

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU*

ÖZET

Bu çalışmada inşaat sözleşmeleri açısından cezai şart ve götürü tazminat kavramları incelenmiştir. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin en yaygın türlerinden biridir. Özellikle son on yılda inşaat sektörünün sürekli olarak büyümesiyle birlikte, bu alandaki sözleşme ilişkilerinin de karmaşıklaştığı görülmektedir. İnşaat sözleşmesinde yapı sahibinin en büyük menfaati, yüklenici tarafından inşaatın ayıpsız bir biçimde yapılarak zamanında kendisine teslim edilmesidir. Ancak uygulamada yüklenicilerin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi oldukça yaygındır. Bu durumun önüne geçmek ve yapı sahibinin zararlarını gidermek amacıyla sözleşmelerde cezai şart kayıtlarına veya götürü tazminata yer verilmektedir. Ancak sözleşmelerde yer alan bu kayıtların cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu noktasında duraksama yaşanabilmektedir. Zira cezai şart kanunda düzenlenmiş, buna karşılık götürü tazminat kanunda herhangi bir düzenlemeye bağlanmamıştır. Her iki kavramın sonuçlarının farklılık arz etmesi sebebiyle birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Konunun anlaşılır olması açısından öncelikle inşaat sözleşmelerinden ve yüklenicinin eseri teslim borcundan kısaca bahsedilmiş, ardından cezai şart ve götürü tazminat kavramları ve bunların özellikleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmeleri, yüklenici, teslim borcu, cezai şart, götürü tazminat.

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, numantekelioglu@gmail.com

PENALTY CLAUSE AND LIQUIDATED DAMAGE IN THE CONSTRUCTION CONTRACTS

ABSTRACT

In this study, the terms of penalty clause and liquidated damage have been examined in terms of construction contracts. Construction contracts are one of the most common types of work contracts. Especially with the continuous growth of the construction sector in the last decade, contractual relations in this area seem to be complicated. The greatest interest of the building owner in the construction contract is that the contractor will deliver the building to him in a timely fashion, in a timeless manner. In practice, however, it is fairly common for contractors to default on construction delivery. In order to prevent this situation and to take away the damages of the owner of the building, the contracts are provided with penal clause records or liquidated damages. However, there may be hesitations at the point where these records in the contracts are penal clause or liquidated damage compensation. Because the penalty clause is regulated in the Code of Obligations, it is not connected to any regulation in the liquidated damages. Since the conclusions of both concepts differ, they need to be distinguished from each other. First of all, in terms of clarity, construction contracts and the contractor's brief delivery are mentioned, followed by the concepts of criminal and contractual compensation and their characteristics.

Keywords: Construction contracts, contractor, delivery obligation, penalty clause, liquidated damages.

GİRİŞ

İnşaat sözleşmeleri, TBK m.470-486 arasında düzenlenen “Eser Sözleşmeleri”nin uygulamada en fazla karşılaşılan türlerinden biridir. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede teslim edememesi halinde gecikme süresine bağlı olarak bir miktar para ödeyeceğine dair sözleşme maddelerine sık rastlanmaktadır¹. Hiç şüphesiz buradaki temel amaç, yükleniciyi inşaatı zamanında teslim etmeye sevk etmektir. Bir diğer amaç ise, iş sahibinin gecikmeden doğan tazminat taleplerinde ona dayanak sağlamaktır. Hal böyle olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinde yer verilen bu tür sözleşme maddelerinin hangi durumlarda cezai şart, hangi durumlarda götürü tazminat olarak nitelendirileceği hususu önem taşımaktadır. Zira sözleşmede tarafların cezai şart olarak nitelendirdiği şey, gerçekte bir götürü tazminat olabilir. Bu noktada hakim, her iki kavramın şartları çerçevesinde sözleşmeyi yorumlayarak taraflarca kararlaştırılan şeyin ne olduğunu tespit etmek durumundadır. Öte yandan her iki kavramın sonuçları açısından farklılıklar söz konusu olduğu için, bunların ayırt edilmesi önem taşımaktadır.

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

A. TANIMI VE UNSURLARI

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmelerinin bir türüdür². Eser sözleşmesi TBK m.470 hükmünde “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır³. Kanunda yer alan bu tanımdan yola çıkarak inşaat sözleşmesini, yüklenicinin (müteahhidin) bir yapı eserinin inşasını, yapı sahibinin ise bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edebiliriz⁴. Şu halde inşaat sözleşmesinin üç temel unsuru vardır⁵:

- 1 Kocaağa, Köksal (2008), ‘İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, s.149.
- 2 Ayan, Serkan (2008), **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, İstanbul, Seçkin, s.23; Kaplan, İbrahim (2013), **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin, s.43; Kocaağa, Köksal (2014), **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin, s.11.
- 3 Eren, Fikret (2015), **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, s.579; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014), **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, s.984; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre (2014), **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan, s.454.
- 4 Ayan, s.23; Kaplan, s.43; Kocaağa (2014), s.13.
- 5 Ayan, s.24; Kaplan, s.52; Kocaağa, (2014), s.15.

- 1-) Bir yapı eseri inşa etme
- 2-) Bedel
- 3-) Anlaşma

B. HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türü olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶. Zira burada tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Yüklenicinin temel borcu yapı eserinin inşası ve teslimi, buna karşılık yapı sahibinin temel borcu ise bedel ödemektir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesi aynı zamanda ivazlı bir sözleşmedir. Yapı eserinin inşası borcunun karşılığını bedel ödeme borcu oluşturmaktadır. Bedelin sözleşmenin kurulduğu anda miktar olarak belirli olması şart değildir⁷. Bu durum, TBK m.481 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır⁸.

İnşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir⁹. Taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında buldukları anda sözleşme kuruşmuş olur. Şu halde yüklenicinin yapı eserini teslim edip etmemesi veya yapı sahibinin bedel ödeme borcunu ifa edip etmemesi sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Bu hususlar, edimlerin ifa edilip edilmemesiyle ilgilidir¹⁰.

İnşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir¹¹. Yüklenicinin yapı eserini inşa etme borcunun belirli bir zaman alması, sözleşmeyi sürekli borç doğuran bir sözleşme yapmaz. Yapı sahibinin ifanın gerçekleştirilmesindeki menfaati, yüklenicinin yapı eserini teslim etmesiyle sona erer. Dolayısıyla inşaat sözleşmesinde ifa zaman içerisinde değil, bir defada yerine getirilir¹².

Kamu kurum ve kuruluşlarının yapı sahibi olduğu inşaat sözleşmelerinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi gibi başkaca mevzuat hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹³. Ancak bu durum inşaat sözleşmesinin borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz¹⁴.

6 Eren (2015), s.580; Kaplan, s.51; Yavuz/Acar/Özen, s.994; Zevkliler/Gökyayla, s.470.

7 Eren (2015), s.581.

8 “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir”.

9 Eren (2015), s.582; Yavuz/Acar/Özen, s.992; Zevkliler/Gökyayla, s.472.

10 Eren (2015), s.582.

11 Eren (2015), s.582; Yavuz/Acar/Özen, s.993; Zevkliler/Gökyayla, s.471.

12 Zevkliler/Gökyayla, s.471.

13 Kaplan, s.51.

14 Kaplan, s.51; Zevkliler/Gökyayla, s.473.

II. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİNİ TESLİM BORCU

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, inşa ettiği yapı eserini yapı sahibine teslim etmek borcu altındadır¹⁵. Dolayısıyla, yüklenicinin yalnızca yapı eserini inşa etmiş olması yeterli değildir. İnşa edilen yapı eserin teslim edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar TBK m.470 hükmünde eser sözleşmesinin tanımı yapılırken teslimden bahsedilmemiş olsa da, işin mahiyetinden ve kanundaki bazı ifadelerden (TBK m.473/1, 474/1, 479/1, 483/1) yola çıkılarak yüklenicinin eseri teslim borcu altında olduğu söylenebilir¹⁶. Gerçekten de yapı sahibi açısından eserin inşası tek başına bir anlam ifade etmez. Bunun tamamlayıcısı olarak yapı eserin teslimiyle birlikte borç ifa edilmiş, yapı sahibi de sözleşmeden beklediği menfaati elde etmiş olur.

