktarını önceden kararlaştırdıklarından, ayrıca zararın varlığı ve kapsamının ispat edilmesi aranmaz³¹³. Götürü tazminatta ise tam tersi olarak, yüklenici tarafından götürü tazminatın bağlandığı yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, iş sahibinin götürü tazminat alacağını talep edebilmesi için yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucu bir zarara uğramış olması gerekir³¹⁴.

³¹³ **Bilge**, s. 84; **Birinci Uzun**, s. 148-149; **Duman**, s. 721; **Erdem**, s. 109; **Hatemi/Gökyayla**, s. 401; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 130; **Kapancı**, s. 677; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 180; **Kurt**, s. 229; **Ozanoğlu**, s. 83; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 48; **Yağcıoğlu**, s. 94-95.

³¹⁴ **Birinci Uzun**, s. 148-149; **Erdem**, s. 109; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.180; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.153; **Kurt**, s. 229; **Ozanoğlu**, s.84; **Parlak Börü**, s. 222.

Bazı durumlarda, yüklenicinin borca aykırı davranışı nedeniyle iş sahibinin meydana gelen zararı, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarından daha fazla olabilir. Böyle durumlarda, iş sahibi cezai şart miktarını aşan zararının da tazminini talep edebilir. Ancak bu durumda kanun koyucu, ispat yüküne tersine çevirmiştir. TBK md. 180 f. 2 hükmünden hareketle, cezai şartı aşan zarar miktarın talep edilebilmesi için aşan zararın varlığının ve yüklenicinin kusurunun iş sahibi tarafından ispatlanması gerekmektedir³¹⁵.

Götürü tazminat anlaşmasında ise taraflar arasındaki anlaşmadan fazla tutarın tazminat olarak istenip istenemeyeceği noktasında götürü tazminatın türüne göre karar vermek gerekir³¹⁶. Taraflar arasında mutlak götürü tazminat anlaşması bulunması durumunda, iş sahibinin TBK md. 180 f. 2’de belirtildiği şekilde, gerçek zararını ispat ederek bu miktardan fazlasını talep etmesi mümkün değildir³¹⁷. Zira taraflar belirlenen tazminat miktarından daha fazla ya da daha az bir zarar miktarının ödenmemesi için aralarında mutlak götürü tazminat anlaşması yapmışlardır. Öte yandan, taraflar arasında nispi götürü tazminat anlaşması söz konusuysa veya taraflar kısmi nispi götürü tazminat anlaşmasıyla tazminatın alt veya üst miktarını belirlemiş ise taraflar iddialarını (iş sahibi için gerçek zararın kararlaştırılardan daha fazla olması; yüklenici için ise iş sahibinin meydana gelen gerçek zararının götürü tazminat miktarından daha az olması) ispat ederek

³¹⁵ **Bilge**, s. 110-111; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s.180; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1344; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 534; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s.123.

³¹⁶ **Birinci Uzun**, s. 149.

³¹⁷ **Birinci Uzun**, s. 118; **Kapancı**, s. 667-669; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.228; **Parlak Börü**, s. 216-217.

kararlaştırılan götüşü tazminat miktarından farklı bir tutarın belirlenmesi söz konusudur³¹⁸.

C. Kusur Açısından

Cezai şart ile götüşü tazminat arasında fark bulunup bulunmadığı bakımından incelenmesi gereken bir diğerkonu ise asıl borcun ihlal edilmesinde yüklenicinin kusurlu olup olmadığıdır. Götüşü tazminatın talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu bir davranışı olması ve bu davranışı nedeniyle sözleşmeden kaynaklı yükümlölüklerini ihlal etmiş olması gerekir. Akdi sorumluluğa ilişkin TBK md. 112’de borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir, başka bir anlatımla, borçlu kusurlu olmadığını ispatlamadığı müddetçe zararı gidermekle yükümlüdür. Götüşü tazminat da aslında akdi sorumluluğun bir görünüm şekli olduğundan, yüklenici kusurlu olmadığını ispat etmediği müddetçe, sözleşmede kararlaştırılan götüşü tazminatı iş sahibine ödemekle yükümlüdür³¹⁹. Cezai şartta ise yüklenicinin kusurunun aranıp aranmaması noktasında doktrinde görüş birliği olmadığı belirtilmişti. Bizim de katıldığımız hâkim görüş³²⁰ uyarınca cezai şartta kusurun varlığı aranmalıdır³²¹. Bu doğrultuda, götüşü tazminat ile cezai şart arasında kusur yönünden bir ayrım bulunmamaktadır. Ancak hem cezai şart

³¹⁸ **Birinci Uzun**, s. 111-115; **Kapancı**, s. 667-671; **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 550; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.228; **Parlak Börü**, s. 211-213.

³¹⁹ **Birinci Uzun**, s. 149, 221. vd; **Erdem**, s. 106; **Kocaağa** Götüşü Tazminat, s. 151; **Kapancı**, s. 660-661; **Öcal Apaydın/İnce Akman**, s.224; **Tekelioğlu**, s. 180; **Tandoğan**, Mesuliyet, s.417.

³²⁰ **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.171 vd.; **Tandoğan**, ÖBİ. C.II, s.135; **Ozanoğlu**, s. 106-107; **Oğuzman/Öz**, C.II. s. 544; **Hatemi/Gökyayla**, s. 358.

³²¹ Bkz. İkinci Bölüm, VI., A. 2. B.

hem de götürü tazminat bakımından tarafların yüklenicinin kusurunun aranmayacağını kararlaştırmaları mümkündür³²².

D. Asıl Borç ile İlişkisi Bakımından

Taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın ifaya ekli cezai şart olması durumunda, iş sahibinin cezai şartı talep edebilmesi için asıl ifayı ihtirazı kayıtlı kabul etmelidir. Şayet iş sahibi, herhangi bir çekince ileri koymaksızın borcun ifasını kabul ederse yahut cezai şartı isteme hakkında feragat ederse cezai şartı isteme hakkı ortadan kalkar³²³.

Öte yandan götürü tazminatın talep edilebilmesi için iş sahibinin götürü tazminat hakkını saklı tutmasına gerek bulunmamaktadır; zira yüklenicinin tazminat sorumluluğunun şartları olduğu takdirde götürü tazminat alacağı, iş sahibi için talep edilebilir hale gelmektedir³²⁴. Götürü tazminat alacağının talep edilmesi, iş sahibinin aynı

³²² **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 180; **Tekelioğlu**, s. 180.

³²³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A., 3.

³²⁴ **Birinci Uzun**, s. 211; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s.151; **Kocaağa**, Götürü Tazminat, s.151; **Ozanoğlu**, s.25-26. Yarg. 15. HD. 09.09.2019 T., 2019/2186 E. 2019/3397 K.: “...taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın süresinde bitirilmediği takdirde günün rayiç kira değeri üzerinden gecikme cezasının mal sahibine ödeneceği şeklindeki hüküm mahkemece gecikme cezası diye belirtilmiş ise de her ay için kararlaştırılan ödenmesi gerekli bir ceza miktarı belirlenmediğinden sözleşmede kararlaştırılanın gecikme cezası değil sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 106/2. dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK 125/2. maddesinde tanımlanan gecikme tazminatı olduğunun kabulü gerekir. Gecikme tazminatının istenebilmesi için, teslimde ihtirazı

zamanda aynen ifayı talep edebilmesini engellemez³²⁵. İş sahibinin talep edebileceği götürü tazminat, sadece aynen ifa ve buna ek olarak gecikme tazminatları ile sınırlı değildir. Ayrıca taraflar aynen ifa talebinden vazgeçebilir ve bunun yerine borçlunun götürü olarak belirlenen tazminatı ödemesini kararlaştırabilirler³²⁶.

E. Uygulanacak Hükümler Bakımından

Cezai şart TBK md. 179 ve 182 arasında düzenlenmiştir. İşbu tezin, cezai şarta ilişkin hükümlerinde fahiş cezai şartın indirilmesi ve cezai şart miktarını aşan zararın talep edilmesi konularına değinilmişti. TBK md.180 f.2'ye baktığımızda, alacaklının zararının, sözleşmede cezai şart olarak kararlaştırılan miktarını aşması durumunda alacaklıya, borçlunun kusurunu ispat ederek aşan zararını isteme hakkı tanınmıştır. Yine TBK md. 182 f. 3'e baktığımızda, taraflarca kararlaştırılan cezai şart miktarının fahiş olması durumunda, hâkimin sözleşmeye kendiliğinden müdahale ederek aşırı cezai şartı indirme hakkı düzenlenmiştir³²⁷.

*kayıt olmasına gerek olmayıp, fiilen teslim yapılmış olsa dahi arsa sahibi teslimi iskân koşuluna bağlanmış olan bağımsız bölümleri iskân alınmaksızın kullanmaya zorlanamayacağından arsa sahibinin teslim alarak kullandığı veya kiraya vermek suretiyle gelir temin ettiği de yasal deliller ile yüklenici tarafından kanıtlanmadıkça arsa sahibi teslim edilen bağımsız bölümler için gecikme tazminatı isteyebilir..." (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com). Benzer bir Yarg. Kararı için bkz. Yarg. 15. HD. 04.11.1988 T., 1988/88 E., 1988/3118 K., **Kostakoğlu**, s. 543.*

³²⁵ **Birinci Uzun**, s. 210.

³²⁶ **Tandoğan**, Mesuliyet, s.405; **Eren**, Genel Hükümler, s.1029; **Birinci Uzun**, s. 210.

³²⁷ Bkz: İkinci Bölüm, III, C.