Eserin tesliminden maksat, eser üzerindeki tasarruf yetkisinin yüklenici tarafından ifa amacıyla yapı sahibine geçirilmesidir¹⁷. Dolayısıyla teslimin mümkün olabilmesi için yapı eserin tamamlanmış olması gerekir. Aksi takdirde yapı sahibi eseri teslim almaktan kaçınabilir¹⁸. Ancak yapının büyük bir kısmı tamamlandığı ve geriye ufak tefek eksiklikler kaldığı halde yapı sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹⁹.

İnşaat sözleşmelerine konu olan yapının kullanılabilmesi için imar mevzuatından kaynaklanan bazı belge ve izinlerin (yapı kullanma izni vs.) temin edilmesi gerekmektedir. Uygulamada genellikle söz konusu izinlerin yüklenici tarafından alınacağı ve yapının kullanılmaya elverişli biçimde teslim edileceği sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Şu halde yüklenicinin yapıyı tamamlamasına rağmen gerekli izinleri alamaması durumunda teslimden bahsedilemez. Zira bu durumda gerekli belge ve izinlerin alınması, eseri tamamlama borcunun bir parçasıdır²⁰.

İnşaat sözleşmelerinde yapı eserin teslim zamanı çoğunlukla sözleşmede kararlaştırılmaktadır²¹. Teslim zamanı takvim günü olarak belirlenebileceği gibi (1 Haziran 2017 gibi), başka bir şekilde de belirlenebilir. Nitekim

15 Ayan, s.27; Kaplan, s.53; Kocaağa (2014), s.29.

16 Eren (2015), s.615; Yavuz/Acar/Özen, s.1020; Zevkililer/Gökyayla, s.477.

17 Ozanoğlu, Hasan Seçkin (1999) 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezaî Şart Kayıtları', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-2, s.65.

18 Yavuz/Acar/Özen, s.1021.

19 Eren (2015), s.616.

20 Seliçi, Özer (1978) *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, s.40 vd.

21 Ozanoğlu, s.68.

uygulamada, “sözleşmenin yapılmasından itibaren 36 ay içinde”, “inşaat izninin alınmasından itibaren 24 ay içinde” gibi sözleşme kayıtlarına sıkça rastlanmaktadır²². Böyle bir durumda TBK m.117/2 gereğince, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş olduğundan yüklenici bu sürenin sonunda ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmamışsa, yapı eserinin tamamlanması ile birlikte teslim borcunun muaccel olduğu kabul edilir²³. Yapı eserinin tamamlanmasına ilişkin süre ise, makul, dürüst ve orta zekâda bir yüklenicinin bu eseri tamamlayabileceği süre dikkate alınarak tespit edilir²⁴.

Yapı eserinin teslim yeri noktasında bir duraksama yoktur. Zira konusu taşınmaz olan eser sözleşmelerinde teslim yeri haliyle taşınmazın bulunduğu yerdir²⁵. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde de bu kurala göre ifa yeri belirlenir.

III. YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

Teslim zamanı geldiği halde yapı eserini tamamlamayan veya tamamlamasına rağmen teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşer²⁶. Eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerde (TBK m.470-486) yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi durumuna dair bir düzenleme yoktur. TBK m.473/1 hükmünde yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi durumlarına bağlı olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı yer almaktadır. Ancak söz konusu bu hüküm, gerçek anlamda bir temerrüt halini düzenlememektedir²⁷. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, genel olarak borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m.117-119 hükümleriyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen TBK m.123-125 hükümleri uygulama alanı bulur²⁸.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmez²⁹. Eğer yüklenici objektif olarak eseri teslim borcunun ifasında gecikmişse temerrüt

22 Kaplan, s.78.

23 Zevkliler/Gökyayla, s.483.

24 Eren (2015), s.617.

25 Yavuz/Acar/Özen, s.1022.

26 Kaplan, s.55; Zevkliler/Gökyayla, s.484.

27 Ozanoğlu, s.71.

28 Yavuz/Acar/Özen, s.1023.

29 Ozanoğlu, s.72.

gerçekleşmiş demektir. Ancak yüklenicinin gecikmesini haklı gösterecek sebeplerin (yapı sahibinin temerrüdü, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi vs.) söz konusu olması halinde sözleşmede belirlenen teslim zamanı gelmiş olsa bile yüklenici temerrüde düşmez³⁰. Bu durumda tarafların farazi iradelerine göre teslim zamanının haklı gecikme süresi kadar uzadığı kabul edilir³¹.

Kural olarak, yüklenicinin temerrüde düşmesi için yapı sahibinin ihtar da bulunması gerekir (TBK m.117/1). Ancak uygulamada çoğunlukla teslim zamanı sözleşmede açıkça belirlendiği için, TBK m.117/2 gereğince ayrıca bir ihtar gerek olmaksızın sözleşmedeki tarihin geçmesiyle birlikte yüklenici temerrüde düşer.

Teslim borcunu ifada temerrüde düşen yüklenici, borcun geç ifasından dolayı yapı sahibinin uğradığı zararları gidermek zorundadır (TBK m.118). Yüklenici bunun dışında beklenmedik halden doğan zarardan da sorumludur (TBK m.119/1). Yapı sahibi ayrıca TBK m.123 hükmü uyarınca yükleniciye teslim borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verebilir. Eğer yüklenici verilen süre içerisinde teslim borcunu ifa etmezse, yapı sahibi TBK m.125'de yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilir³². Yapı sahibinin, temerrüde düşen yükleniciye karşı ileri sürebileceği seçimlik haklar ise şunlardır:

1-) Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebilir.

2-) Aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (müspet zarar) giderilmesini isteyebilir.

3-) Sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteyebilir.

Seçimlik haklar dışında, sözleşmede yüklenicinin teslim borcunu zamanında ifa etmemesine bağlı olarak cezai şart ödeyeceğine ilişkin bir kayıt bulunması durumunda yapı sahibinin bunu da talep etmesi gündeme gelecektir.

IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARI

A. CEZAI ŞARTIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ödemeyi kabul ettiği edime cezai şart denir³³. Ce-

30 Ozanoğlu, s.72; Zevkliler/Gökyayla, s.484.

31 Ozanoğlu, s.73; Zevkliler/Gökyayla, s.485.

32 Yavuz/Acar/Özen, s.1023.

33 Benzer tanımlar için bkz. Eren, Fikret (2017), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin, s.1205; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre (2015), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.362;Kocaağa, Köksal (2003), **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin, s.33; Nomer, Haluk Nami (2015), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** İstanbul, Beta, s.361; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016), **Borçlar Hukuku Genel**

zai şart TBK m.179-182 hükümleri arasında düzenlenmiştir³⁴. Bunun en temel sebebi, cezai şartın bağımsız bir hukuki işlem olmamasıdır³⁵.

Gerçekten de cezai şart, asıl borca bağımlı ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde doğabilecek olan fer'i bir edimdir³⁶. Dolayısıyla cezai şartın kaderi asıl borcun kaderine bağlıdır. Asıl borcun geçersiz olması, cezai şartın da geçersiz olması sonucunu doğurur³⁷. Bu durum, cezai şartın asıl borcun ifasını teminat altına alma işlevinin bir sonucudur³⁸. Öte yandan kanunda da, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu olmayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumlarında cezanın ifasının istenemeyeceği belirtilmiştir (TBK m.182/2). Ancak bunun tersine, ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (TBK m.182/2).

Kural olarak, geçerli olan bütün hukuki işlemler için cezai şart kararlaştırılabilir³⁹. Uygulamada çoğunlukla sözleşmeden doğan borçlar için cezai şart kararlaştırılmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, sözleşmeler dışındaki hukuki işlemler için de cezai şart kararlaştırılması mümkündür⁴⁰. Bazı hukuki

Hükümler C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.518; Ozanoğlu, s.77; Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay(1993), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** C.I, İstanbul, s.455; Şenyüz, Doğan (2016), **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın, s.206. “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 bir edimdir”. Yargıtay 6.HD, 2016/2569 E.,2016/5645 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

34 Ancak kanunda “ceza koşulu” terimi yer almaktadır. Terminoloji konusunda öğretilerde daha farklı kavramlar da kullanılmaktadır. Örneğin “ceza şartı”, “sözleşme cezası”, “sözleşmesel ceza” bunlardan başlıcalarıdır. Aynı durum Almanca eserlerde de mevcuttur. Bazı yazarlar “Vertragsstrafe” terimini kullanırken, bazıları “Konventionelstrafe” terimini kullanmaktadırlar. Bkz. Bucher, Eugen (1988), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich, s.521; Koller, Alfred (2006), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht**, Band II, Bern, §52, Rn.28; Luft, Manuela, “**Die Vertragsstrafe im Bauvertrag**”, Neue Juristische Wochenschrift, 2016, s.2470; Münchener Kommentar zum BGB (2016) , 7. Auflage, Rn.1042; Schulze/Grziwotz/Lauda (2017), **BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch**, 3. Auflage, Rn.30.

35 **Kocaağa** (2003), s.39.

36 Akkayan Yıldırım, Ayça (2003), ‘**Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Bir Değerlendirme**’, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, s.366; Bilge, Necip (1958), ‘**Cezai Şart**’, Prof.Dr. Esat Arsebükü Armağan, Ankara, s.40; **Eren** (2017), s.1206; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.455.

37 **Eren** (2017), s.1206; **Kocaağa** (2003), s.93.

38 **Bilge**, s.42; **Hatemi/Gökyayla**, s.363.

39 **Kocaağa** (2003), s.78; **Oğuzman/Öz**, s.520.

40 VonTuhr, Andreas/Escher, Arnold (1974), **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, Zürich, §87, s.278.

işlemler içinse cezai şart söz konusu olmaz. Evlenme sözleşmesi bu şekildedir⁴¹.

Cezai şart olarak belirlenecek edim çoğunlukla bir miktar paranın verilmesidir⁴². Nitekim inşaat sözleşmelerinde de çoğunlukla teslimde gecikilen her gün veya ay için bir miktar paranın cezai şart olarak yapı sahibine verileceği kararlaştırılmaktadır. Ancak cezai şartın para dışında bir şey verme veya yapma şeklinde belirlenmesi de mümkündür⁴³. Hatta ekonomik değer taşıyorsa, bir yapmama edimi de ceza olarak kararlaştırılabilir⁴⁴.

B. CEZAI ŞARTIN İŞLEVLERİ

Cezai şartın iki temel işlevi vardır⁴⁵. Bunlardan birincisi ve en önemlisi, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı oluşturarak borcun ifasını teminat altına almaktır. Gerçekten de sözleşmede cezai şart kararlaştırıldığında bu durum borçlu üzerinde manevi bir baskı oluşturur⁴⁶. Borçlu borcunu ifa etmemesi durumunda cezai şartla karşı karşıya kalacağını bilir ve bu sebeple temerrüde düşmek istemez. Böylece asıl borcu ifa etmeye ve cezai şarttan kurtulmaya çalışır⁴⁷. Yani cezai şart bir bakıma borçlunun borcunu ihlal etmesini engelleme fonksiyonunu icra etmektedir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde çoğu zaman yapıldığı gibi, cezai şartın yüksek bir miktarda belirlenmesi borçlu üzerindeki psikolojik baskı unsurunu kuvvetlendirmektedir. Öğretide bu işleve kısaca “teminat işlevi (Sicherungsfunktion)⁴⁸” denilmektedir.

Cezai şartın ikinci işlevi ise, borcun ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak tazminat talebinin kolaylaştırılması ve miktarının tespit edilmesidir⁴⁹. Kural olarak sözleşmeye aykırılık hallerinde alacaklı zarara uğradığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmesi gerekmektedir. Ancak zararın varlık ve miktarının ispatı her zaman kolay değildir⁵⁰. İşte bu noktada alacaklı, sözleşmede yer alan cezai şart sayesinde borcun ifa edilmemesi halinde uğrayacağı zararı ve mik-

41 Nişanlanma için cezai şart kararlaştırılabilir. Ancak TMK m.119/2 gereğince bu cezai şart dava edilemez. Ödenmesi halinde ise geri istenemez.

42 Oğuzman/ Öz, s.522.

43 Bilge, s.44; Kocaağa (2003), s.108.

44 Bilge, s.44; Kocaağa (2003), s.108.

45 Bilge, s.81; Kocaağa (2003), s.40.

46 Bilge, s.81; Ozanoğlu, s.79.

47 Kocaağa (2003), s.43.

48 Kocaağa (2003), s.42.

49 Bilge, s.81; Ozanoğlu, s.80.

50 Kocaağa (2003), s.45.

tarını ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır. Cezai şartın bu işlevi öğretide “tazminat işlevi (Schadensersatzfunktion)⁵¹” olarak adlandırılmaktadır.

C. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

TBK m.179 hükmünde cezanın sözleşmenin ifasıyla ilişkisi bağlamında cezai şartın üç türü düzenlenmiştir. Bunlar; seçimli cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şarttır. Söz konusu kavramlar kanunda yer almayıp, öğreti tarafından geliştirilmiştir⁵². İnşaat sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan cezai şart türleri ifaya eklenen cezai şart ile seçimlik cezai şart kayıtlarıdır. Bazı durumlarda sözleşmedeki kaydın hangi tür cezai şart olduğunu ayırt etmede güçlüklerle karşılaşılabilir⁵³. Bu sebeple cezai şartın türlerine kısaca değinmekte fayda vardır.

1. Seçimlik Cezai Şart

TBK m.179/1 hükmüne göre, “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılma-dıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”. Şu halde cezai şart, sözleşmeden doğan edimlerin tam ve gereği gibi ifasını sağlamayı amaçlamışsa, aksi kararlaştırılmadıkça seçimlik cezai şart olarak kabul edilir. Maddede yer alan “sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu” ile kastedilen, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi dışındaki bütün borca aykırılık halleridir⁵⁴. Zira borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu TBK m.179/2’de özel olarak düzenlenmiştir.

Seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda, alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. Örneğin yüklenicinin inşaatı zamanında bitirmesi ancak yapının ayıplı olması durumunda yapı sahibi ayıptan doğan haklarını talep edebilir veya kararlaştırılan cezai şartı isteyebilir. Alacaklıya tanınan bu imkân bir seçimlik yetki niteliğindedir⁵⁵. Uygulamada genellikle “bu sözleşme hükümlerine uymayan taraf, diğer tarafa 100.000 TL ödemeyi kabul ve taahhüt eder” şeklinde genel ifadeler kullanılmaktadır.

TBK m.179/1 hükmü emredici değildir. Dolayısıyla taraflar sadece cezai şartın istenebileceği veya asıl borcun ifasıyla birlikte cezai şartın da istenebileceği yönünde anlaşma yapabilirler⁵⁶.