Sözleşmede, cezai şart veya götürü tazminat kayıtlarının bağlandığı yükümlülüğün karşı tarafça ihlali sonucunda, ihlalde bulunan tarafın karşı tarafa ekonomik değeri olan bir edimi ödemesi yönünden cezai şart ve götürü tazminat benzerlik göstermektedir. Bu noktada, kanunda düzenlenmeyen götürü tazminat kayıtlarına, cezai şart için TBK’de öngörülen fahiş cezai şartın indirilmesi yahut aşan zararın talep edilmesi gibi hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akıllara gelmektedir. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda cezai şarta ilişkin bu hükümler, götürü tazminat açısından uygulama alanı bulmamaktadır³²⁸. Götürü tazminatta taraflar, zarar meydana

³²⁸ **Erdem**, s.121-122; **Kapancı**, s.680; **Kocağa**, Cezai Koşulu, s.186-187; **Kocağa**, Götürü Tazminat, s.153; **Ozanoğlu**, s.91.

Götürü tazminat miktarının tenkis edilememesine ilişkin olarak: Yarg. 15. HD. 17.11.2011 T., 2010/3210 E., 2011/6641 K: “*Yanlar arasında biçimine uygun olarak düzenlenen 18.6.1999 gün 32259 yevmiye numaralı düzenleme şeklinde taşınmaz mal satış vaadi ve kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin 3. maddesinde inşaat süresi 20 ay olarak belirlenmiş, 13/c maddesinde süresi içinde bitirilmediği takdirde yüklenicinin arsa sahiplerine aylık gecikme cezası olarak 2500 DM ödeyeceği, ancak bu gecikmenin 3 ayı geçmesi halinde arsa sahiplerinin günün rayiçlerine göre artırma haklarının bulunduğu kararlaştırılmıştır. 13/c maddesinin ilk cümlesinde gecikme halinde ödenecek paranın ceza olduğu yazılmış olduğundan bu ifade ile kararlaştırılanın BK'nın 158/II. maddesinde tanımlanan ifaya ekli ceza olduğu düşünülebilir ise de aynı bendin son cümlesinde 3 aydan sonra arsa sahiplerine günün rayiçlerine göre artırma hakkı verildiğinden tarafların bu maddedeki amacının cezai şart değil, kira (gecikme tazminatı) belirlemek olduğunun kabulü gerekir. Bu halde kararlaştırılan tazminat ceza olmadığından BK'nın 161. maddesine göre tenkisi mümkün olmadığı gibi cezai şart olduğu kabul edilse dahi davalı yüklenici tacir olması nedeniyle, fahiş olduğundan bahisle kural olarak TTK'nın*

gelmeden önce bir araya gelerek olası zarar durumunda ödenecek tazminatın miktarını önden kararlaştırmaktadır. Burada kararlaştırılan meblağ, tarafların iradeleri doğrultusunda olası zarar miktarına göre belirlenmektedir. Cezai şartta ise asıl amaç borçlu üzerinde psikolojik baskı yaratmak olduğundan taraflara cezai şart miktarını serbestçe belirleme hakkı tanınmıştır. Kanun koyucunun, aşırı cezai şartın hâkim tarafından indirilmesine yönelik iradesi, aslında zarardan ari olarak istenebilen ve miktarı serbestçe tayin edebilen istisnai bir düzeleme olan cezai şarta, hâkim tarafından müdahale edilebilmesine olanak sağlamaktır. İşte bu noktada kanun koyucu, istisnai duruma sahip olan cezai şartı kontrol altına almak istemiş ve bu nedenle fahiş cezai şartın indirilmesi gibi düzenlemeleri hüküm altına almıştır. Ancak zaten taraflarca olası bir zarar için tazminat miktarının önceden belirlenmesi ortaya koyan götürü tazminatta, kararlaştırılan

24. maddesi gereğince cezanın BK'nın 161/son maddesine göre indirilmesini isteyemez.”

(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com erişilme tarihi: 08.12.2022). Benzer bir Yarg. Kararı için bakınız: Yarg. 15. HD. 10.12.2009 T., 2008/7723 E., 2009/6681 K.

meblağın indirilmesi yahut kararlaştırılan tazminattan fazlasının talep edilmesi³²⁹ gibi bir durum söz konusu olmayacaktır³³⁰.