51 VonTuhr/Escher, s.277.

52 Kocaağa (2003), s.146.

53 Ozanoğlu, s.94.

54 Kocaağa (2003), s.146.

55 Ozanoğlu, s.95.

56 Kocaağa (2003), s.149.

2. İfaya Eklenen Cezai Şart

TBK m.179/2'ye göre, “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”. İfaya eklenen cezai şart kayıtları, inşaat sözleşmelerinde en sık karşılaşılan kayıtlardır. Örneğin yüklenici, sözleşmede belirlenen tarihte inşaatı teslim etmezse gecikilen her gün için yapı sahibine 1000 TL ödemeyi taahhüt etmişse, yapı sahibi hem inşaatın tamamlanmasını hem de cezai şartı talep edebilir. Ancak bazı durumlarda sözleşmede yer alan kaydın seçimlik cezai şart mı yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğu noktasında duraksama olabilir. Özellikle teslim zamanına bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmışsa, bunun ifaya eklenen cezai şart olduğu kabul edilir⁵⁷. Ancak yükleniciyi belirli bir zamanda teslim zorlama amacı yoksa ve cezai şart yüksek tutulmuşsa burada seçimlik cezai şart olduğu düşünülebilir⁵⁸. TBK m.179 hükmü emredici olmadığı ve bu sebeple aksi kararlaştırılabildiği için, tarafların gerçek iradeleri çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir.

İfaya eklenen cezai şartın ortaya çıkması için iki hal öngörülmüştür. Birincisi borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi, ikincisi de borcun belirlenen yerde ifa edilmemesidir⁵⁹. İnşaat sözleşmeleri açısından, borcun ifa yeri taşınmazın bulunduğu yer olduğundan bu konuda bir çekişmeye rastlanmaz. Ancak ifa zamanı noktasında uygulamada pek çok uyuşmazlık yaşanmaktadır. Özellikle de yüklenicinin inşaatı projeye veya imar mevzuatına aykırı yapması ve bu sebeple yapı kullanma izin belgesinin alınamaması hallerinde inşaat tamamlanmış olsa bile teslim gerçekleşmiş sayılamaz. Zira teslim çoğunlukla yüklenicinin yapıyı kullanmaya hiçbir engel bulunmayacak şekilde yapı sahibine devretmesini ifade etmektedir.

Alacaklı ifayla birlikte cezai şartı talep etme hakkından açıkça feragat etmişse, cezai şartın ifasını isteyemez. Aynı durum, alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi halinde de geçerlidir. Yani alacaklı, borcun zamanında veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesine rağmen, hiçbir çekince ileri sürmeden ifayı kabul ederse artık cezai şartın ödenmesini isteyemez⁶⁰. Cezaî şartı isteme hakkını saklı tutmaksızın asıl borcun ifasını kabul etmiş olan alacaklı, cezaî şartı istemekten zımnen feragat etmiş sayılır.

57 Gecikilen her gün, hafta veya ay için bir miktar para ödeneceğine ilişkin kayıtlar ifaya eklenen cezai şarttır. **Ozanoğlu**, s.98.

58 **Ozanoğlu**, s.98.

59 **Kocağa** (2003), s.149.

60 **Kocağa** (2003), s.149.

3. İfayı Engelleyen Cezai Şart (Dönme Cezası)

TBK m.179/3'e göre, "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır". Görüldüğü üzere bu düzenlemede borçluya cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirme hakkı tanınmıştır. Öğretide dönme cezasının gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı belirtilmektedir⁶¹. Zira burada cezai şartın en önemli işlevi olan teminat işlevi yoktur. Borçlu cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Dolayısıyla borç ilişkisinin kuvvetlendirilmesi değil, tam tersine zayıflatılması söz konusudur⁶².

D. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARININ KAPSAMI VE KOŞULLARI

1. Cezai Şartın Kapsamı

Yukarıda belirtildiği üzere inşaat sözleşmelerinde cezai şart kayıtları genellikle ifaya eklenen cezai şart şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yapının zamanında teslim edilmemesine bağlı olarak cezai şartın miktarı gecikilen zamana göre artış gösterecektir. Bu durumda cezai şartın bir üst sınırının bulunup bulunmadığı sorunuyla karşılaşmaktadır. Taraflar bu konuda bir üst sınır belirlemişlerse sorun yoktur. Ancak çoğunlukla böyle bir üst sınır belirlenmediğinden, yapı sahibinin uzun süre bu hakkını kullanmayarak cezai şartın artmasına sebebiyet vermesi söz konusu olabilir⁶³.

Yapı sahibinin kendinden kaynaklanan sebeplerle cezai şartı talep etmekte gecikmesi durumunda, cezai şarttaki artıştan yüklenicinin sorumlu tutulmaması gerekir⁶⁴. Zira yapı sahibinin bu davranışı hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Şu halde yapı sahibinin kendi davranışlarından dolayı cezai şartın artmasına sebep olması durumunda TMK m.2 gereğince hâkimin bu durumu değerlendirmesi ve cezai şartın indirilmesinde dikkate alması lazım gelir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, inşaat sözleşmeleri açısından yüklenicinin tacir sıfatını haiz olması sebebiyle, cezai şartın indirilmesini talep etmesi mümkün değildir⁶⁵. TTK m.22 hükmüne göre, "Tacir sıfatını haiz

61 Eren (2017), s.1210; Kocağa (2003), s.154; Ozanoğlu, s.97.

62 Eren (2017), s.1210; Kocağa (2003), s.155; Ozanoğlu, s.98.

63 Ozanoğlu, s.100.

64 Ozanoğlu, s.101.

65 Ozanoğlu, s.102.

borçlu, Türk Borçlar Kanunu'nun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Söz konusu düzenlemenin temelinde TTK m.18/2'de yer alan basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak tacir, ticari işletmesiyle ilgili işlemlerde bulunurken ve özellikle de sözleşme yaparken, ileride ortaya çıkabilecek durumları tespit edebilmeli ve özenli davranmalıdır. Şu halde tacirin cezai şartın indirilmesini isteyememesi, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün özel bir uygulama biçimidir⁶⁷.

Hal böyle olmakla birlikte, tacir olan yüklenicinin taahhüt ettiği cezai şartın hiçbir şekilde indirilemeyeceği söylenemez⁶⁸. Zira basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ahlaka aykırılık derecesinde yüksek olsa bile cezai şartta katlanmak zorunda olduğu anlamına gelmez⁶⁹. TBK m.27'de öngörülen sınırlamalar, borçlu tacirin taahhüt ettiği cezai şart açısından da geçerlidir. Cezai şartın, yüklenicinin ekonomik özgürlüğünü yok edecek veya ağır şekilde kısıtlayacak derecede yüksek olması ahlaka aykırılık teşkil eder⁷⁰. Böyle bir durumda kararlaştırılan cezai şart kesin hükümsüzdür. Ancak kanaatimizce, miktarı bakımında bölünebilir nitelikte bir cezai şart söz konusu ise (para borcu), kısmi hükümsüzlük uygulanarak cezai şartı ahlaka aykırılık oluşturmayacak bir düzeye indirmek mümkün olabilir.

2. Cezai Şartın Koşulları

a. Geçerli Bir Asıl Borcun Varolması

Cezai şart, mevcut bir borcun ifasını teminat altına almak için kararlaştırılan fer'i nitelikte bir edimdir. Şu halde cezai şarttan bahsedebilmek için her şeyden evvel geçerli bir asıl borcun var olması gerekir⁷¹. İnşaat sözleşmeleri açısından bu borç, yüklenicinin yapı eserini teslim borcudur. Yapı sahibi, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede tamamlayarak ifa zamanında kendisine teslim etmesini ister. Ancak inşaat sözleşmesinin kanunun emredici

66 Ayhan, Rıza (2013), 'Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X-VII, S.1-2, s.309; Tamer, Ahmet (2013), 'Tacirler Bakımından Cezai Şart', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, s.749.

67 Ayhan, s.309; Tamer, s.749.

68 Ayhan, s.311; Tamer, s.750.

69 Kocağa (2003), s.260.

70 Kocağa (2003), s.261.

71 Cansel, Erol/Özel, Çağlar (2012), 'Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu', Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C: I, s.718.

hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık, imkânsızlık, şekle aykırılık veya ehliyetsizlik sebepleriyle geçersiz olması durumunda buna bağlı olarak cezai şart da geçersiz olacaktır.

b. Geçerli Bir Cezai Şart Anlaşmasının Bulunması

Geçerli bir asıl borcun varlığından sonra ikinci şart, bir cezai şart anlaşmasının bulunmasıdır. Başka bir deyişle, cezai şartın taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan bir hukuki işlemle kararlaştırılması gerekmektedir⁷². İnşaat sözleşmelerinde cezai şart anlaşması, çoğunlukla sözleşmenin içerisinde yer alan bir madde şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, cezai şartın asıl sözleşmeden ayrı olarak kurulması da mümkündür⁷³. Zira cezai şartın asıl sözleşme ile aynı zamanda kararlaştırılması şart değildir. Tarafların anlaşmalarına göre asıl sözleşmeden önce veya sonra da kararlaştırılabilir⁷⁴.

Cezai şartın bağlı olduğu asıl sözleşme açısından kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, cezai şart anlaşması da bu şekle uygun olarak yapılmalıdır. İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türüdür ve eser sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Hal böyle olmakla birlikte inşaat sözleşmelerinin önemli bir bölümünde şekil şartı aranmaktadır. Söz gelimi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yapılacak olan inşaat sözleşmelerinin adi yazılı şekilde yapılması zorunludur⁷⁵. Öte yandan, geniş bir uygulama alanı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de arsa payının devri vadini içermesi nedeniyle noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁷⁶.

Asıl sözleşme açısından kanunda bir şekil şartı öngörülme de, taraflar sözleşmenin geçerliliğini belirli bir şekilde yapılmasına tabi tutabilirler. Şu halde, sözleşmenin iradi şekle aykırı olarak yapılması halinde cezai şartın da geçersiz olup olmayacağı sorunu gündeme gelir. Burada iradi şeklin kapsamına bakmak gerekir⁷⁷. Yani iradi şeklin kapsamına cezai şart da dâhil edilmişse, asıl sözleşme için öngörülen şekle aykırı hareket edilmesi cezai şartın geçersizliğine sebep olur.

72 Kocağa (2003), s.113.

73 Kocağa (2003), s.129.

74 Kocağa (2003), s.130.

75 Avcı, Ali (2015), 'Eser Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, Sayı 21, s.301.

76 Avcı, s.303; Erman, Hasan (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, s.17.

77 Kocağa (2003), s.128.

Asıl borcun geçersizliğine sebep olabilecek durumların⁷⁸ cezai şart açısından mevcut olması durumunda cezai şart geçersiz olur. Kural olarak, cezai şartın geçersizliği asıl sözleşmenin geçersiz olmasına yol açmaz. Ancak taraf iradelerinin yorumuna göre, cezai şart olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, asıl sözleşme de geçersiz olur⁷⁹.

c. Cezai Şartın Muaccel Olması

Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart alacağının talep edilebilmesi için muaccel olması gerekmektedir. Cezai şartın ne zaman muaccel olacağı noktasında öncelikle sözleşmenin dikkate alınması gerekir. İnşaat sözleşmelerinde çoğunlukla yüklenicinin inşaatı teslimde gecikmesine bağlı olarak cezai şart öngörülmektedir. Şu halde cezai şart, yüklenicinin yapı eserini teslim borcunu zamanında ifa etmediği anda muaccel olur. Ancak bu durum, sözleşmede kesin bir vade belirlenip ayrıca ihtara gerek bulunmayan hallerde geçerlidir. Nitekim inşaat sözleşmelerinde yapı eserinin teslim zamanı büyük önem taşıdığından, hemen hemen bütün sözleşmelerde teslim zamanı kesin olarak belirlenmektedir. Belirli bir vadeye bağlı olmayan borçlarda ise durum tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, cezai şartın muaccel olması için asıl borcun ifasında temerrüde düşmüş olmasının gerekmediği yönündedir⁸⁰.

Cezai şartın muaccel olması için, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir. Zira tazminat talep etme hakkına paralel olarak, cezai şartın talep edilebilmesi için de borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olması şarttır⁸¹. TBK m.182/2 hükmünde göre, asıl borcun sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda cezanın ifası istenemez. Kanunda yalnızca sonraki imkânsızlıktan bahsedilmekle birlikte, bunun dışındaki borca aykırılıklarda da kusurun aranması gerektiği kabul edilmektedir⁸². Dolayısıyla yüklenicinin teslim borcunda kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde cezai şart talep edilemez. Ancak taraflar, yüklenicinin kusuru olmasa bile cezai şart ödeyeceğini kararlaştırabilirler (TBK m.182/2).

Yüklenicinin yapı eserini teslimde gecikmesi haklı bir nedene dayanıyorsa cezai şart muaccel olmaz⁸³. Söz gelimi yapı sahibinin kendi yükümlülük-

78 Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık, imkânsızlık, şekle aykırılık, ehliyetsizlik vs.

79 Kocağa (2003), s.125.

80 Kocağa (2003), s.161.

81 Oğuzman/Öz, s.532.

82 Kocağa (2003), s.172; Oğuzman/Öz, s.533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.480.

83 Ozanoğlu, s.107.

lerini yerine getirmemesi sebebiyle teslim gecikmişse, artık teslim tarihi muacceliyet tarihi niteliğini kaybeder⁸⁴. Bu durumda, aksine bir anlaşma olmadıkça teslim tarihinin tarafların farazi iradelerine dayanılarak gecikme süresi kadar uzadığı kabul edilmektedir⁸⁵. Başlangıçta belirli olan vade, artık belirsiz vadeye dönüşecektir.

d. İfanın Çekincesiz Olarak Kabul Edilmemiş Olması

İfaya eklenen cezai şartta alacaklı, ifayı çekincesiz olarak (ihtirazi kayıt ileri sürmeden) kabul ederse cezai şart talep etme hakkını kaybeder (TBK 179/2). Yani yapı sahibi, yüklenicinin teslimde gecikmesine rağmen, hiçbir çekince ileri sürmeden yapıyı teslim almışsa cezai şart talep etme hakkından zımnen feragat etmiş sayılacaktır. Şu halde yapı sahibi, eserin tesliminden önce veya en geç teslim sırasında cezai şart talep ettiğini yükleniciye beyan etmelidir⁸⁶. Söz konusu beyan herhangi bir şekilde tabi değildir. Önemli olan, cezai şart talep edildiğine dair çekincenin açık bir biçimde borçluya bildirilmiş olmasıdır⁸⁷.

V. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI

Borç ilişkisinde borçlunun edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesine bağlı olarak alacaklı aleyhine bir zararın ortaya çıkması mümkündür. Böyle bir durumda alacaklının yapması gereken şey, borçludan zararının giderilmesi çerçevesinde tazminat talep etmektir. İşte bu noktada, alacaklının uğradığı zararın ve borçlunun ödemek zorunda olduğu tazminatın belirlenmesi gündeme gelir. Tazminatın belirlenmesi hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁸. Hâkim somut olaya göre değerlendirme yaparak ve gerektiğinde bilirkişiye de başvurarak tazminat miktarını tespit etmek durumundadır.

Tazminatın belirlenmesinde en önemli nokta, zarar ile tazminat miktarı arasındaki dengenin kurulabilmesidir. Başka bir deyişle tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, buna karşılık zarar

84 Ozanoğlu, s.107.

85 Ozanoğlu, s.107.

86 Kocağa (2003), s.199; Ozanoğlu, s.110.

87 Kocağa (2003), s.201.

88 Nomer, s.181.

görenin zenginleşmesine de yol açmamalıdır⁸⁹. Ancak somut olayda gerçekleşen özel sebepler veya kanunda yer alan bazı düzenlemeler çerçevesinde tazminat miktarında indirim yapılması söz konusu olabilir⁹⁰.

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler (TBK m.26). Şu halde tarafların, sözleşmeye aykırı davranılması halinde alacaklının malvarlığında meydana gelecek eksilmenin tazminine dair aralarında anlaşmalarını ve tazminat miktarını önceden kararlaştırmalarını engelleyecek bir durum yoktur⁹¹. İşte bu noktada götürü tazminat kavramı devreye girmektedir⁹². Zira götürü tazminat, zararın hesaplanması ve tazminat miktarının tespit edilmesi hususundaki belirsizliği gidermek amacıyla, ödenecek tazminatın önceden belirlenmesini ifade etmektedir⁹³.