III. CEZAI ŞART İLE GÖTÜRÜ TAZMİNATI AYIRT EDİCİ KRİTERLER

A. Kriterler

Yukarıda cezai şart ile götürü tazminatın farkları teorik detaylıca açıklandığı üzere, uygulamada bu iki kurum arasındaki sınırın da çizilmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda taraflar, sözleşmeye ekledikleri kayıtlara lafzi nitelendirmeler yaparak

³²⁹ Kararlaştırılan götürü tazminattan fazlasının talep edilememesine ilişkin olarak: Yarg. 15. HD. 28.05.1998 T., 1998/1797 E., 1998/2279 K.: “11.3.1991 tarihli “Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Satış Vaadi Akdi ve Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi”nin 1. maddesinde; bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskan raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL'den toplam 3.600.000-TL. aylık kira bedeli ödeneceği, taraflarca kararlaştırılmıştır. Davanın açıldığı 11.3.1997 tarihine kadar İnşaatın teslim edilmediği uyuşmazlık konusu değildir. Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000.-TL. ise, ifaya ekli cezai şart olmayıp, kira (gecikme tazminatı)dır. Bu kira, maktu olarak tespit edilmiş olup, daireler teslim edilene kadar arttırma (uyarlama) yapılmadan ödenecek demektir. Yani, davacının aylık kira geliri kaybı, bu miktarın üzerinde olsa dahi, daire başına aylık 400.000-TL'ndan fazlasını talep etme hakkı yoktur.” (E.T.:08.12.2022, www.kazanci.com).

³³⁰ **Erdem**, Götürü Tazminat, s.122; **Ozanoğlu**, s.91; **Birinci Uzun**, s.100. Karşı görüş için bkz. **Cansel/Özel**, s.716.

iradelerini ortaya koymak ister. Örneğin, tarafların sözleşmede cezai şart veya sözleşme cezası gibi “ceza” sözcüğünün yer aldığı ifadelere yer vermesi halinde, tarafların cezai şart kararlaştırdığı düşünülebilir. Başka bir durumda, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların mahrum/yoksun kalınan kira bedeli, kira tazminatı gibi ifadeler kullanması durumunda ise götürü tazminat kararlaştırdığı varsayılabilir³³¹. Ancak, tarafların aralarında yaptığı sözleşmelerdeki lafzi nitelendirmeleri her zaman amaçlarına uygun düşmemektedir³³². Böyle bir durumda, yerinde bir değerlendirme yapabilmek için sözleşmede yer alan bu kayıtların yorumlanarak tarafların gerçek amaçları ve ortak iradelerinin ortaya konması gerektiğini düşünmekteyiz³³³. Bu kapsamda, uygulamada hem cezai şartı hem de götürü tazminatı işaret eden bir kayıt ile karşılaşıldığında, aşağıda belirtilen kriterlerin ele alınarak bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün olabilecektir:

³³¹ **Birinci Uzun**, s. 101-102.

³³² **Birinci Uzun**, s.101; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 184; **Ozanoğlu**, s. 90; **Kapancı**, s. 678. Yargıtay tarafından bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “..inşaatın süresinde tamamlanmaması durumunda arsa sahiplerine ödenmesi kararlaştırılan avro cinsinden para için taraflarca “kira” tabiri kullanılmıştır. Ancak sözleşmede arsa sahiplerinin yoksun kaldıkları gerçek kira karşılığı ile zarar ve ziyanlarını talep etme hakları ayrıca saklı tutulduğundan sözleşmede kararlaştırılan ve dava konusu edilen Euro cinsinden kira alacaklarının niteliğinin “gecikme tazminatı” değil; “ifaya ekli cezai şart” olduğu anlaşılmaktadır.” Yarg. 15. HD. 20.02.2019 T., 2018/4569 E., 2019/711 K. (E.T.: 08.12.2022, www.kazanci.com).

³³³ **Ozanoğlu**, s. 89-90; **Kurt**, s. 230.

Sözleşmede yer alan kaydın niteliğine karar verebilmek için öncelikle tarafların amacına bakılması önerilir. Burada yapılması gereken, güven ilkesine göre sözleşmenin yorumlanarak tarafların bu konuda karar almalarının nedenlerinin tespit edilmesi ve çözümlenmesi gerekir³³⁴.

Sözleşmede yer alan kayıtların cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğuna karar verebilmek için bakılabilecek başka bir kriter ise edimin miktarı olabilecektir. Eğer edimin miktarı, iş sahibinin ihlal nedeniyle uğrayabileceği makul bir zarar tahminini işaret ediyorsa tarafların götürü tazminat kararlaştırdıkları varsayılabilir. Ancak taraflarca belirlenen miktar, iş sahibinin uğrayabileceği objektif zarar miktarının çok üzerindeyse o zaman tarafların cezai şart kararlaştırma amacının olduğu kabul edilebilir³³⁵.

B. Yargıtay Uygulamaları

Doktrin ve yargı kararlarında da bazı noktalarda görüş ayrılığı olduğu ve iki kurum arasındaki sınırların net bir şekilde çizilemediği görülmektedir. Örneğin Yargıtay bazı kararlarında, işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin, gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödeyeceğine ilişkin kayıtları götürü tazminat, bazılarında ise cezai şart olarak nitelendirmiştir³³⁶.

³³⁴ **Erdem**, s. 122-123; **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 52; **Ozanoğlu**, s. 93; **Kapancı**, s. 679.