Bu anlamda, özellikle inşaat sözleşmeleri açısından yüklenicinin yapı eserini teslim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline binaen, yapı sahibinin uğrayacağı zararı gidermeye yönelik tazminatın götürü şekilde belirlenmesine rastlanabilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, götürü tazminat kavramı (*Pauschalierter Schadenersatz*), gerek ülkemizde gerekse de diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uygulama açısından cezai şartın gerisinde kalmıştır⁹⁴. Öğretide de götürü tazminatın cezai şarttan daha az ele alındığı ve cezai şarta ilişkin açıklamalarla birlikte yer verildiği görülmektedir⁹⁵. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde götürü tazminat (*Liquidated Damages*) hem uygulama hem de öğreti bazında çok daha geniş bir biçimde ele alınmıştır⁹⁶.

89 Tandoğan, Haluk (2010), **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.252.

90 **Oğuzman/Öz**, s.115; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.590.

91 **Tandoğan**, s.435.

92 Birinci Uzun, Tuba (2015), **Götürü Tazminat**, Ankara, **Yetkin**, s.63.

93 Birinci Uzun, s.63; Parlak Börü, Şafak (2017), '**Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.129, s.196.

94 Birinci Uzun, s.39; Erdem, Mehmet (2009), '**Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi**', Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, s.97; Parlak Börü, s.196.

95 Bkz.Birinci Uzun, s.39, dnp.2; Hannemann, Thomas/ Wiegner, Michael (2014), **Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht**, 4.Auflage, Leiden, Rn.360; Martinek, Michael/Semler, Jörg/Flohr, Eckhard (2016), **Handbuch des Vertriebsrechts**, 4.Auflage, Basel, Rn.209; Ostendorf, Patrick (2015), '**Vertragsstrafe und pauschalierter Schadenersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung, JuristischeSchulung**', s.977; Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günther (2017), **Beck'scher Online Kommentar VOB/B**, 26.Auflage, Rn.6; Schuhmann, Ralph (2009), '**Termisicherung im Anlagenbau: Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadenersatz?**', ZfBR, s.307; VonWestphalen, Graf/Thüsing, Gregor (2016), **Vertragsrechtund AGB-Klauselwerke**, 38.Auflage, Rn.35.

96 Bkz. Calleros, Charles, '**Punitive Damages, Liquidated Damages and Penalty Clauses in ContractActions**', Brooklyn Journal Of International Law, Vol.32, Issue 1, s.68; De Ge-

B. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN TANIMI VE UNSURLARI

Götürü tazminat, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının uğradığı zararın giderilmesi için borçlu tarafından ödenecek olan tazminatın, taraflarca önceden belirli bir miktar olarak kararlaştırılmasıdır⁹⁷. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı hukuki işlem ise götürü tazminat anlaşması olup, bu anlaşma asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma niteliğindedir⁹⁸. Götürü tazminatın unsurları şu şekilde belirtilebilir⁹⁹:

1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Bulunması

Götürü tazminat, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlaline bağlı olarak kararlaştırılan bir tazminat türüdür. Bu sebeple, sözleşmeye dayanmayan bir borç ilişkisi için götürü tazminat anlaşması yapılamaz¹⁰⁰. Götürü tazminattan bahsedebilmek için, tıpkı cezai şartta olduğu gibi geçerli bir asıl sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Zira götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmenin ihlalden kaynaklanan tazminat borcuna ilişkindir¹⁰¹. Şu halde götürü tazminatın kaderi, asıl sözleşmenin kaderine bağlıdır. Asıl sözleşmenin geçersizliği, götürü tazminatı da geçersiz kılar. Asıl borcun, borçlunun kusuru olmadan ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda da, götürü tazminat talep edilemez¹⁰².

2. Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması

Götürü tazminat ediminin belirli veya belirlenebilir bir edim olarak sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir¹⁰³. Aksi takdirde götürü tazminat anlaşmasından bahsedilemez. Bu itibarla, tarafların sözleşmede genel bir kayıt koyarak borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının zararlarının giderileceğini belirtmeleri yeterli değildir¹⁰⁴. Zira böyle bir durumda tazminat edimi belirli olmadığı gibi belirlenebilir nitelikte de değildir.

est, Gerrit/Wuyts, Filip (2011), 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Contract Law and Economics, Second Edition, s.141; McKenna, Frank (2008), 'Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law Versus Common Law Comparison', Reed Smith, Spring, s.2; Yavuztürk, Duygu (2011), 'Liquidated Damages and Constriction Contracts: English and U.S Perspective', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, s.225.

97 Birinci Uzun, s.68; Erdem, s.98; Kapancı, Kadir Berk (2013), 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.656; Parlak Börü, s.197.

98 Birinci Uzun, s.68; Erdem, s.100; Kapancı, s.657; Parlak Börü, s.197.

99 Birinci Uzun, s.69; Parlak Börü, s.198.

100 Birinci Uzun, s.69; Parlak Börü, s.199.

101 Erdem, s.100.

102 Erdem, s.100.

103 Kapancı, s.658; Parlak Börü, s.199.

104 Birinci Uzun, s.72.

Tazminat ediminin türü, çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi (nakden tazmin) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, taraflar tazminat olarak başka bir şeyin ödenmesini de kararlaştırabilirler¹⁰⁵. Tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılmışsa, bu edimin tek bir seferde topluca veya irat şeklinde bir süreye bağlanarak ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür.

Taraflar götürü tazminatın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak öğretide götürü tazminat miktarının, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkması muhtemel olan zarara ilişkin “*makul bir tahmin*” ile sınırlı olduğu düşüncesi hâkimdir¹⁰⁶. Taraflarca belirlenen miktar, makul bir tahminin ötesinde borçlu açısından ekonomik yıkıma yol açacak derecede yüksekse, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık teşkil edeceği için götürü tazminat anlaşması kesin hükümsüz olacaktır¹⁰⁷.

3. Tarafların Anlaşması

Götürü tazminat, tarafların asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda alacaklının uğraması muhtemel zararlarının giderilmesi amacıyla önceden belirledikleri tazminatı ifade etmektedir. Dolayısıyla götürü tazminattan bahsedebilmek için, tarafların serbest iradeleri çerçevesinde böyle bir tazminatın ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Götürü tazminat anlaşması çoğunlukla asıl sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁸. Ancak bu anlaşmanın asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılması da mümkündür¹⁰⁹. Önemli olan nokta, götürü tazminat anlaşmasının zarar meydana gelmeden önce yapılmış olmasıdır. Aksi takdirde, yani zarar meydana geldikten sonra tarafların tazminat miktarı hususunda yaptıkları anlaşma götürü tazminat anlaşması değil, bir sulh sözleşmesi niteliğindedir¹¹⁰.

Götürü tazminat anlaşması kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir¹¹¹. Ancak bu anlaşmanın kaderi asıl sözleşmeye bağlı olduğundan, asıl sözleşme için bir şekil şartı söz konusu ise, götürü tazminat anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekmektedir¹¹². Şekle ilişkin bu durum, götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden sonra ve zararın doğmasından önce yapılması

105 **Birinci Uzun**, s.73; **Erdem**, s.105.

106 **Birinci Uzun**, s.76; **Parlak Börü**, s.201.

107 **Erdem**, s.103.

108 **Birinci Uzun**, s.84.

109 **Erdem**, s.103.

110 **Erdem**, s.103.

111 **Birinci Uzun**, s.85.

112 **Erdem**, s.100.

halinde de geçerlidir. Yani her hâlikârda götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmenin şekline tabidir.

Asıl sözleşmenin tarafları, aynı zamanda götürü tazminat anlaşmasının da tarafları konumundadır. Söz gelimi, inşaat sözleşmesinde yapı eserini teslim borcu altında olan yüklenici, eğer götürü tazminat anlaşması yapılmışsa bu tazminat borcunun da borçlusudur. Kural bu olmakla birlikte, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin var olduğu durumlarda, asıl borç ilişkisine taraf olmayan kişilerin götürü tazminat anlaşmasının alacaklısı konumunda olmaları mümkündür¹¹³.

C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Götürü tazminat anlaşması, tek tarafa borç yükleyen, fer'i nitelikte ve kendine özgü yapıda bir sözleşmedir. Bu anlaşmada borçlu, asıl sözleşmedeki yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bir zararın ortaya çıkması halinde tazminat ödemeyi üstlenmektedir. Buna karşılık alacaklının götürü tazminat anlaşması açısından yerine getirmesi gereken bir borç bulunmamaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla götürü tazminat anlaşması, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır¹¹⁵.

Öte yandan götürü tazminat anlaşması, geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Zira götürü tazminat, söz konusu asıl borcun ihlali sonucu oluşması muhtemel zararın belirlenmesini amaçlar. Demek ki götürü tazminat anlaşması, asıl borcun yanında fer'i nitelikte bir borç doğurmaktadır.

Götürü tazminat anlaşması kanunda düzenlenmediği gibi, bu anlaşmaya ait olan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunda yer alan sözleşme tiplerinden hiç birinde de bulunmamaktadır. Bu sebeple götürü tazminat anlaşması kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir¹¹⁶.

D. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNATIN CEZAI ŞARTTAN AYIRT EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Götürü tazminat ve cezai şartın birbirinden ayırt edilmesi eskiden beri üzerinde durulan hususlardan biridir¹¹⁷. Özellikle de inşaat sözleşmeleri aç-

113 **Birinci Uzun**, s.83.

114 **Birinci Uzun**, s.88.

115 **Kapancı**, s.658.

116 **Erdem**, s.109.

117 Bock, Yves/Zons, Jörn (2015), **Rechtshandbuch Anlagenbau**, 1.Auflage, Leinen, Rn.9-18; **Kapancı**, s. 656; **Kocağa** (2003), s.49; **Ostendorf**, s.978; **Hannemann/ Wiegner**, Rn.362.

sından yüklenicinin yapı eserini teslim borcunda temerrüde düşmesine bağlı olarak sözleşmede belirli bir miktar paranın ödeneceğinin kararlaştırıldığı kayıtların, cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira sonuca göre farklı durumların ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir¹¹⁸.

Öğretide götürü tazminat ile cezai şartın birbirinden ayrılması noktasında iki farklı görüş olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, cezai şarttan ayrı bir götürü tazminat kurumuna gerek yoktur¹¹⁹. Zira borca aykırılık halinde ödenecek meblağa ilişkin önceden yapılan anlaşmalar cezai şartın kapsamına girmektedir. Bu sebeple, söz konusu anlaşmaların cezai şarttan farklı bir durum olarak ele alınması için sebep bulunmamaktadır. Çoğunluk görüşüne göre ise, götürü tazminat ve cezai şart kurumları hem nitelik hem de amaç bakımından birbirinden farklıdır¹²⁰. Dolayısıyla, cezai şarta ilişkin hükümlerin doğrudan veya dolaylı olarak götürü tazminata uygulanması mümkün değildir. Biz de çoğunluk görüşüne katılıyoruz.

2. Götürü Tazminat ile Cezai Şart Arasındaki Farklılıklar ve Yorum Kriterleri

Hukukumuzda götürü tazminatı düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple, götürü tazminatın cezai şarttan ayırt edilmesinde tazminat hukukunun genel ilkeleri ve cezai şarta dair düzenlemelerden yola çıkmak gerekmektedir¹²¹. Bu iki kavram arasındaki farklar şu şekilde belirtilebilir¹²²:

- Götürü tazminatın amacı, meydana gelmesi muhtemel zarar için ödenecek tazminatı önceden belirlemek ve alacaklıya ispat kolaylığı sağlamaktır. Cezai şartın amacı ise, borçlu üzerinde baskı kurarak onu ifaya zorlamaktır.

118 **Kocağa** (2003), s.50; **Parlak Börü**, s.218.

119 **Sarı, Suat** (2011), ‘**Götürü Tazminat Kavramı Üzerine**’, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.303; **Tunçomağ, Kenan** (1963), **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, s. 29.

120 **Birinci Uzun**, s.142; **Erdem**, s.120; **Kapancı**, s.675; **Kocağa** (2003), s.52; **Ozanoğlu**, s.90; **Parlak Börü**, s.219.

121 **Kapancı**, s.676; **Parlak Börü**, s.221.

122 **Birinci Uzun**, s.146 vd; **Kapancı**, s.677; **Kocağa** (2003), s.52 vd; **Ozanoğlu**, s.90 vd; **Parlak Börü**, s.221 vd.

- Götürü tazminatta borçlunun asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekmektedir¹²³. Aksi takdirde tazminat istenemez. Cezai şart talep edilebilmesi içinse borçlunun mutlaka kusurlu olması gerekmez. Borçlu kusursuz olsa bile, sözleşmeye aykırılık gerçekleşmişse cezai şart talep edilebilir¹²⁴.
- Götürü tazminatta alacaklı ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olsa bile, zamanaşımı süresi içerisinde tazminat talep edebilir¹²⁵. Cezai şartta ise alacaklı ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olursa artık cezai şart talep edemez (TBK m.179/2).
- TBK m.182/3 gereğince hâkim, aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirir. Yani cezai şartta hâkim sözleşmeye müdahale edilmektedir. Götürü tazminatta ise hâkimin böyle bir yetkisi yoktur¹²⁶. Zira götürü tazminat, tazminatın belirlenmesi hususunda hâkimin sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldırmaktadır.

Sözleşmede yer alan kaydın götürü tazminat mı yoksa cezai şart mı olduğu tespit edilirken, tarafların sözleşmede yaptıkları nitelendirme tek başına dikkate alınmaz¹²⁷. Zira tarafların cezai şart olarak nitelendirdikleri bir kaydın, aslında götürü tazminat olması mümkündür. Şu halde bu ayırım yapılırken, tarafların sözleşmede takip ettikleri gerçek amaçları irdelenmelidir¹²⁸. Taraflar zarara odaklanıp, tazminat miktarını belirlemeyi amaçlamışlarsa götürü tazminat gündeme gelir. Ancak taraflar, zarardan daha çok sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yönelmişlerse, sözleşmedeki kaydın cezai şart olduğu söylenebilir¹²⁹.

Sözleşmede yer alan kayıta kararlaştırılan edimin miktarı önemli bir gösterge olabilir¹³⁰. Edimin miktarı, makul ve tahmini zarar miktarından çok daha yüksekse, bu durum cezai şartın varlığına işaret edebilir¹³¹. Zira edimin miktarının çok yüksek olması, borçlunun üzerinde baskı oluşturulduğu izlenimini vermektedir. Uğranılan zarar ile kararlaştırılan edimin miktarı arasında fazla fark bulunmuyorsa, yani makul bir zarar tahmini olduğu söylenebiliyor-

123 **Birinci Uzun**, s.149.

124 **Kocaağa** (2003), s.171.

125 **Kocaağa** (2008), s.151.

126 "Sözleşmede aylık tazminat maktu olarak kararlaştırılmışsa aylık zarar daha fazla olsa dahi, zararın kararlaştırılmış olan miktar kadar olduğu asıldır. Bu maktu kira tazminatı is sahibi yararına artırılmayacağı gibi, yüklenici yararına da indirilemez". Yargıtay 23.HD, 2013/5655 E.,2014/4452 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

127 **Ozanoğlu**, s.91.

128 **Ozanoğlu**, s.91.

129 **Kapancı**, s.679.

130 **Birinci Uzun**, s.158.