³³⁵ **Birinci Uzun**, s. 101-102; **Erdem**, s. 123; **Kapancı**, s. 679; **Ozanoğlu**, s. 92-93.

³³⁶ Yarg. 15. HD., 08.07.2004 T., 2003/6165 E., 2004/3813 K.: “*Taraflar arasındaki 22.06.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi’ne göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.- TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.- TL olacaktır.*”

İnşaat sözleşmelerinde, inşaatın tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesindeki gecikme nedeniyle yüklenicinin, gecikilen her ay için iş sahibine ödemesi öngörülen rayiç kira bedeline ilişkin kayıtların Yargıtay tarafından farklı şekilde nitelendirildiği görülmektedir³³⁷. Yargıtay, bir kararında³³⁸ tarafların gecikilen her ay için ödenmesi

Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir...” Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD., 03.03.2004 T., 2004/629 E., 2004/1163 K., **Kostakoğlu**, s. 496 – 497. Öte yandan, Yarg. 15. HD., 04.10.1988 T., 1988/88 E., 1988/3118 K.: “*Sözleşmenin 2.maddesinde, inşaatın 30 aylık süre içinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktû kira tazminatı (götürü tazminat) niteliğindedir. Diğer bir deyimle, davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibariyle, BK’nın 158/2 maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza niteliğinde olmayıp, kira tazminatı (götürü tazminat)dır*”. Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD., 03.03.2004 T., 2004/629 E., 2004/1163 K. **Kostakoğlu**, s.497. Ayrıca bkz. **Ozanoğlu**, s.87.

³³⁷ Bkz. Yarg. 15. HD., 28.05.1988 T., 1988/1797 E., 1988/2279 K.: “*(...) bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskân raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL’ den toplam 3.600.000 TL aylık kira bedeli ödeneceği taraflarca kararlaştırılmıştır. (...) Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000 TL, ifaya ekli cezaî şart olmayıp, kira (gecikme tazminatı)dır. Bu kira, maktu olarak tespit edilmiş olup, daireler teslim edilene kadar arttırma (uyarlama) yapılmadan ödenecek demektir.*” **Karataş**, s. 377.

³³⁸ Yarg. 15. HD. 22.09.2020 T., 2020/90 E., 2020/2518 K.: “*Taralar arasındaki sözleşmede ‘...verilen sürede inşaat bitirilemez ise günün rayiç kira değeri üzerinden 5*

kararlaştırılan ceza miktarını açıkça belirlemediği ve tarafların amaçlarının götürü tazminat kararlaştırmak olduğu nedenleriyle sözleşmedeki bu kaydı götürü tazminat olarak nitelendirmiştir. Öte yandan Yargıtay, yüklenicinin inşaatı teslimi gecikmesi durumunda, gecikilen aylar için rayiç kira bedelinin belirli katları şeklinde ödeme yapılmasını öngören kayıtları bazı durumlarda cezai şart, bazı durumlarda götürü tazminat olarak nitelendirmiřtir³³⁹.

daire 1 dkkn için gecikme cezası mal sahibine ödenecektir. Bugün itibariyle bir dairenin rayiç kira bedeli 350,00, 400,00 TL'dir.' şeklinde düzenleme yapılmıştır. Söz konusu sözleşme hükmü yerel mahkemece gecikme cezası olarak nitelendirilmiş ise de her ay için kararlaştırılan ödenmesi gerekli ceza miktarı belirtilmediği ve tarafların amacı gözetildiğinde ifaya ekli ceza değil, 6098 Sayılı TBK'nın 125/I. maddesinde tanımlanan gecikme tazminatı olduğunun kabulü gerekir. Gecikme tazminatının istenebilmesi için teslimde ihtiraz kayıt konulmasına gerek yoktur.” (E.T.: 08.12.2022 www.kazanci.com).

³³⁹ Bkz. Yarg. 15. HD., 20.01.1995 T., 1995/2613 E., 1995/389 K.: “Davada talep olunan alacak, sözleşmenin 10. Maddesine dayandırılmış olup bu madde ile bağımsız bölümlerin suresi içinde teslim edilmemesi halinde rayiç kira bedelinin 2 katı kira bedeli ödenmesi kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi kararlaştırılan bu alacak cezaî şart olmayıp geç teslimden kaynaklanan kira alacağı mahiyetindedir.” **Karataş**, s. 334. Öte yandan, bkz. Yarg. 15. HD., 03.05.2001 T., 2001/483 E., 2001/2420 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmede inşaatın bitim suresi 30.4.1995 tarihi olarak kararlaştırılmış, inşaat bu sure içinde tamamlanmadığı takdirde geçen her ay için o yörenin bina kiralاری kadar her daire için arsa sahibine kira bedeli ödeneceği, bu müddet 6 ay olup, 6 ay sonunda bitmezse her ay için kira bedelinin 10 katı ücret ödeneceği ngrlmştir. ngrlen 10 kat kira bedeli, cezaî şart niteliğindedir.” **Karataş**, s. 386-387.

Kanaatimizce, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda³⁴⁰, Yargıtay'ın, yüklenicinin inşaatı tesliminde gecikmesi durumunda rayiç kira bedelinin ödenmesi yönündeki kayıtların götürü tazminat olarak nitelendirilmesi yerindedir. Zira yukarıda belirtildiği üzere götürü tazminatın asıl amacının, yüklenici üzerinde bir baskı yaratmaktan ziyade iş sahibinin zararının doğması durumunda ödenecek tazminatın önceden belirlenmesiydi. Rayiç kira bedelinin ödenmesi de iş sahibinin gecikme nedeniyle mahrum kaldığı kira gelirine yakın olduğundan, başka bir anlatımla rayiç kira bedelinin ödenmesi kaydının yüklenicide bir baskı unsuru oluşturma amacı taşımadığı söylenebileceğinden Yargıtay'ın bu nitelendirmesi yerindedir. Diğer taraftan, yüklenicinin gecikmesi halinde, rayiç kira bedelinin belirli katlarının ödemesi yönündeki kayıtların cezaî şart olarak nitelendirildiği Yargıtay görüşü de yerindedir zira rayiç kira bedelinin katlarının ödenmesi şeklindeki kayıtların yüklenici üzerinde zamanında ifaya yönelik bir baskı yaratacağını söylemek mümkündür³⁴¹.

³⁴⁰ Kurt, s. 232.

³⁴¹ Kurt, s. 232, Dirican, s. 68.

SONUÇ

İşbu çalışmamızda öncelikle inşaat sözleşmeleri hakkında genel bir çerçeve oluşturmak için tanımı, görünüm türleri, hukuki niteliği ve tarafları ile ilgili olarak genel bilgi verilmiştir. Bu açıklamanın yapılmasındaki amaç, TBK’de düzenleme alanı bulan eser (istisna) sözleşmeleri ile aslında onun bir görünüm türü olarak uygulamada ortaya çıkan inşaat sözleşmeleri arasındaki farka dikkat çekilmek istenmesidir.

Çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümünde ise cezai şart ve götürü tazminat kurumlarına yer verilmiştir. Sözleşmede yer alabilecek cezai şart ve götürü tazminat kayıtları, konusu, unsurları, hukuki nitelikleri, hizmet ettikleri amaçlar ve talep edilebilirlik unsurları bakımından incelenmiştir. Bu incelemenin yapılmasının amacı, uygulamada sıklıkla karıştırılan bu iki kurumun, aslında temelde farklı zorunlu unsurları barındıran iki farklı kurum olduğunu; bu farklılıkların da sözleşmeye aykırılıkta ve ispat yükümlülüğünde tamamen farklı sonuçlar doğuracağına işaret etmektir. Gerçekten de uygulamada bazı durumlarda, taraflar aslında götürü tazminat belirlemek isterken sözleşmede yapacakları lafzi hatayla ve yanlış kayıtlarla aslında bu kaydın uyuşmazlıkta cezai şart olarak kararlaştırılmış olması yorumuna sebep olabilecektir. İşte uygulamada bu tarz sorunların önüne geçilmesi için bu tezin aslında bir kılavuz şeklinde kullanılması amaçlanmıştır.

İki kurumun arasındaki farkları özetleyecek olursak, cezai şart, yüklenici üzerinde bir baskı oluşturarak onun edimini sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa etmesini, başka bir anlatımla, yüklenicinin borcuna uygun davranmasını sağlamayı temel amaç edinirken; götürü tazminatta taraflar, yüklenicinin borca aykırılığı sonucunda yüklenici tarafından iş sahibinin meydana gelen zararının tazmini için ödenecek tazminatın miktarını önceden

belirleme amacı taşır. İki kurumun amaçlarının karışmasının birinci nedeni, cezai şartın teminat amacının, borca aykırılığın gerçekleşmesi durumunda tazmin amacına dönüşmesi, başka bir deyişle iş sahibinin borca aykırılık sonucunda meydana gelen zararın tazmini için (yahut zararı meydana gelmese bile) cezai şart alacağını talep edebilmesidir. Ancak en nihayetinde cezai şartın temel amacı borçlu üzerinde bir baskı unsuru yaratmak iken götürü tazminatta iş sahibi yönünden zararının miktarının belirlenmesi ve yüklenici yönünden de bir belirlilik ortaya konulmak istenir.

Cezai şart ile götürü tazminatın en büyük farklarından biri de cezai şartın talep edilebilmesi iş sahibinin zararından bağımsız iken, götürü tazminat aslında akdi sorumluluğun unsuru olan zarar meydana gelmeden önce tazminat miktarının belirlenmesi olduğundan götürü tazminat talep edilebilmesi için iş sahibinin mutlaka bir zarara uğraması gerekir. Ayrıca iş sahibi götürü tazminatta zararın varlığını ispat yükünden kurtulmaz; sadece zararın miktarını ispatlamakla yükümlü değildir. Burada borçlu yüklenici zararın miktarının belirlenen kadar olmadığını ispatlayabilir. Cezai şartta ise iş sahibinin bir zararı doğmamış olsa dahi yüklenici sözleşmede kararlaştırılan meblağı iş sahibine ödemekle yükümlüdür.

İş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan ifayı ekli cezai şartı talep edebilmesi için aynen ifayı ya hiç kabul etmemesi ya da kabul ediyorsa ihtirazı kayıtlı kabul etmesi gerekirken yahut cezai şart talep hakkından feragat etmemiş olması gerekirken götürü tazminatta böyle bir durum söz konusu değildir. Akdi sorumluluğun şartları olduğu takdirde iş sahibi götürü tazminat alacağını talep edebilir.

Götürü tazminat ile cezai şart arasındaki bir diğer fark da uygulanacak hükümler yönünden karşımıza çıkmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde zararın varlığını

aramadan iş sahibinin zararlarının tazmini sağlayan cezai şart kurumu, aslında istisnai bir kurumdur. Çünkü kural olan, akdi sorumluluğun şartlarından zararın varlığının aranmasıdır. Kanun koyucu da bu istisnai durumu bir şekilde sınırlamak istemiş ve hâkim tarafından fahiş cezai şartın indirilmesi yahut cezai şartı aşan kısımların tazminat olarak istenebilmesi için yasal hükümler getirmiştir. Öte yandan götürü tazminatta, taraflar aslında sözleşme ilişkisinin başında veya kurulduktan sonra ancak zarar meydana gelmeden önce muhtemel zararın miktarını tahmini bir şekilde belirlemektedirler. Burada belirlenmesi gereken bedel götürü bir bedeldir. Dolayısıyla sonradan belirlenen bedelin indirilmesi yahut artırılması söz konusu olmayacaktır. Götürü tazminat kayıtları için, TBK'nin sözleşmeden doğan borç ilişkilerini konu olan genel hükümler geçerli olacakken, cezai şart, “ceza koşulu” altında TBK’de özel düzenleme alanı bulmuştur. Cezai şart hükümlerinin kıyasen de olsa götürü tazminata uygulanmasının imkânı bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilenlerden özetle, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edim yükümlülükleri için kararlaştırılan hem cezai şart hem de götürü tazminat kayıtlarının, yüklenici tarafından sözleşmenin ihlali durumunda iş sahibinin zararına yönelik bir ödeme yapılmasını sağlayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak yukarıda belirtilen farklılıklar nedeniyle aslında sözleşmede yer alan kayıtların belirlenirken belirtilen kriterler göz önünde bulundurularak bir belirleme yapılması gerekir. Eğer sözleşmede bir kayıt kararlaştırılmış ve bu kaydın cezai şart veya götürü tazminat olduğu ayırt edilemiyorsa taraf iradeleri yorumlanarak tarafların o hükmü kararlaştırmalarında amaç, edimin miktarı gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir.

KAYNAKÇA

AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “*Cezaî Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*”, İÜHFM, 2003/1-2, 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.

ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m.368), Ankara 2002 (Telef Olma).

ALTAŞ, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998 (Şekle Aykırılık).

ALTINOK ORMANCI, Pınar: “*İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139-140, 2016, s. 121-142.

ARAL, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2022.

ATAMER, Yeşim M.: “*Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak*

Noktaları”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt, İstanbul Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları – II, İstanbul 2018.

AVCI, Ali: “*Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu*”, TBB Dergisi, S.119, Y.2015, s.367-394.

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015.

BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara 2019.

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.

ÇAKIROĞLU, Mehmet: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu, Ankara 2019.

DAYINLARLI, Kemal: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2003.

DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.

DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, Ankara 2021.

EKİNCİ, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Ankara, 2015 (Ceza Koşulu).

ERDEM, Mehmet: “*Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s.97-124.

EREN, Fikret: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)”, Ankara, 1996, s.49-58, (İnşaat Sözleşmeleri).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022 (Borçlar Genel).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2022 (Borçlar Özel).

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 (Arsa Payı).

ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul 1979 (Beklenilmeyen Hâller).

GÖKYAYLA, K. Emre: “*Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GÜHFD, İstanbul 2002, Ocak, s.785-805, (Sadakat ve Özen).

GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009 (Ek İş).

GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul 2016.

GÜNAY, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015 (Borçlar).

GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK md. 158-161), Ankara 2002 (Cezai Şart).

GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016.

HARWOOD, William S.: Liquidated Damages: A Comparison of the Common Law and The Uniform Commercial Code, Fordham Law Review, Volume 45, Issue 7, Article 3, 1977, s.1349-1381.

HATEMİ, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2021.

İNAL, Emrehan, Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, XII Levha, 2. Baskı, İstanbul 2011.

İNAN, Ali Naim/**YÜCEL**: Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul 2018.

KAPANCI, Berk: “*Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi*,” Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s.655-683.

KAPLAN, İbrahim: *“İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci- Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer”*, 18 – 29 Mart 1996, Ankara 1996), s.107-171 (Ücret).

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2019, (İnşaat Sözleşmeleri).

KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009.

KAYINLIOĞLU ÖZDOĞAN, İrem: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu, Ankara 2022.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara 2021.

KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 (İnşaat Sözleşmesi).

KOCAAĞA, Köksal, Ceza Koşulu, Ankara 2018 (Ceza Koşulu).

KOCAAĞA, Köksal: *“İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”*, TBB Dergisi, 2008, s.149-157 (Götürü Tazminat)

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006.

KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017.

NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ** Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt, İstanbul 2021, (C.I).

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Birinci Cilt, İstanbul 2021, (C.II).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “*İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*”, GÜHFD, C.III, S.1-2, 1999.

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.

ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2021 (İnşaat Sözleşmesi).

ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme).

PARLAK BÖRÜ, Şafak: “*Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 195-228.

SARI, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)*, İstanbul 2011, s.299-304.

SEÇER, Öz: Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara 2020.

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu).

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

ŞAHİN, Turan: “Konsorsiyum Sözleşmesi” T.B.B. Dergisi, 2011, s. 92, s. 451 – 483.

ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010 (ÖBİ, C.II).

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010 (Mesuliyet).

TANDOĞAN, Haluk: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint

Venture)”, Batider, Prof. Dr. Hikmet Belbez’in Hatırasına Armağan, Aralık 1986, C. XIII, s.57- 89 (Alt Mütahhit).

TEKELİOĞLU, Numan: “*İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat*”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 2017/2, s. 159-186.

TEKİNAY, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk /**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I B.6, İstanbul 1976 (Borçlar Genel).

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963 (Cezai Şart).

USTA, Oğuz: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Ankara, 2017.

YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara, 2019.

YAVUZ, Cevdet /**ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2022.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Bası, Ankara 2011.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
Ankara 2021.



ÖZET

Bu çalışmanın konusu inşaat sözleşmelerinde yer alan cezai şart kayıtları ile götürü tazminat kayıtları arasındaki farkların ortaya konmasıdır. Cezai şart, Kıta Avrupası Hukuk sisteminde yaygın olarak kullanılmakta iken, cezai şart uygulamaları, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edilmemektedir. Cezai şart, “ceza koşulu” adı altında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 179. – 182. Maddeleri arasında düzenleme alanı bulmuştur. Cezai şartın tanımı kanunda yer almamakla birlikte inşaat sözleşmelerinde yer alan cezai şart, en genel olarak, yüklenici tarafından sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde yüklenicinin iş sahibine ödemeyi taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanabilir.

Götürü tazminat ise, yasal mevzuatımızda herhangi bir düzenleme alanı bulmamıştır. Bu kurum, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yaygın kullanımı sonucu, Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulama alanı bulan bir kurumdur. Götürü tazminat ise, yüklenici tarafından sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde iş sahibinin uğradığı zararı gidermek için ödenecek tazminat miktarının önceden belirlenmesi olarak tanımlanabilir.

Cezai şart ve götürü tazminat, amaç, talep edilebilirlik unsurları, ispat yükü, uygulanacak hükümler ve sınırları açısından farklılık göstermekte olup, bu çalışmada farklılıklar incelenmiş ve mahkeme kararları ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmesi, yüklenici, iş sahibi, cezai şart, götürü tazminat, sözleşmeye aykırılık.

ABSTRACT

The subject of this study is to explain the differences between the penalty clauses and liquidated damages clauses in construction contracts. The penalty clause is widely used in the Continental European legal system, on the other hand, the penalty clause applications are not accepted in the Anglo-American legal systems. The penalty clause is regulated in Articles 179 - 182 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098. Although the definition of the penalty clause is not included in the TCC, it can be defined as an act with economic value that the contractor undertakes to pay to the owner in case the contract is not performed fully or properly by the contractor.

Liquidated damage, on the other hand, has not been regulated in Turkish legal system. This liquidated damage is applied in the Continental European legal system as a result of its widespread use in the Anglo-American legal system. Liquidated damage can be defined as the predetermination of the amount of compensation to be paid to compensate the damage suffered by the owner in case the contract is not performed at fully or properly by the contractor.

Penalty clause and liquidated damage differ in terms of purpose, conditions of claimability, burden of proof, provisions to be applied and their limits.

Keyword: Construction contract, contractor, owner, penalty clause, liquidated damages, breach of contract.