131 **Kapancı**, s.679.

sa, sözleşmedeki kayıt götürü tazminat olarak değerlendirilebilir¹³². Ancak her yüksek miktar, sözleşmedeki kaydı tek başına cezai şart olarak nitelendirmeye yeterli değildir.

3. Yargıtay'ın Yaklaşımı

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi ihtimaline bağlı olarak gecikilen her gün/hafta/ay için bir miktar paranın iş sahibine ödeneceğine dair kayıtlar yer almaktadır. Yargıtay bu tür kayıtları bazı kararlarında “kira tazminatı” olarak nitelendirmektedir. Nitekim bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Davacı arsa sahibinin geç teslim nedeniyle mahrum kaldığı kira gelirin (kira tazminatına) ilişkin istemi mahkemece ifaya ekli cezai şart olarak değerlendirilip, eserin teslimi sırasında ceza isteme hakkı saklı tutulmadığı ve böylece talep hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa sözleşmenin 10/2 maddesinde aynen “...binanın iş bu sözleşmede belirtilen sürede teslim edilmemesi durumunda geçecek her ay için günün kira bedeline göre bağımsız bölümlerin her biri için kira bedeli arsa sahiplerine ödeyecektir.” denilmektedir. Sözleşmenin bu hükmü cezai şart olmayıp, geç teslimden doğan kira alacağı niteliğindedir. Bu sebeple davacı eseri teslim alırken ihtirazı kayıt dermeyeran etmese bile, muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde alacağını talep ve dava edebilir”¹³³. Demek ki Yargıtay götürü tazminatı geç teslimden doğan kira tazminatı olarak ifade etmektedir¹³⁴.

Ancak başka bir kararda, “Yanlar arasındaki 22.6.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.-TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.-TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir”¹³⁵ görüşüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere ilk karara konu olan sözleşme kaydı, binanın geç teslim edilmesi durumunda arsa sahiplerinin gecikmeye bağlı olarak uğrayacakları zararın miktar itibarıyla önceden belirlenmesi amacını taşımaktadır. Burada zarar miktarı, günün kira bedeli üzerinden kararlaştırılmıştır. Diğer kararda ise, gecikmeye bağlı olarak ödenecek miktar yükleniciyi bir an önce inşaatı teslim etmeye zorlama amacını gütmektedir. Zira altı aydan sonra her ay için ödenecek meblağ iki katına çıkarılmaktadır.

132 **Birinci Uzun**, s.159.

133 Yargıtay 15. HD, 2001/4547 E., 2002/411 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

134 **Kocaağa** (2003), s.54.

135 Yargıtay 15. HD, 2003/6165 E., 2004/3813 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

SONUÇ

Cezai şart ve götürü tazminat, benzer özelliklere sahip olan ancak farklı amaçlara hizmet eden fer'i nitelikte anlaşmalardır. Söz konusu iki anlaşmanın birbirinden ayırt edilmesi özellikle inşaat sözleşmeleri açısından önem taşımaktadır. Zira sözleşmede yer alan kaydın cezai şart veya götürü tazminat olarak kabul edilmesi, birbirinden farklı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Ancak götürü tazminatın kanunda düzenlenmemesi sebebiyle, sözleşmede yer alan kayıtların niteliği noktasında ayırım yapmak güçleşmektedir. Bu hususta hâkime düşen görev, cezai şarta ilişkin hükümlerden ve tazminat hukukuna dair ilkelerden yola çıkarak tarafların sözleşmeye koydukları kaydı yorumlamaktır.

Cezai şartın en belirgin özelliği, borçluyu ifaya zorlama noktasında bir baskı aracı olmasıdır. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde gecikmeye bağlı olarak bir miktar para ödenmesine ilişkin kayıtların bu amacı taşıdığı söylenebilir. Ancak tarafların amacı, yükleniciyi ifaya zorlamaktan ziyade geç teslim sebebiyle ortaya çıkması muhtemel olan zararı önceden tespit etmek ise, götürü tazminattan bahsedilebilir.

KAYNAKÇA

Akkayan Yıldırım, Ayça (2003), ‘**Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Bir Değerlendirme**’, İÜHFEM , C.LXI, S.1-2, s.357-414.

Avcı, Ali (2015), ‘**Eser Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar**’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, Sayı 21, s.285-335.

Ayan, Serkan (2008), ‘**İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**’, İstanbul, Seçkin.

Ayhan, Rıza (2013), ‘**Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, s. 291-314.

Bilge, Necip (1958), ‘**Cezai Şart**’, Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan, Ankara, s.38-126.

Birinci Uzun, Tuba (2015), ‘**Götürü Tazminat**’, Ankara, Yetkin.

Bock, Yves/Zons, Jörn (2015), ‘**Rechtshandbuch Anlagenbau**’, 1.Auflage, Leiden.

Bucher, Eugen (1988), ‘**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**’, 2.Auflage, Zürich.

Calleros, Charles, ‘**Punitive Damages, Liquidated Damages and Penalty Clauses in Contract Actions**’, Brooklyn Journal Of International Law, Vol.32, Issue 1, p.67-80.

Cansel, Erol/Özel, Çağlar (2012), ‘**Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**’, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, C.I, s.713-733.

De Geest, Gerrit/Wuyts, Filip (2011), ‘**Penalty Clauses and Liquidated Damages**’, **Contract Law and Economics**, Second Edition, p.141-161.

Erdem, Mehmet (2009), ‘**Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi**’, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, s. 97-124.

Eren, Fikret (2017), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin.

Eren, Fikret (2015), **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin.

Erman, Hasan (2010), **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der Yayınları, İstanbul.

Hannemann, Thomas/ Wiegner, Michael (2014), **Münchener Anwalts-handbuch Mietrecht**, 4.Auflage, Leiden.

Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre (2015), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Kapancı, Kadir Berk (2013), '**Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi**', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.655-683.

Kaplan, İbrahim (2013), **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin.

Kocaağa, Köksal (2014), **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin.

Kocaağa, Köksal (2008), '**İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, s.149-157.

Kocaağa, Köksal (2003), **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin.

Koller, Alfred (2006), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht**, Band II, Bern.

Luft, Manuela (2016), '**Die Vertragsstrafe im Bauvertrag**', Neue Juristische Wochenschrift, s.2470-2476.

Martinek, Michael/Semler, Jörg/Flohr, Eckhard (2016), **Handbuch des Vertriebsrechts**, 4.Auflage, Basel.

McKenna, Frank (2008), '**Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison**', Reed Smith, Spring, p.2-7.

Münchener Kommentar zum BGB (2016), 7.Auflage.

Nomer, Haluk Nami (2015), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ostendorf, Patrick (2015), '**Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung**' Juristische Schulung, ss.977-989.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin (1999), '**İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları**', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, Sayı 1-2, ss.65-118.

Parlak Börü, Şafak (2017), '**Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.129, ss.195-228.

Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günther (2017), **Beck'scher Online Kommentar**, VOB/B, 26.Auflage.

Sarı, Suat (2011), '**Götürü Tazminat Kavramı Üzerine**', Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 12 Levha Yayınları, ss.299-304.

Schuhmann, Ralph (2009), '**Termisicherung im Anlagenbau: Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadensersatz?**', ZfBR, ss.307-318.

Schulze/Grziwotz/Lauda (2017), **BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch**, 3.Auflage.

Seliçi, Özer (1978), **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul.

Şenyüz, Doğan (2016), **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın.

Tamer, Ahmet (2013), '**Tacirler Bakımından Cezai Şart**', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, ss.747-785.

Tandoğan, Haluk (2010), **Türk Mesuliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla (1993), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul.

Tunçomağ, Kenan (1963), **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası.

Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold (1974), **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, Zürich.

Von Westphalen, Graf/Thüsing, Gregor (2016), **Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke**, 38.Auflage.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014), **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım.

Yavuztürk, Duygu (2011), ‘**Liquidated Damages and Constriction Contracts: English and U.S Perspective**’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, s.225-241.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre (2014), **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi.

Yargıtay Kararları: Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası.