

İstisnâ' Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Zamanını Geciktirmesine Bağlıan Cezâî Şart

Alime ÇELİK | ORCID: [0000-0003-0596-7045](https://orcid.org/0000-0003-0596-7045) | ROR ID: <https://ror.org/019jds967> | E-Posta: alimecelik@hotmail.com

Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku, Nevşehir, Türkiye

Öz

Bu çalışma, sözleşmelerdeki cezâî şartların hukuki niteliğini ve sonuçlarını inceleyerek, bunların işlevi, uygulanabilirliği ve yargısal müdahale süreçlerine odaklanmaktadır. Cezâî şart, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda alacaklıya önceden hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir. Cezâî şart asıl sözleşmeye bağlı fer'î bir nitelik taşıyan hukukî işlemdir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması durumunda cezâî şart geçersizdir. Cezâî şart, sözleşmeye taraf olan kişileri yükümlülüklerini yerine getirmeye teşvik eden ve ihlal durumunda zarar gören tarafı tazmin etmeyi amaçlayan bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Cezâî şart, tazminat ile benzerlik gösterse de tazminattan farklı kendine özgü bir hukukî işlemdir. Cezâî şart, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda seçimlik cezâî şart, belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi halinde ise de ifaya eklenen cezâî şart şeklinde çeşitlerden oluşmaktadır. Ayrıca tarafların kendi özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları cezâî şartın aşırı yüksek olması durumunda borçlu hâkime başvurarak indirilmesini talep edebilir. Hâkim cezâî şart miktarını fazla bulması durumunda takdir yetkisini kullanarak miktarın indirilmesine karar verebilir.

Cezâî şart günümüzde birçok hukukî işleme konulmaktadır. İstisnâ' sözleşmesinde de eserin teslim tarihi işsahibi açısından büyük önem taşıyabileceğinden ifa zamanına uyulmaması durumunda ödenmek üzere bir cezâî şart kararlaştırılmaktadır. İstisnâ', zimmette sabit olan meb'î üzerinde işçiliğin/amelin şart olduğu nitelikleri önceden belirlenmiş bir eseri/masnû' meydana getirmek için yapılmış ivazlı bir sözleşmedir. İstisnâ', iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için her bir taraf diğerine karşı aslî bir edim yüklemektedir.

İstisnâ sözleşmesinde yüklenici sipariş verilen eseri sözleşmede belirlenen koşullara uygun olarak meydana getirip zilyetlik ve mülkiyetini iş sahibine devretme, iş sahibi de bedel ödeme borcu altına girmektedir.

Çalışmamızda istisnâ sözleşmesinde cezâ şart konusu ile ilgili metinler üzerinden detaylı bir analiz yapılarak yüklenicinin eseri teslim borcu, cezâ şartın hukukî niteliği, cezâ şart tazminat ilişkisi, cezâ şartın çeşitleri, yüklenicinin eseri zamanında ya da hiç teslim etmemesi durumunda istisnâ sözleşmesinde cezâ şart konulup konulamayacağı ele alınmaktadır. Metinler üzerinden yaptığımız analiz neticesinde istisnâ sözleşmesinde cezâ şartın, sözleşme özgürlüğü ile yargısal denetim arasındaki dengeyi vurgulamakta, bu şartın uygulanmasında ölçülülük ve adalet ilkelerinin önemini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, bu çalışma, günümüzde sözleşmelerde cezâ şartın rolü ve etkinliği konusunda devam eden hukuki tartışmalara katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimler

Fıkıh, Borçlar Hukuku, İstisnâ Sözleşmesi, Cezâ Şart, Temerrüd, Tazminat, Teslim.

Atıf Bilgisi

Çelik, Alime. “İstisnâ Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Zamanını Geciktirmesine Bağlı Cezâ Şart”. Dini Araştırmalar 68 (Haziran 2025), 93-132.

<https://doi.org/10.15745/da.1658138>

Geliş Tarihi	14.03.2025
Kabul Tarihi	25.05.2025
Yayın Tarihi	28.06.2025
Değerlendirme	İki Dış Hakem / Çift Taraflı Körleme
Etik Beyan	*Bu çalışma Prof. Dr. Şamil Dağcı danışmanlığında Alime Çelik tarafından Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2024 yılında tamamlanan “İslam Borçlar Hukukunda İstisnâ Sözleşmesi” başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.
Benzerlik Taraması	Yapıldı – İntihal.net
Etik Bildirim	diniarastirmalar98@gmail.com
Çıkar Çatışması	Çıkar çatışması beyan edilmemiştir.
Finansman	Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır.
Telif Hakkı & Lisans	Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

Penalty Clause for the Dontractor's delay in the Delivery of the Work in the Istisna' Contract

Alime ÇELİK | ORCID: [0000-0003-0596-7045](https://orcid.org/0000-0003-0596-7045) | ROR ID: <https://ror.org/019jds967> | E-Posta: alimecelik@hotmail.com

Nevşehir Hacı Bektaş Veli University, Faculty of Divinity, Fıqh, Nevşehir, Türkiye

Abstract

This study focuses on the legal nature and consequences of penalty clauses in contracts, examining their function, enforceability, and the processes of judicial intervention. A penalty clause is a legal mechanism whereby the debtor agrees to fulfill an economic obligation specified by a legal transaction in favor of the creditor, in instances where the principal obligation is not performed, is inadequately performed, or is delayed. The penalty clause is an ancillary legal transaction dependent on the principal contract; thus, if the principal contract is invalid, the penalty clause is also rendered invalid. It serves to incentivize the parties to fulfill their obligations and aims to compensate the aggrieved party in the event of a breach. Although similar to compensation, the penalty clause constitutes a distinct legal institution.

Penalty clauses may take various forms, such as an alternative penalty clause, applicable when the obligation is not performed at all or properly, or a cumulative penalty clause, activated when the obligation is not fulfilled at the agreed time and place. Penalty clauses encompass optional clauses for situations where the debt is not performed at all or adequately, as well as clauses that apply to performance failures regarding time and place. Furthermore, if the stipulated penalty is excessively high, the debtor may petition the judge to request a reduction. Should the judge determine that the penalty amount is excessive, they may exercise discretion to reduce it.

Today, penalty clauses are prevalent in various legal transactions. In the istisna' contract, the delivery date of the work holds significant importance for the owner, prompting the inclusion of a penalty clause for non-compliance with the performance timeline. Istisna' is a

contract for the production of a predetermined work (masnū'), requiring labor on property specified in the contract. As istisna' imposes obligations on both parties, each party must execute essential acts in relation to the other. The contractor is required to produce the ordered work in accordance with the contract conditions and to transfer possession and ownership to the owner, while the owner is obliged to pay the agreed price.

This study analyzes the subject of penalty clauses in the istisna' contract in detail through relevant texts and discusses the contractor's obligation to deliver the work, the legal nature of the penalty clause, the relationship between the penalty clause and compensation, the types of penalty clauses, and the permissibility of imposing a penalty clause in the istisna' contract if the contractor fails to deliver the work on time or at all. Our analysis of the texts reveals that the penalty clause in the istisna' contract underscores the balance between contractual freedom and judicial review, highlighting the principles of proportionality and justice in the application of this clause. In conclusion, this study aims to contribute to ongoing legal discussions regarding the role and effectiveness of penalty clauses in contracts.

Keywords

Fiqh, Law of Obligations, İstisnâ' Contract, Penalty Clause, Default, Compensation, Delivery.

Citation

Çelik, Alime. "Penalty Clause for the Dontractor's delay in the Delivery of the Work in the Istisna' Contract". Religious Studies 68 (June 2025), 93-132.

<https://doi.org/10.15745/da.1658138>

Date of Submission	14.03.2025
Date of Acceptance	25.05.2025
Date of Publication	28.06.2025
Peer-Review	Double anonymized - Two External
Ethical Statement	This study was prepared based on the doctoral thesis titled "İstisnâ' Contract in Islamic Law of Obligations", completed by Alime Çelik in 2024 under the supervision of Şamil Dağcı, at Ankara University Social Sciences Institute.
Plagiarism Checks	Yes – İntihal.net
Conflicts of Interest	The author(s) has no conflict of interest to declare.
Complaints	diniarastimalar98@gmail.com
Grant Support	The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research.
Copyright & License	Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0 .

Giriş

İstisnâ', zimmette sabit olan meb' üzerinde işçiliğin/amelin şart koşulduğu, nitelikleri önceden belirlenmiş bir eseri/masnû' meydana getirmek için yapılmış ivazlı bir sözleşmedir.¹ Zimmette sabit olan meb' üzerinde özel bir çalışmayı gerektiren, belirli bir ücret karşılığında yapılmış bir sözleşme olan istisnâ'nın yapılış şekli Mecelle'nin 388. maddesinde “*Meselâ müşteri pabuşcuya ayağını göstererek filan nev' sahtiyandan² şu kadar kuruşa bana bir çift papuş yap deyip o dahî kabul etse yahut marangoz ile tûl ve 'arzını ve evsâf-ı lâzimesini beyan ederek bir kayık yahut gemi yapmak üzere pazarlık etse istisnâ' mün'akid olur. Kezâlik tûl ve hacmi ve sâir evsâf-ı lâzimesi beyan olunarak her biri şu kadar kuruşa olmak üzere bir fabrikacı ile şu kadar iğneli tüfenk yapmak üzere pazarlık olursa istisnâ' mün'akid olur*” şeklinde yer almıştır. İstisnâ' sözleşmesi, iş sahibinin yükleniciden nitelikleri sözleşmede ayrıntılı şekilde belirlenmiş bir ürünü yaptırmayı talep etmesidir. Örneğin, iş sahibi ayakkabı yaptırmak istiyorsa; rengini, modelini, ayakkabının suni veya diğer deri gibi hangi çeşit malzemeden yapılacağını belirler.

İstisnâ', niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı, rızâ ve ani edimli bir sözleşmedir.³ İstisnâ' sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. İstisnâ', yüklenicinin bir eser meydana getirme edimi karşılığında iş sahibinin bir bedel

¹ Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ'* (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye), 1994, 2/362; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ'i'u'-Sanâi fî tertîbi's-şerâ'i'* (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2019), 6/84; Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Ferganî el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu bidâyeti'l-mübtedâ*, (Beyrut:Dâru'l-Erkam, Beyrut t.y.), 3/79; Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*, (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 2007), 2/46.

² Tabaklanarak boyanmış ve cilalanmış deri. Bu işlem esnasında genellikle keçi derisi kullanılması tercih edilmiştir. Şemseddin Sâmi, *Kâmûs-ı Türkî*, (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1996), 712.

³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 584; Cevdet Yavuz vd., *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 438.

ödeme edimini içerdiği, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir.⁴ Eserin meydana getirilip teslim edilmesi, bedelin ödenmesi karşılıklı borçlanılan edimlerin ifası ile ilgili bir konudur.⁵ Yüklenicinin eseri meydana getirip teslim etmesine karşılık işsahibi de bir bedel ödemek zorundadır.⁶ Yüklenicinin eseri zamanında teslim etmemesi ya da eksik ifası durumunda işsahibinin uğrayacağı zararı önlemek ve tazmin ettirmek için sözleşme sırasında ya da zarar gerçekleşmeden önce cezâî şart konulabilir.⁷ Cezâî şart taraflara sözleşmenin gereğini yerine getirme konusunda bir güvence sağlamakla beraber borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğramış olduğu zararı ispat etme zorunluluğunu kaldırmaktadır.

Bu alanda daha önce yapılmış çalışmalar bulunmaktadır. Katılım bankacılığında cezâî şartla ilgili tez ve makaleler⁸ yazılmış olsa da bizim çalışmamıza doğrudan kaynaklık yapacak olan Şevket Pekdemir'in cezâî şartın kavramsal çerçevesinin detaylı olarak incelediği, tadili, iptali ve sona ermesi ve cezâî şartın sözleşmelere uygulanmasını bütün yönleriyle ele aldığı “İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart” isimli doktora tezini zikretmemiz gerekir. Çalışmamızın temel kavramlarını oluşturan istisnâ', sâni', müstasni', masnû' terimlerine istisnâ hariç orijinal haliyle yer vermedik. İstisnâ' sözleşmesi ile Türk hukukunda yer alan eser sözleşmesi benzerlik göstermektedir. 11 Ocak 2011 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle kanun metninde daha önce “*istisnâ' sözleşmesi*” olan kullanım yerine “*eser sözleşmesi*” kavramı kullanılmıştır. Biz çalışmamızda İslam hukuku terminolojisini dikkate alarak

⁴ Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr 'alâ el-Hidâye şerhi bidâyeti'l-Mübtedâ*. (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 6/ 107; Ahmed İbrâhim, *el-Muamelatü's-şer'iyyeti'l-maliyye*, 148.; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 587; Ayrancı-Aral, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 360; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 480; Mecelle md. 388. “Bir kimse ehl-i sanâyi'den birine bana şu kadar kuruşa şöyle bir şey yap deyip, o dahî kabul etse istisna'an bey' mün'akid olur.”

⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 587; Fahrettin Aral-Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 360; Mecelle, md. 388.

⁶ Ahmed İbrâhim Bek, *el-Muamelatü's-şer'iyyeti'l-maliyye* (b.y.: yy., 1936), 148.

⁷ Kâsib b. Abdülkerim Bedran, *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî* (İskenderiye: Daru'd-Dave, t.y.), 212; Ali Muhyiddin Karadâgî, “‘Akdü'l-İstisnâ'”. *MMFİ*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 1992), 7/366.

⁸ bk. Yunus Araz, “Katılım Bankalarında Geri Ödenmeyen Borç İşlemlerinde Cezâî Şart mı, Yoksa Muhtemel Kârın (Menfaatin) Tazmini mi?”, *Tevilat* 4/1 (Haziran 2023), 243-276; Mustafa Dereci, “İslami Finansta Gecikme Cezası Uygulamaları”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* 15(2), 131-142.

istisnâ' kavramını değiştirmeden kullandık. İstisnâ' sözleşmesinde işi yapan, kendisine ısmarlanan taraf *sâni*' yerine *yüklenici*; işi yaptıran, sipariş veren taraf için de *mustasni*' yerine de *işsahibi*⁹ kavramını kullanmayı tercih ettik. Sipariş verilen, yapılan iş anlamına gelen sözleşmenin edimi olan *masnû*' yerine ise *eser* kavramını kullandık.

⁹ “*işsahibi*” kavramının yazılışı konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu esas aldık. Kanununda *işsahibi* kelimesi bitişik yazılmıştır.

1. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfa Yükümlülüğü

1.1. Teslim Borcu Kavramı ve Kanuni Dayanağı: Sözleşmede taraflar karşılıklı olarak belirli yükümlülükler altına girmektedir ve bu yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar. Kur'an-ı Kerim'de¹⁰ ve hadislerde¹¹ sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesi dinî, ahlakî ve hukukî bir yükümlülük olarak belirtilmiş ve bu yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmesi vurgulanmıştır.¹² Karşılıklı irade beyanı ile sözleşme kurulduktan sonra mülkiyetin intikalinin tamamlanması için tarafların karşılıklı olarak malı ve semeni birbirlerine teslim etmesi gerekir.¹³ Bir kimsenin hukukî bir işleme dayalı olarak sahip olduğu malda tasarrufta bulunabileceği şekilde elinin altında olması hali olan kabzı Kâsânî temekkün, tahallî ve manilerin örfe ve âdeten kalkması olarak tarif etmiştir.¹⁴ Yani sözleşmenin konusu malı mülkiyetine geçiren tarafın tasarrufta bulunabileceği iktidar alanında ve malın ilk sahibi ya da üçüncü kişilerin hakkı olmaksızın tasarruf yetkisinin bulunmasıdır.¹⁵ İstisnâ' da iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için her bir taraf diğerine karşı aslî bir edim yüklemektedir. İstisnâ' sözleşmesinde yüklenici sipariş verilen eseri sözleşmede belirlenen koşullara uygun olarak meydana getirip zilyetlik ve mülkiyetini iş sahibine devretme buna karşılık iş sahibi de bedel ödeme borcu altına girmektedir. Yüklenicinin edimi iş sahibinin ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır. Eseri meydana getirme ve teslim etme edimi ile bedel ödeme edimi arasında karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi vardır.¹⁶ Yüklenici sadece eseri meydana getirmekle sözleşmeden doğan borcunu tam olarak yerine getirmiş olmaz, ayrıca eseri iş sahibine teslim etmekle de yükümlüdür.¹⁷

İslam hukukunda istisnâ' sözleşmesinde eseri teslim borcu, sözleşme şartları arasında yer almasa da sözleşmenin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ Yüklenicinin eseri teslim

¹⁰ Âl-i İmrân, 3/76; Mâide, 5/1; Mü'minûn, 23/8.

¹¹ Buhârî, "İcâre", 14; Ebû Dâvûd, "Akziye", 12.

¹² Ali Bardakoğlu, "Edâ", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1994), 10/392; Bilal Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1996),

¹³ Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârî ez-Zeylâî, *Tebyînü'l-hakâ'ik şerhu*

etme borcunun karşılığını, iş sahibinin eseri teslim alma borcu oluşturmaktadır.¹⁹ Eseri teslim etme ve teslim alma borçları eserin tamamlanmış olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Aksi durum sözleşme ile kararlaştırılmadıkça iş sahibi tamamlanmamış veya kısmen tamamlanmış bir eseri kabul etmek zorunda değildir. Ayrıca iş sahibine arz edilen eserin ayıplı olması teslim edilmesine ve teslim alınmasına engel teşkil etmez. Teslim edilen eseri kabul etmek hukukî nitelik açısından bir irade beyanıdır.²⁰

İstisnâ' sözleşmesinde eserin teslim borcunun oluşmasının gerekçesi hukukî bir işlemin varlığıdır. Sözleşme irade beyanıyla kurulur, mebî'in mülkiyeti alıcıya geçer ancak sözleşmenin tam anlamıyla gerçekleşmesi teslim ve kabzla olur.²¹ Kabzın sözleşmenin kuruluşunda bir fonksiyonu yoktur ancak kabz sözleşmenin ifası mahiyetinde bir işlemdir.²² Yüklenici eseri iş sahibine teslim ettiği ya da onun hâkimiyet alanına bıraktığı zaman yükümlülüğü sona erer, zimmeti borçtan kurtulur.²³

Kenzi'd-dekâ'ik (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000), 4/61.

¹⁴ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/236.

¹⁵ H. Yunus Apaydın, "Kabz", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/45.

¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 194.

¹⁷ Hocaeminefendizâde Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm* (İstanbul: DİB Yayınları, 2016), 1/388; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 484; Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, 33; Mecelle md.262 "Bey'de kabz şart değildir. Fakat ba'de'l-'akd ol müşteri semeni bâyi'e ve sâniyen bâyi' mebî'i müşteriye vermeye borçlu olur."

¹⁸ Mustafa Ahmet Zerkâ', "Akdü'l-İstisnâ' ve medâ ehemmiyyetuhu fi'l-istismarâti'l-İslamiyyeti'l-muâsıra", *MMFİ*. 7/223-254 (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî), 7/235.

¹⁹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/235.

²⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 621; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 393.

²¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 7/235; İslam Hukukundan farklı olarak Türk Borçlar Hukukunda bir aynî hak kuran, aynî hakkı değiştiren ve özellikle de aynî hakkın devrini gerçekleştiren sözleşmelere aynî sözleşme denilmektedir. Mülkiyet hakkına ilişkin bir satış türü olan taşınır bir malın satışını örneklendirecek olursak sözleşmenin yapılmasıyla taşınırın mülkiyeti alıcıya geçmez. Sözleşme ile taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulur ve bu borç ilişkisi gereğince satıcı, satılan malı alıcıya teslim etmek ve mülkiyetini ona geçirmek borcu altına girmektedir. Malın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için bir borçlanma işleminden ibaret olan satış sözleşmesinden sonra bir tasarruf işleminin de yapılması gereklidir. Tasarruf işlemiyle sözleşme konusu teslim edilir. Kocayusufoğlu, vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 1/96; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 160.

²² Apaydın, "Kabz", 24/45,47.

²³ AAOIFI, 6/1 "Yüklenici, sözleşme konusu yapıtı işverene teslim ettiği veya tam anlamıyla onun kontrolüne bıraktığı ya da işverenin tayin ettiği birisine teslim ettiği zaman yükümlülüğü sona erer; zimmeti borçtan kurtulur."

1.2. Teslim Borcunun Zamanı: İfa zamanı, alacaklının borçludan edimin ifasını isteyebileceği, gerekirse ifa için dava açabileceği, borçlunun da edimi ifa etme zorunda olduğu zamanı ifade eder. İfa zamanı ayrıca borcun borçlu tarafından ifa edilebileceği an olarak da tanımlanabilir.²⁴ İfa zamanının bilinmesi, ifanın yerinin bilinmesi kadar önemlidir. İfanın zamanının belirlenmesi borçlu ve alacaklı temerrüdü, hasar ve yararın iş sahibine geçme anı, yüklenicinin ücret alacağının muaccel olmasını, ayıba karşı tekeffül borcunda iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıp varsa bunu bildirme süreleri ile ayıptan sorumluluğa ilişkin zaman aşımının işlemeye başlaması, vadesi gelmeden borcun ifa olanağı ya da olanaksızlığı ve taraflar arasında varsa cezâî şartın etkisi açısından önemlidir.²⁵ İfa zamanı gelmiş olan borç, alacaklı açısından ifası talep edilebilir muaccel borç olurken, aynı zamanda borçlu tarafından da ifa edilebilir borç anlamına gelmektedir.²⁶

Genel olarak sözleşmelerde kural, borcun sözleşme kurulduğu anda muaccel olmasıdır. Borcun vadeli olduğu sarahaten ya da delâleten belirtilmesiyle veya işin mahiyeti, teamül veya örfün delâleti ile anlaşılır.²⁷ İstisnâ' sözleşmesinde ise, işin doğası gereği borç bir vadeye bağlanmıştır ve ancak vadesi geldiğinde muacceliyet kazanmaktadır. İstisnâ' sözleşmesine konu olan malların yapılma süresi malın niteliğine göre değişmektedir. İstisnâ' sözleşmesinde eser, imal ve inşa gibi işlemler sona erip tamamen bittikten sonra teslim edilebilir. Teslim borcu iş görme borcu tamamlandıktan sonra yerine getirilir.²⁸

²⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 906-907.

²⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 3/51; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 623; Aydın Zevkililer-K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 491.

²⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/52.

²⁷ Mahmesanî, *Mucebât*, 2/472.

²⁸ Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993), 12/249; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkı İbn Âbidîn, *Haşiyetü İbn 'Âbidîn Reddül-muhtâr 'ale'd-dürri'l-muhtâr* (Dımeşk: Dâru's-Sekâfeti't-Türâs, 2000), 5/223; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde, *Mecma'u'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur* (b.y.: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.), 2/106; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/128.

İstisnâ' sözleşmesinde taraflar eserin teslim zamanını sözleşmede belirleyebilirler. Taraflar bu tarihi, belli bir takvim günü belirterek ya da bir süre tayin edip bu sürenin dolduğu tarihte eserin teslim edileceğini kararlaştırarak tespit edebilirler.²⁹ Sözleşmede teslim zamanı belirlenmemişse ifa zamanı, borcun doğduğu andan itibaren muaccel olur. Ancak istisnâ' sözleşmesi henüz hazır olmayan malın satışını gerektirmektedir. İstenilen malın yapılması belirli bir zaman alacaktır. Teslim zamanı sözleşmede belirlenmemişse işin niteliği, tarafların makul ve piyasa şartlarına göre mümkün beklentileri dikkate alınarak belirlenir.³⁰ Ayrıca deneyimli bir uzmanın normal şartlarda işe başlayıp mutad çalışma araç ve gereçlerini kullanarak devamlı bir çalışma ile ne kadar zaman harcadığı da dikkate alınır.³¹ Teslim tarihi için bir vade kararlaştırılmamış olsa dahi, teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından hemen sonra ifası, yapımı için çok az zamana ihtiyaç duyulan ürünler için geçerlidir.³²

Taraflar sözleşme konusunun sözleşmede belirlenen zamanda teslim edilmemesi hâlinde cezaî şart anlaşması yapabilirler. Yüklenici eseri kararlaştırılan tarihte teslim etmediği takdirde iş sahibine cezaî şart ödemesi gerekir.³³ Taraflar yüklenicinin eseri vaktinden önce teslim etmesi durumunda iş sahibinin yükleniciye ödemekle yükümlü olacağı bir prim anlaşması da yapabilir.³⁴

²⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/30; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 2/128; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 394-395.

³⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 622-623.

³¹ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/129.

³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/129; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 491.

³³ Karadâğî, “‘Akdü'l-İstisnâ’”, 7/366.

³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 623.

1.3. Teslim Borcunun İfa Yeri: İfa yeri, borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken yerdir.³⁵ İfa yerinde gerçekleştirilmeyen edim, tam ve doğru şekilde yerine getirilmiş kabul edilmediğinden edimin yerine getirilmesinde ifa yeri önem taşımaktadır.³⁶ İfa yerinden başka yerde gerçekleştirilen edimi işsahibi kabul etmeye mecbur değildir.³⁷ İşsahibi eğer dilerse edimi kabul eder ve borç sona erer, dilerse de kabul etmez ve yüklenici ifa etmemenin sonuçlarını üstlenir.³⁸

İfa yerinde usulüne uygun şekilde yerine getirilen ifayı işsahibi kabul etmezse temerrüde düşer. Yüklenici borçlanılan edimi ifa yerinde meydana getirmedeği takdirde, eğer alacak muaccel ise mütemerrit duruma düşer.³⁹ İfa yerinin belirlenmesinin edimi taşıma giderlerini kimin karşılayacağı, edimin gecikmesi, bozulması ya da yok olması riskini (*edim hasarını*) ve karşı edim (*bedel*) hasarını kimin karşılayacağı gibi sonuçları vardır.⁴⁰

İslam hukukunda selem sözleşmesi istisna tutulursa sözleşme konusunun teslim yeri ve zamanı ile ilgili hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.⁴¹ Selem ve istisnâ' sözleşmeleri her ikisi de sözleşme anında mevcut olmayan (*ma'dûm*) bir mal üzerine yapılmaktadır. Bu nedenle istisnâ' sözleşmesinin ifa yeri ile ilgili hükümleri selem sözleşmesine kıyasla belirlemeye çalışabiliriz. Selem sözleşmesinde ifa yerinin sözleşme anında belirlenmesi sözleşmenin sıhhat şartlarından iken, istisnâ' sözleşmesinde ifa yerinin belirlenmesi ile ilgili bir kural yoktur.⁴² Sözleşme konusunun teslimi için masraf yapılmasına gerek duyulmadığı ve sözleşme

³⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım, 2010), 898; Kocayusufoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/40.

³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 898.

³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 899; Kocayusufoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/40-41; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/322; Aybakan, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, 133.

³⁸ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/323.

³⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 899;

⁴⁰ Kocayusufoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3/41.

⁴¹ Mecelle'de de ifa yeri ile ilgili genel hükümlere yer verilmiştir. bk. Mecelle md. 285-287.

⁴² Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b. Ferkad Şeybânî, *el-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın (Beyrut, Dâru İbn Hazm, 2012), 5/6.

yapılan yerin ifa için de uygun olduğu durumlarda akdin yapıldığı yer aynı zamanda ifa yeridir. Ancak sözleşmenin konusunun teslimi için taşıma masrafı gerekiyorsa ya da akit yapılan yer ifa için uygun değilse sözleşme yapılırken ifa yerine de karar verilmesi gerekmektedir.⁴³

İstisnâ' sözleşmesinde eserin teslim yeri taraflarca sözleşmede belirlenebilir.⁴⁴ Eğer edimin ifası yalnızca bulunduğu yerde mümkünse, mecburi olarak eserin bulunduğu yer teslim yeri olacaktır. Mesela istisnâ' sözleşmesinin konusu bir taşınmaz ise teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir.⁴⁵ Taraflar ifa yerini sözleşmede belirtmemişse teslimin yapılacağı yer sözleşmenin yapıldığı yer ya da eserin bulunduğu yerdir.⁴⁶ Satış sözleşmesinde karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme in'ikad eder ve mebî'in mülkiyeti alıcıya geçer ve sözleşme anında mal nerede ise mebî'in orada kabzedilmesi gerekir. Ancak istisnâ' sözleşmesi yapılırken sözleşmenin konusu sözleşme anında mevcut değildir. Bu nedenle eserin imal edilmesi için belli bir süreye ihtiyaç vardır. İstisnâ' sözleşmesi yapılırken iş sahibi eserin nerede teslim edileceğini bilgisine sahip değilse, eser meydana geldikten sonra teslimle ilgili bilgilere sahip olursa iş sahibi dilerse sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Sözleşmeyi feshetmeyip eser nerede ise oradan teslim alabilir.⁴⁷

⁴³ Mergînânî, *el-İhtiyâr*, 2/41; İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm Halebî, *Mülteka el-ebhur*, thk. Halîl İmran el-Mansûr (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1998), 3/197.

⁴⁴ Mecelle md. 287; Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâl-i'l-insân fi'l-mu'âmelâti's-şer'iyye 'alâ mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye. 1971), m.446.

⁴⁵ Gayrimenkullerin teslimi tahliye ile olmaktadır. Bu da hükmî teslim şeklinde yani iş sahibinin eserden faydalanacağı şekilde anahtarının veya kullanımının devredilmesidir. Nezih Kemâl Hammâd, "el-Kabzu'l-hakîkî ve'l-hükâmî: kavaiduhu ve tatbikatuhu mine'l-fıkhi'l-İslâmî", *MMFİ*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 1990), 6/723.

AAOIFI, 6/1- "Yüklenici, sözleşme konusu yapıtı işverene teslim ettiği veya tam anlamıyla onun kontrolüne bıraktığı ya da işverenin tayin ettiği birisine teslim ettiği zaman yükümlülüğü sona erer; zimmeti borçtan kurtulur."

⁴⁶ Mahmesânî, *el-Mûcebât*, 2/546; Mecelle md. 285.

⁴⁷ Mecelle md. 286; "Mebî'in teslimde mekân-ı mebî' mu'teberdir. Yoksa mekân-ı bey' mu'teber değildir. Binâenaleyh (mebî'in nerede) yâni hangi mekânda (olduğu) bâyi' tarafından hîn-i bey'de beyân olunmadığı gibi sâir suretle dahi (müşterinin ma'lûmu olmayıp da ba'de'l-akd) müşterî mebî'in mekânına (muttali') ve mebî' mekân-ı akidde olmadığı zahir (olsa) madde-i ânife veçhile bey' sahih olur. Fakat müşterî hıyâr-ı keşf-i hâl ile muhayyerdir. Dilerse bey'i fesh ile mebî'i terk eder ve dilerse hîn-i akd-i bey'de mebî' nerede ise orada cemî' semen-i müsemâmâsıyla kabzeyler." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, 1/410.

1.4. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüd: İstisnâ' sözleşmesinde eserin teslim zamanının gelmesine rağmen eseri tamamlamayan ya da eseri tamamladığı hâlde teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşer.⁴⁸ İfası mümkün ve muaccel olan borcu zamanında ifa etmeyen borçlu, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda temerrüde düşmüş kabul edilir.⁴⁹

Öncelikle borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için eserin teslim tarihinin gelmiş olması yani borcun muaccel olması gerekir. Borç ifa edilebilir durumda ama henüz muaccel olmadıysa alacaklı borçludan edimin ifasını talep edemez ve borçlunun temerrüdünden bahsedilemez. Borçlunun temerrüde düşmesi için bir diğer şart ise borçlunun vadesi gelmiş olan edimi teslimine muktedir olmasıdır. Borç muaccel olmadan önce imkansız hale gelmişse borcun ifa edilmemesi durumunda borçlu temerrüde düşmez.⁵⁰ Borcun imkânsızlık nedeniyle yerine getirilememesi durumunda hüküm temerrüde göre değil, imkansızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığına göre belirlenecektir.⁵¹ Teslim tarihi gelmiş eserin ifası objektif olarak imkânsız hâle gelirse borçlunun temerrüd durumu sona erer.⁵² Kusurlu imkânsızlık ile temerrüd birbirinden farklıdır. Kusurlu imkânsızlıkta ifa kesin olarak imkânsız hâle gelmekteyken, temerrütte ifa mümkün olmakla birlikte bulunmaktadır.⁵³ Sübjektif imkânsızlık hâlinde ise temerrüt hali geçerli olur.⁵⁴

Yüklenicinin haklı gecikmesi hâlinde, eserin meydana getirilmesi teslim süresi, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa tarafların varsayılan iradesine dayanarak gecikme süresi kadar uzatılmış olur.⁵⁵ Yüklenicinin temerrüde düşmesi için, işsahibinin teslim borcunu yerine getirmesi için yükleniciye ihtarda bulunması gerekir. Ancak teslim tarihi taraflarca beraber

⁴⁸ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/130; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 491.

⁴⁹ Rahmi Yaran, *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*. (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994), 52; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/458.

⁵⁰ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1/468.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1049.

⁵² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1048; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 395.

⁵³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1046.

⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1048.

⁵⁵ Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 491-492; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 395.

belirlenmiş ise veya ihtarın faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa yüklenici ihtara gerek olmadan temerrüde düşer.⁵⁶

2. Kavramsal Açıdan Cezâî Şart

Sözleşme yapılırken taraflar karşı tarafın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi ifa etmeme ihtimaline karşı alacağını güvence altına alma ve kuvvetlendirme yollarını arayabilir. İfanın yerine getirilmemesi ya da geciktirilmesi durumunda yargı yoluna başvurulduğunda özellikle zarar ve kusurun ispatı ile ilgili konular anlaşmazlık konusu olmaktadır. Alacaklı rehin ve kefalet gibi teminat sözleşmeleri aracılığıyla alacağını garanti altına alabileceği gibi sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumuna karşın cezâî şart konulmasını da isteyebilir.⁵⁷

Cezâî şart, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda alacaklıya önceden yaptıkları hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir.⁵⁸ Cezâî şart, tarafların sözleşmenin tam olarak yerine getirilmesi isteğinden kaynaklanan ortak bir irade sonucudur. Borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda alacak-

⁵⁶ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/131-132; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 395-396.

⁵⁷ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969), 1/501; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1133.

⁵⁸ Abdürrezzâk Ahmed es-Senhûrî, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medenîyyi'l-Cedîd* (Beyrut: Menşûratü'l-Halebî'l-hukukiyye, 2000), 2/851; Üsâme Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî ve sultatü'l-Kâdî fi ta'dilihi dirâse mukârene fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûn* (Dimeşk: Dâru'l-Hayr, 1997), 48; Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî beyne'l-fikh ve'l-kânûn* (Amman: Daru'l-Feth, 2014), 214; Nâcî Şefîk Acem, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-fikhi'l-İslâmî". *MMFİ.*, (Mekke: Munaz-zamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000), 12/191; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1133; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/534; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "İstisnâ' ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerin Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezâî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2, (1999), 15; Köksal Kocaağa, "İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezâî Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?", *TBB Dergisi* 74 (2008), 150; Bedran, *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 212.

lının borçludan yükümlülüğünü yerine getirmesini istemesi için hâkim kararını beklemek yerine bir bedelin ödenmesi kararlaştırılır.⁵⁹ Bir iş yerinde çalışanın yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle ücretinden belirli bir miktarın kesilmesi cezâî şartını içeren iş sözleşmesi yapılabilir. Taşımacılıkla ilgili sektörde kargonun kaybolması durumunda taşıyıcı firmanın ödemekle yükümlü olduğu bir cezâî şart konulabilir. Cezâî şart belli bir miktar ödemek şeklinde olabileceği gibi bir edimin ifasını da içerebilir. Mesela borçlu ödemekle yükümlü olduğu borcun vadesi gelmiş taksitini ödemeyi geciktirmesi durumunda cezâî şart olarak vadesi gelmemiş diğer taksitlerin muaccel olması belirlenebilir.⁶⁰

Cezâî şart, asıl sözleşmede yer alabileceği gibi başka bir sözleşme ile de düzenlenebilir.⁶¹ Cezâî şarta asıl sözleşme yapılırken karar verileceği gibi sözleşmeden sonra ve zarar meydana gelmeden önce de ceza koşulu konulabilir.⁶² Mesela, bir arazi sahibi belirli bir sürede inşaatın tamamlanması için müteahhitle anlaşır ve müteahhit binayı belirlenen tarihe kadar tamamlayamazsa o binanın kirası kadar tazminat ödemeyi cezâî şart olarak kararlaştırabilirler.⁶³ Cezâî şart ifanın tam olarak ya da eksik olarak yerine getirilmesinden önce de konulabilir.⁶⁴ Böylelikle sözleşmenin içerdiği bütün yükümlülüklerin istenilen şekilde uygulanacağı garanti altına alınmış olur, aksi halde cezâî şart tarafların anlaşmada belirlediği süre içerisinde yürürlüğe girecektir.⁶⁵

⁵⁹ Şebîhunâ Mâu'l-Aynenyn Hamedâtî, "eş-Şartu'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmîhi". *MMFî* (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000), 34

⁶⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, 2/852; Darîr, "eş-Şartu'l-cezâî", 12/51.

⁶¹ el-Kâdî Mahmûd Şimâm. "eş-Şartu'l-cezâî dirâse muammega havle's-şartu'l-cezâî". *MMFî*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000), 12/230.

⁶² Sıddık Muhammed el-Emin Darîr, "eş-Şartu'l-cezâî", *MMFî*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000) 12/50; Şimâm "eş-Şartu'l-cezâî" 12/233.

⁶³ Hamedâtî, "eş-Şartu'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmîhi" 12/34.

⁶⁴ Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 214.

⁶⁵ Şimâm "eş-Şartu'l-cezâî" 12/230.

Cezâî şart İslam hukuku açısından son dönemlerde ortaya çıkan yeni bir hukukî kurdur.⁶⁶ Kur'an'da, Sünnet'te, sahabî kavlinde ya da mütekaddimun fıkıhçıların kitaplarında bugünkü anlamıyla bir cezâî şarta rastlamamaktayız.⁶⁷ Cezâî şartın kaparo, rehin, kefalet gibi var olan hukukî müesseselerle benzerlikleri olsa da onlardan bağımsız müstakil bir uygulamadır.⁶⁸

Son dönem İslam hukukçularının çoğunluğu cezâî şartın caiz olduğunu kabul etmektedir.⁶⁹ Çünkü taraflar sözleşmelerde kendi iradeleri ile şart koyma serbestisine sahiptir. Sözleşmelerde ve şartlarda esas olan caizlik olduğu için sözleşmenin gereği olan ve sözleşmeye uygun konulan şartlar geçerlidir.⁷⁰ Cezâî şart sözleşme ve hukukî işlemler esnasında tarafların ileri sürdükleri takyidî bir şart olarak kabul edilir.⁷¹ Takyidî şartın ve de cezâî şartın caizliği “*Haramı helâl, helâli haram kılmadıkça Müslümanlar aralarındaki şartlara uymak zorundadır*”⁷² anlamındaki hadislerle delillendirilir.⁷³ İnsanlar arasında konulması teamül haline gelmiş sözleşmenin fâsid ya da bâtıl olmasına neden olmayacak şartların geçerli olduğu “*Örflle sabit olan nasla sabit olmuş gibidir*”⁷⁴ kaidesiyle de sabit olmuştur.

Cezâî şartın görünüşte taraflardan birine menfaat sağladığı düşünülebilir. Ancak hakikatte taraflardan birine menfaat sağlamak yerine diğer tarafın sözleşmeyi ve sahih şartları

⁶⁶ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 49; Darîr, “*eş-Şartu'l-cezâî*”, 12/49,59; Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 174; Bedran, *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 212.

⁶⁷ Darîr, “*eş-Şartu'l-cezâî*”, 12/55; Bedran, *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 212.

⁶⁸ Şevket Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016), 87.

⁶⁹ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 68; Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 212; Senhûrî, *el-Vasît*, 2/852; Şefik el-Acem, “*eş-Şartu'l-cezâî fi'l fikhi'l-İslâmî*” 12/ 206.; Hamedâtî, “*eş-Şartu'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmihî*” 12/34.; Darîr, “*eş-Şartu'l-cezâî*”, 12/55.

⁷⁰ Mevsili, *el-İhtiyar*, 2/29.

⁷¹ Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart*, 147.

⁷² Tirmizî, “*Ahkâm*”, 17.

⁷³ Ali Ahmed Ali es-Sâlûs, “*eş-Şartu'l-cezâî*”, *MMFİ.*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000), 12/155.

⁷⁴ Mecelle md. 45

ihlal etmesi durumunda verdiği zarar nedeniyle konulmuştur. Çünkü sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmeyen taraf diğer tarafa zarar ve sıkıntı vermektedir. Verdiği bu zarar da cezâî şartla giderilir.⁷⁵

İbn Kayyim pek akçesinin (kaparo) meşruiyetine İbn-i Sirin'den rivayet edilen bir olayı delil göstermektedir. İmam Buhârî'nin şart koşulması caiz olan konular babında naklettiği olaya göre bir kişi hayvan kiralama işi yapan bir adamdan hayvanlarını belirli bir tarih için hazır etmesini istemiş ve kararlaştırılan tarihte yolculuğa çıkmaması durumunda buna mukabil yüz dirhem verme şartını koşmuştur.⁷⁶ Kural gereği, kişi kendi rızası ile kendi aleyhinde bir şart koşarsa bu şart uygulanır.⁷⁷ Zerkâ, Kadı Şüreyh'ten rivayet edilen bu şart şeklini cezâî şarta benzetmektedir. Çünkü burada hayvanın boş kalması ve beklemesi nedeniyle işsahibi bir zarara uğramıştır ve bunun da tazmin edilmesi gerekmektedir.⁷⁸

Mustafa Zerkâ, iktisadi faaliyetlerde zamanın öneminin arttığını, taraflardan birinin zamanında yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da hiç yapmamasının diğer tarafın para ve zaman açısından zarara uğramasına neden olduğunu söylemektedir.⁷⁹ Bir fabrika sahibine sınai malzeme temin etmeyi taahhüt eden kişinin teslimi geciktirmesi durumunda fabrika ve işçileri âtıl kalır. Eğer yüklenici vaktinde eseri yapmazsa işsahibi ciddi bir zarara uğramış olur. Bu zarar yükleniciye yani fabrika sahibine değil, gecikmeye sebebiyet veren asıl tarafa tazmin ettirilir. Tarafların yükümlülüklerini yerine getirmekte geç kalmaları nedeniyle sözleşmelerde cezâî şartın konulması insanlar arasında yaygın hale gelmiştir.⁸⁰

⁷⁵ Teshîrî, "Eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/191.

⁷⁶ İmam Buhârî, "Kitâbu's-Şurû", 18.

⁷⁷ Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Züraî, İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkî'in* (Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiye, 1991), 3/301; Mustafa b. Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm* (Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 2012), 1/566;

⁷⁸ Zerkâ, *Medhal*, 1/566.

⁷⁹ Zerkâ, *Medhal*, 2/760.

⁸⁰ Zerkâ, *Medhal*, 2/760.

Sözleşmelerde cezâî şart konulmasının taraflara sağladığı birçok fayda vardır. Cezâî şart, tarafların taahhüt ettiklerini yerine getirmesini ya da sözleşmeyi ihlal etmelerini engeller, alacaklıya verilen zararın adil şekilde tazmin edilmesini, tarafların haklarının ihmal edilmesini ya da yok olmasını sağlar.⁸¹ Ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde cezâî şartın daha çok tercih edildiği görülmektedir. Ticari nitelikteki satım sözleşmeleri, inşaat sözleşmeleri başta olmak üzere istisnâ' sözleşmelerinde sözleşme maddeleri arasına ceza koşulu eklemek neredeyse teamül hâline gelmiştir.⁸² Cezâî şartta kararlaştırılan miktar tazminat miktarından yüksek tutulduğu için borçlu sözleşmeden kaynaklanan borcunu ifa etmek için çaba harcar. Ayrıca cezâî şartın konulmasının başka bir faydası da borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklının uğramış olduğu zararı ispat etme zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bu açıdan cezâî şart borçlunun yükümlü olduğu asli edime eklenen ya da onu çoğaltan bağımsız bir borçtur.⁸³

3. Cezâî Şartın Hukukî Niteliği

Cezâî şart, asıl borca bağlı fer'i niteliğe sahip bir borçtur⁸⁴ ve ancak hukuken geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeye bağlı olarak konulabilir. Asıl sözleşmeden kaynaklı borç meydana gelmemişse ya da sonradan ifa, ibra, takas gibi yollarla borç ortadan kalkmışsa fer'i nitelik taşıyan cezâî şart da meydana gelmez ya da ortadan kalkar.⁸⁵ Cezâî şart asıl borcun ifa

⁸¹ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 54-56; Teshîrî, "Eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/179; Şimâm "eş-Şartu'l-cezâî" 12/234; Şefik el-Acem, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-fikhi'l-islâmî", 12/205.

⁸² Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/534-535.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1133.

⁸⁴ Senhûrî, *el-Vasît*, 2/860; Hamedâtî, "eş-Şartu'l-cezâî" 12/ 35.; Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 214; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 307; Teshîrî, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/179-180.

⁸⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/535; Darîr, "eş-Şartu'l-cezâî", 12/75; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 307.

edilmesini güçlendirme amacı taşıdığından asıl borç yoksa cezâî şartın olması söz konusu olmaz.⁸⁶

Cezâî şart, geçerlilik ve yürürlük bakımından asıl sözleşmeye veya hukukî işleme bağlıdır. Cezâî şart konulmuş olan sözleşme sıhhati açısından dikkate alınan hususlar bakımından geçerli ise, buna dayalı olan cezâî şart icra edilebilir ve muaccel olur. Eğer cezâî şartın bağlı olduğu asıl sözleşme geçersiz ise cezâî şart da geçersiz olur.⁸⁷ Mesela emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı; baştaki objektif imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak kararlaştırılan ceza koşulları geçersizdir.⁸⁸

Cezâî şart asıl borca kaynaklık eden sözleşmenin bir şartı olarak yer alabilir ya da asıl sözleşmeden ayrı bir ek sözleşme ile kabul edilebilir.⁸⁹ Asıl sözleşmeden bağımsız olarak konulan cezâî şart ya da istisnâ' sözleşmesinin ceza ile ilgili maddelerinin geçersiz sayılması, geçerli şekilde kurulan istisnâ' sözleşmesinin diğer maddelerinin geçerliliğini etkilemez.⁹⁰ Mesela, cezâî şartın geçerliliği faiz gibi batıl bir duruma bağlı ise cezâî şart da batıldır.⁹¹ Tarafların anlaşarak sözleşmeyi feshetmesi durumunda sözleşmeye bağlı olarak kabul edilen cezâî şart da ortadan kalkacaktır.⁹²

Cezâî şart, geciktirici şarta bağlı bir borçtur. Asıl borcun ifasının muaccel olmasıyla edimin hiç ya da sözleşme şartlarına uygun şekilde ifa edilmemesi durumunda şart gerçekleşmiş olur. Asıl borç ifa edilmediğinde fer'i borç olan cezâî şart muaccel hâle gelir. Cezâî şart ancak muaccel hâle geldikten sonra bağımsız bir alacak niteliği kazanır.⁹³ Cezâî şart taraflar

⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1134.

⁸⁷ Senhûrî, *el-Vasît*, 2/862; Teshîrî, "Eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/179-180; Hamedâtî, "eş-Şartu'l-cezâî" 12/ 36; Hamevî, *eş-Şartu'l-cezâî*, 308; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/541-542.

⁸⁸ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/541.

⁸⁹ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/535.

⁹⁰ Yaşar Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 202), 369.

⁹¹ Teshîrî, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/180.

⁹² Hamedâtî, "eş-Şartu'l-cezâî" 12/36.

⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1135.

için bağlayıcıdır. Çünkü cezâî şart, sözleşmenin yerine getirilmemesi ya da gecikmesi durumunda ödenmesi gereken bir tazminat olarak kabul edilmektedir. Ancak asıl sözleşme taraflar açısından bağlayıcı değilse bunun üzerine bina edilen cezâî şart da bağlayıcı değildir.⁹⁴

Cezâî şartın tazminat mı sigorta mı ya da ceza mı olduğu ile ilgili farklı görüşler vardır.

⁹⁵ Bu görüşlere aşağıda yer vereceğiz.

3.1. Cezâî Şartın Ceza Olduğu Görüşü: Sözleşmede cezanın belirlenmesi borçlunun ifayı yerine getirmesi için psikolojik bir baskı oluşturması ve böylelikle ‘cezanın önleyici etkisi’nden faydalanılmaktadır. Bu görüşe göre kusuru olmayan kişi cezalandırılmayacağı için, kusuru olmaksızın borcunu ifa edemeyen borçludan da cezâî şart istenilmez.⁹⁶ Cezâî şart asıl sözleşmeye bitişik zararın meydana gelmesi durumunda hak edilen bir bedeldir.⁹⁷ Bu görüşe şu şekilde eleştiri getirilmiştir. Sözleşme insanlar arasında meydana gelen hukukî bir işlemdir suç ve ceza ile alakası yoktur. Cezâî şartta zararın tazmin edilmesi, hakların korunması ve hukukî işlemlerin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. Sözleşmenin ihlal edilmesi akdi sorumluluk doğurur ki bu da tazminat niteliğindedir. Mali ceza ise hukuka aykırı fiillere taalluk eden ve onları engelleyen ceza olarak kabul edilir. Tazminat da mali bir ceza olarak tazîr kavramı içerisinde değerlendirilemez.⁹⁸

⁹⁴ Teshîrî, “eş-Şartu’l-cezâî fi’l-ukûd”, 12/180.

⁹⁵ Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü’ş-şarti’l-cezâî*, 195.

⁹⁶ Kenan Tunçomağ, *Türk Hukukunda Cezâî Şart* (İstanbul: Baha Matbaası, 1963), 21.

⁹⁷ Şimâm “eş-Şartu’l-cezâî” 12/231.

⁹⁸ Hamevî, *eş-Şartü’l-cezâî*, 245; Yemenî, *eş-Şartü’l-cezâî*, 166.

3.2. Cezâî Şartın Sigorta Olduğu Görüşü: Cezâî şartın sigorta olduğu görüşünü borçlunun borcunu ifa edememesi durumunda hiçbir kusuru bulunmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı görüşüne dayanmaktadır. Bu durumda borçlu bir kaza veya mücbir sebepten kaynaklı zararları da üstlenmektedir.⁹⁹

3.3. Cezâî Şartın Tazminat Olduğu Görüşü: Cezâî şartın tazminat niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Tazminat ve cezâî şart her ikisi de meydana gelen zararı tazmin etmek için konulmuş hukukî kurumlar olmasına rağmen birbirlerinden farklıdır. Tazminatın amacı muhtemel zarar için ödenecek miktarı önceden belirlemek iken, cezâî şartın amacı borçlu üzerinde baskı oluşturarak ifaya zorlamaktır.¹⁰¹

Cezâî şart, bir sözleşmeye bağlı olarak yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün yapılmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır ama tazminatta bir sözleşme olmadan da bir tarafın haksız fiili nedeniyle diğer tarafın zarar görmesi nedeniyle ortaya çıkan mali bir sorumluluktur. Cezâî şart asıl sözleşmeye bağlı olarak konulmuş bir şarttır ve fer'î bir yükümlülüktür. Ancak sözleşmede bir şart konulmasa da taraflar tazminata hak kazanır.¹⁰²

Cezâî şartta zararın miktarını artırmak mümkündür, tazminatta ise zarara neden olan fiilin tam karşılığı olan miktar ödenir. Cezâî şartta maddi ve manevi zarara karşılık bir bedel ödenirken, tazminatta sadece maddi zararın karşılığı ödenir, manevi zarar ödenmez. Cezâî şartta henüz zarar meydana gelmeden genellikle sözleşme esnasında bir bedel belirlenirken, tazminatta ise zarar meydana geldikten sonra bedel kararlaştırılır. Ayrıca cezâî şartta miktarı taraflar kendileri belirlerken, tazminatta zararın bedelini genellikle hâkim belirlemektedir.¹⁰³

⁹⁹ Tunçomağ, *Cezâî Şart*, 22.

¹⁰⁰ Teshîrî, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd", 12/179; Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd el-Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâî ve eseru hu fi'l-ukudi'l-muasıra dirase fikhiyye mukarene*. (Riyad: Dârü Küñûzi İşbiliyâ, 2006), 141; Cevad Bahr en-Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 195.

¹⁰¹ Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 147.

¹⁰² Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 148-149.

¹⁰³ Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 147.

Tazminatın miktarı asıl sözleşmenin miktarına bağlı iken cezâî şart miktarı sözleşmeden bağımsızdır.

4. Cezâî Şartın Geçerlilik Şartları

Borcun ifasının belirlenen vasıflara uygun şekilde ve zamanında tam olarak yerine getirilmemesi ya da geciktirilmesi nedeniyle cezâî şarta hükmedilmesi için bazı şartların var olması gereklidir.

4.1. Borçlunun Kusurlu Olması: Cezâî şartın tahakkuk etmesi için borcun tam ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesinde borçlunun kusuru olmalıdır.¹⁰⁴ Borçlunun kusuru olmaması durumunda cezâî şartın koşulları tam olarak oluşmamaktadır. Ceza koşulunun talep edilebilmesi için ifanın kasten ya da kasıt olmaksızın borçlunun kusuru nedeniyle yerine getirilmemesi ya da gecikmesi arasında fark yoktur.¹⁰⁵

Borçlunun yükümlülüklerini sözleşmenin gereğine uygun olarak herhangi bir kusur olmaksızın ve belirlenen zamanda yapması gerekir. Borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmesi “Sözleşmeleri yerine getirin”¹⁰⁶ ayetinde de belirtildiği gibi şer’î bir vecibedir.¹⁰⁷ Tazminatta, alacaklının tazminat isteme hakkı borçlunun kusurlu olması şartına bağlandığı gibi cezâî şartta da borcun geçerli olması borçlunun kusurlu olması şartına bağlanmıştır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Senhûrî, Vasîf, 856; Hamedâtî, “eş-Şartu’l-cezâî” 12/35; Hamevî, eş-Şartü’l-cezâî, 257.

¹⁰⁵ Netşe, Nazariyyetü’ş-şarti’l- cezâî, 292; Hamevî, eş-Şartü’l-cezâî, 257.

¹⁰⁶ Maide, 5/1.

¹⁰⁷ Hamevî, eş-Şartü’l-cezâî, 257.

¹⁰⁸ Darîr, “eş-Şartu’l-cezâî”, 12/52; Hamevî, eş-Şartü’l-cezâî, 257.

4.2. Alacaklının Zarara Uğramış Olması: Cezâî şartın tahakkuk etmesi için bir diğer şart ise borçlunun ifayı yerine getirmemesi ya da geciktirmesi nedeniyle alacaklının zarara uğramasıdır.¹⁰⁹ Borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi ya da geciktirmesi durumunda bir kusurunun olması tek başına cezâî şartın geçerli olması için yeterli değildir. Aynı zamanda yüklenicinin bu kusuru nedeniyle iş sahibinin zarara uğraması gerekir.¹¹⁰ Eğer iş sahibi sözleşmede işin belli bir zamanda teslim edilmesini şart koşar ve yüklenici de kusuru olsun ya da olmasın teslimi geciktirir ve bu gecikme iş sahibini zarara sokmuyorsa cezâî şarta hak kazanamaz.¹¹¹

Yüklenici edimini sözleşmede belirlenen nitelikleri kapsayacak şekilde yerine getirmemişse ve bu eksik ifa iş sahibini zarara sokmuyorsa cezâî şart tahakkuk etmez. Ancak alıcı borçlunun ifayı yerine getirmemesi ya da eksik ifası nedeniyle zarara uğradığını iddia ederse, bu durumda yükleniciden ihlalin ya da taksirin zarara neden olmadığını ispatlaması istenir.¹¹² Cezâî şartta alacaklının bir zarara uğradığı varsayılır, bundan dolayı zararın olmadığını ispat yükü borçluya aittir. Borçlunun alacaklının zarara uğramadığını ispat etmesi hâlinde, alacaklı cezâî şarta hak kazanamaz.¹¹³

Tazminatın talep edilmesinde alacaklının zarara uğraması unsurunun olması gibi cezâî şartta da zararın varlığı gerekmektedir.¹¹⁴ Alacaklının uğradığı zarar; mali, edebî bir zarar olması gerekir. Yükümlülüklerin ve sözleşmelerin yerine getirilmesinin geciktirilmesinden dolayı alacaklının elde edeceği kazançtan mahrum olması mesela yüklenicinin malı zamanında teslim etmemesi, belirlenen zamanda malın sevk edilmemesi, ihraç etme yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle iş sahibinin kazanç kaybı da zarar olarak kabul edilir.¹¹⁵

¹⁰⁹ Senhûrî, Vasît, 856; Hamedâtî, “eş-Şartu'l-cezâî” 12/35; Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 290; Yemenî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 252.

¹¹⁰ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 265.

¹¹¹ Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 292.

¹¹² Netşe, *Nazariyyetü's-şarti'l-cezâî*, 292.

¹¹³ Hamedâtî, “eş-Şartu'l-cezâî” 12/37; Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/52.

¹¹⁴ Hamedâtî, “eş-Şartu'l-cezâî” 12/35; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 264.

¹¹⁵ Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/52; Şefik el-Acem, *MMFİ*, 12/2, 207; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 266-267.

4.3. Kusur ile Zarar Arasında İlliyet Bağının Olması: Cezâî şartın gerçekleşmesi için borçlunun kusuru ile alacaklının zararı arasında illiyet bağı olmalıdır.¹¹⁶ Cezâî şartın hak edilebilmesi için alacaklının zararının borçlunun kusuru nedeniyle olması gerekir. Eğer alacaklının zararı alacaklının kendisinin ya da üçüncü bir kişinin fiili ile olursa borçlunun fiili olmaması nedeniyle kusur ile zarar arasında illiyet bağı kurulmamış olur ve cezâî şart tahakkuk etmez. Ancak borçlunun hatası haricinde başka bir nedenden ötürü de cezâî şartın oluşabileceği sözleşmede kararlaştırılabilir. Böylece üçüncü bir kişinin fiili nedeniyle meydana gelen zarar da borçluya yüklenebilir.¹¹⁷

Mücbir sebep ve mazeretin olması durumunda alacaklının zararı ile borçlunun kusuru arasında illiyet bağı kurulmadığından borçlunun cezâî şart ödemesi yükümlülüğü yoktur.¹¹⁸ Ancak borçlu bu durumda zararın kendisinden kaynaklı olmadığını ispatla yükümlüdür. Aksi takdirde prensip olarak kabul edilen cezâî şartın mücerret ihlalle gerçekleşmesidir.¹¹⁹

¹¹⁶ Senhûrî, *el-Vasîl*, 2/859; Hamedâtî, “eş-Şartu'l-cezâî” 12/35.

¹¹⁷ Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/52.

¹¹⁸ Heyet, MMFî, 778.

¹¹⁹ Yemenî, *eş-Şartu'l-cezâî*, 253.

AAOIFI 6/6 “Gecikmenin olağanüstü ve beklenmeyen hâllerden kaynaklanmaması şartıyla, işverenin sözleşme konusu malın geç teslim edilmesi dolayısıyla uğradığı zararı tazmin etmek üzere, eser sözleşmesine tarafların üzerinde anlaşmış oldukları makul bir tutarda cezâî şart ihtiva eden bir madde konması caizdir.”

4.4. İhtar Yapılması: Cezâî şartın geçerli olması için gereken şartlardan biri de borçlunun uyarılmasıdır.¹²⁰ Son dönem İslam hukukçuları cezâî şartın talep edilebilmesi için borçlunun ihtarının gerekli olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir.¹²¹ Cezâî şartta, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa yükleniciyi temerrüde düşürmek için gerekli bir ihtar yapılmamış¹²² olsa bile teslim gününün geçirilmesiyle beraber ceza işlemeye başlar. Ancak yüklenici gecikmeden dolayı kendisinin bir kusuru olmadığını kanıtlarsa cezayı ödemekten kurtulabilir.¹²³ İş sahibi yükleniciye ihtar da bulunmazsa cezâî şart hakkı olduğu ispatlanamaz.¹²⁴

5. İstisnâ' Sözleşmesinde Cezâî Şart ve Özellikle Eseri Teslim Borcunun İfasına Bağlı Cezâî Şart

İstisnâ' sözleşmesinde yüklenicinin teslim tarihine riayet etmesi iş sahibi açısından büyük önem taşıdığı için ifanın belirlenen tarihte yerine getirilmemesi durumunda yüklenicinin bir cezâî şart ödeyeceği kararlaştırılabilir.¹²⁵ Taraflar, cezâî şart anlaşmasında yüklenicinin eseri belirlenen tarihte teslim etmediği takdirde iş sahibine belirli bir para ödemeyi ya da başka bir edimde bulunmayı taahhüt ederler.¹²⁶ İstisnâ' sözleşmesi içerisinde yer alan inşaat

¹²⁰ Senhûrî, *el-Vasît*, 2/859; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 287.

¹²¹ bk. Pekdemir, *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâî Şart*, 145.

¹²² Yükleniciye ihtar yapılması gerekip gerekmediği konusunda ihtilaf vardır. Cezâî şartın terettüp etmesi için ihtar yapılmasına ihtiyaç olmadığını düşünenler borçlunun zamanında edimini ifa etmesi gerektiğini bildiğini ayrıca bir uyarıya gerek olmadığını söylemektedirler. İhtarın gerekli olduğunu söyleyenler ise ihtar olmaksızın belirlenen cezanın alınamayacağını, cezâî şartın varlığının ihtar sorumluluğunu kaldırmayacağını söylemektedirler. Bk. Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/52; Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 287.

¹²³ Hamedâtî, “eş-Şartu'l-Cezâî” 12/37.

¹²⁴ Hamedâtî, “eş-Şartu'l-Cezâî” 12/35; Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/52.

¹²⁵ Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2/135; Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 398; Karadâğî, “Akdü'l-İstisnâ”, 7/366; Senhûrî, *el-Vasît*, 2/852; Muhammed Ali Teshîrî, “Eş-Şartu'l-cezâî fi'l-Ukûd”, *MMFİ.*, (Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000), 12/179.

¹²⁶ Aral-Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 398; Bedran, *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 213.

sözleşmeleri ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede teslim edememesi durumunda gecikme süresine bağlı olarak belirli bir miktar para ödeneceğine ilişkin cezâî şartta sözleşmelerde sıklıkla rastlanmaktadır.¹²⁷

Taraflar, yüklenicinin eseri teslimini mücbir nedenler dışındaki hâller nedeniyle yerine getirmeme durumu için cezâî şartı kararlaştırabilirler.¹²⁸ Herhangi bir kusurun meydana gelmesi durumu yüklenicinin taahhüt ettiği edim borcunu yerine getirmesini engellerse taraflardan her biri sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Bu durum istisnâ' sözleşmesinin bağlayıcı bir sözleşme olmadığı görüşüne dayanmaktadır.¹²⁹ Ancak müteahhirîn Hanefi âlimleri istisnâ' sözleşmesinin bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir. Bu nedenle yüklenicinin iradesi dışında fabrikanın yanması, geminin batması ve ham maddenin sağlandığı ülkelerle ilişkinin kesilmesi gibi harici bir engel ortaya çıkması durumunda işsahibi yüklenicinin edimi ifa etmesini bekleyip beklememe ya da sözleşmeyi feshetme konusunda muhayyerdir. Ancak yüklenicinin kendi iradesinden kaynaklanan kötü organizasyon, işleyişi yönetememe, son teslim tarihine uyulmaması gibi nedenlerden dolayı eserin tamamlanması gecikmeye ve maddi zarara neden olur.¹³⁰ İstisnâ' sözleşmesinde cezâî şartın konulması artık yaygın hâle gelmiştir. Yüklenicinin teslim tarihine uyması sağlanmakta ve ekonomik faaliyetlerde bir düzen tanzim edilmektedir.¹³¹

İslam Fıkıh Akademisinin 7. dönem toplantısında istisnâ' sözleşmesinde tarafların karşılıklı anlaşmaları dâhilinde cezâî şartın konulabileceği ile ilgili karar alınmıştır.¹³² Karar maddesinde yüklenici ve işsahibi ayrımı yapılmadan mutlak bir ifade kullanılmıştır. Karadağı hem

¹²⁷ Bedran, *Akdü'l-İstisnâ'*, 213; Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezâî Şart ve Götürü Tazminat", YBHD 2/2 (2017), 161;

¹²⁸ Mecmû'atü mine'l-Müellifîn, *Fıkhü'l-muamelat*, 1/292; Darîr, "eş-Şartu'l-Cezâî", 12/65; Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, 167.

¹²⁹ *Fıkhü'l-muamelat*, 1/293; Heyet, *Mecelletü Mecma'i'l-fıkhî'l-İslâmî*, 7/2, Cidde 1412/1992; Zerkâ, *Medhal*, 1/532-533; *Mecelle*, md.392 "İstisnâ' mün'akid olduktan sonra tarafeyn pazarlıktan dönemez. Fakat masnu' eğer ta'rife muvâfık olmazsa müstasni' muhayyerdir."

¹³⁰ *Fıkhü'l-muamelat*, 1/293.

¹³¹ *Fıkhü'l-muamelat*, 1/293.

¹³² Heyet, *MMFİ*, 7/2, 778.

yüklenici hem de işsahibi tarafından cezâ şart konulmasını talep etme hakkının olduğunu söylemektedir.¹³³ Yüklenicinin edimini yerine getirmemesi ya da geciktirmesi durumunda cezâ şart konulmasının sahih olduğu görüşü son dönem İslam hukukçularının çoğu tarafından kabul edilmektedir.¹³⁴ İş sahibinin yüklenicinin hak edişlerini ödemede gecikme olması hâlinde ise cezâ şart koyması caiz değildir.¹³⁵ İşsahibi borcunu ifada gecikmesi halinde cezâ şart konulması geçersizdir, sözleşmeyi de fasid yapar. Çünkü istisnâ' sözleşmesinde işsahibinin edimi deyn borcudur ve deyn borcunda cezâ şart da ribâyâ girmektedir.¹³⁶ Faizsiz Bankalar ve Finans Kurumları İçin Finansal Muhasebe Kurumu (AAOIFI) güncellenmiş “Faizsiz Finans Standardı 11- İstisnâ' ve Alt İstisnâ' Sözleşmesi” adıyla kabul ettiği kurallarda sadece yüklenici tarafından cezâ şart konulabileceğine hükmetmiştir.¹³⁷ Çünkü borçlunun borcunun vadesinde ödemeyip geciktirmesi durumunda nakdî veya aynî olarak bir bedel ödenmesini şart koşması caiz değildir.¹³⁸

Yukarıda bahsi geçen kararlara istinaden istisnâ' sözleşmesinde eserin vaktinde teslim edilmemesi durumunda belirlenen her gecikme süresince yüklenicinin alacağından belirli bir miktar ya da yüzde ödemesinin şart koşmanın caiz olduğunu görmekteyiz.¹³⁹ Yüklenicinin borcunu ifa etmemesi ya da geciktirmesi durumunda bir zarar meydana geldiyse ancak bu zarar tazmin edilir. Meydana gelen zararın olağanüstü ve beklenmeyen bir hâlden dolayı

¹³³ Karadâğî, “‘Akdü'l-İstisnâ'”, 7/366.

¹³⁴ Yemenî, eş-Şartü'l-cezâî, 339.

¹³⁵ AAOIFI 6/6 “İşverenin, yüklenici hak edişlerini ödemede gecikmeye düşmesi hâlinde cezâ bir şart kararlaştırılması ise caiz değildir. Konuyla ilgili olarak ödeme gücü bulunduğu hâle ödeme yapmayan borçlu hakkındaki 3 numaralı faizsiz finans standardının 2/1/2. maddesine bakılabilir.”

¹³⁶ Yemenî, eş-Şartü'l-cezâî, 339.

¹³⁷ AAOIFI 6/6 “Gecikmenin olağanüstü ve beklenmeyen hâllerden kaynaklanmaması şartıyla, işverenin sözleşme konusu malın geç teslim edilmesi dolayısıyla uğradığı zararı tazmin etmek üzere, eser sözleşmesine tarafların üzerinde anlaşmış oldukları makul bir tutarda cezâ şart ihtiva eden bir madde konması caizdir.”

¹³⁸ AAOIFI 2/1/2- “Borçluya, borcunu vadesinde ödemeyip geciktirmesi durumunda nakdî veya aynî olarak bir bedel ödemesini şart koşmak; yani sözleşmeye cezâ şart maddesi koymak caiz değildir. Sözleşmede cezâ şart olarak ileri sürülen bedelin miktarının belirtilmesi ile belirtilmemesi arasında bir fark bulunmadığı gibi bu bedelin mahrum kalınan kâr veya paranın değerinin değişmesi karşılığında olması arasında da bir fark yoktur.”

¹³⁹ Muhammed Taha Hamîdî, eş-Şartü'l-Cezâî fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve tatbikâtuhu fi'l-Ûkûdu'l-mu'âsıra (Cezayir: Câmiatü's-Şehîd Hamma Lahdar, Yüksek Lisans Tezi, 2016-2017), 71.

meydana gelmesi, işsahibinin ödemeleri geciktirmemesi ya da tasarrufları nedeniyle gecikmeye sebebiyet vermemesi gerekir. Zararın oluşmasında işsahibinin bir etkisi olmaması durumunda sadece yüklenici tarafından tazmin edilmesi beklenir.¹⁴⁰ Tazmin edilmesi istenilen bedel, meydana gelen zararı aşamaz.¹⁴¹

Aynı şekilde cezâî şartın yüklenici tarafından da konulması caizdir, işsahibinin mali olmayan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda cezâî şart konulabilir. Mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda cezâî şart konulması caiz değildir, ribaya sebep olur.¹⁴²

6. Cezâî Şartın Türleri ve Özellikle İfaya Eklenen Cezâî Şart-Seçimlik Şart Ayrımı

Cezâî şartın seçimlik cezâî şart, ifaya eklenen cezâî şart ve ifayı engelleyen cezâî şart (*dönme cezası*) olmak üzere üç çeşidi vardır. Biz çalışmamızda ilk iki cezai şart çeşidine yer vermekle birlikte İfayı engelleyen cezâî şart, teknik anlamda bir cezâî şart olmayıp, hatta cezâî şarttan farklı bir kurum olduğu ve çalışmamızın kapsamını aştığı için yer vermeyeceğiz.

¹⁴⁰ Karadâğî, “Akdü'l-İstisnâ”, 7/366.

¹⁴¹ Fıkhu'l-muamelat, 1/293.

¹⁴² Fıkhu'l-muamelat, 1/293; Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/66.

6.1. Seçimlik Cezâ Şart: Bir sözleşmenin *hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi* durumunda bir ceza kararlaştırılmışsa ve aksi de sözleşmeden anlaşılmıyorsa işsahibi sözleşmenin ifa edilmesini ya da cezâ şartın ödenmesini isteyebilir. İfanın zamanında ya da yerinde yapılmaması şeklindeki borç ihlallerinin haricindeki bütün borca aykırılıklarda alacaklı ya ifanın yerine getirilmesini ya da cezanın ödenmesini isteyebilir.¹⁴³ Seçimlik cezanın amacı, borçluyu ifaya zorlamak ve sözleşmenin *hiç ya da gereği gibi* yerine getirilmemesi durumunda alacaklının miktarı önceden götürü usulle belirlenen muhtemel zararını karşılamaktır.¹⁴⁴ Mesela, yüklenicinin yerine getirmeyi üstlendiği edimi teslimden kaçınması durumunda kendisinden belirli bir miktar ceza istenebileceği kararlaştırılmışsa işsahibi eserin teslimini ya da cezayı istemekte muhayyerdir. Şayet teslim satıcının sorumluluğuna yol açan bir sebeple imkânsızlaşmışsa, ancak ceza istenebilir. Şayet gerçek zarar cezadan fazla ise bu fazlalığı istemek mümkündür.¹⁴⁵

İşsahibinin sahip olduğu seçimlik hak, niteliği itibarıyla değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle yüklenici seçim hakkını kullandıktan sonra seçmiş olduğu borç, kesin borç hâline dönüşür ve bu seçiminden geri dönemez.¹⁴⁶ Seçimlik cezâ şart ile ilgili hükümler emredici nitelikte olmadığı için taraflar sözleşmede önce asıl edimin ifasının talep edileceğini borçlunun bunu yerine getirememesi durumunda, alacaklının cezâ şartın ödenmesini isteyebileceğini kararlaştırabilirler.¹⁴⁷ Yüklenicinin edimi gereği gibi ifa etmemesi durumunda işsahibi cezâ şartın ödenmesini istemişse ve daha önce edim konusundan bir şey almışsa onu borçluya iade etmek zorundadır.¹⁴⁸

¹⁴³ Tunçomağ, *Cezâ Şart*, 44; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1136; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/544; Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, 384.

¹⁴⁴ Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, 384.

¹⁴⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/544.

¹⁴⁶ Tunçomağ, *Cezâ Şart*, 44; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1136; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/545; Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, 384.

¹⁴⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1136; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 545.

¹⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1137.

6.2. İfaya Eklenen Cezâî Şart: İstisna sözleşmesinde edimin *belirlenmiş zaman ve yerde ifa edilmemesi* hâlinde cezâî şart ödenmesi kararlaştırılmışsa, işsahibi hakkından açıkça feragat etmiş ve ifayı çekincesiz olarak kabul etmedikçe hem edimin ifasını hem de cezanın ifasını isteyebilir.¹⁴⁹ Bu cezâî şarta “*ifaya eklenen cezâî şart*” denildiği gibi “*inzimamî şart*” adı da verilmektedir.¹⁵⁰

Eser/masnû‘ sözleşmede belirlenen yerde teslim edilmezse ya da sözleşmede belirtilen niteliklere uygun ve miktarda ifa edilmezse eksik şekilde ifa edilmiş sayılır. Ayrıca kısmî ya da ayıplı ifa, eksik ifa değil ifanın yerine getirilmemesi olarak kabul edilir.¹⁵¹ İfa ile birlikte cezanın istenebilmesi emredici hüküm değildir. Borcun ifa edilmemesi durumunda taraflar hem ifayı hem de cezanın istenebilmesini kararlaştırabileceği gibi zamanında ya da yerinde ifa edilmemesi durumunda ya ifayı ya da cezayı talep etmeyi de kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmeden aksi anlaşılmıyorsa sözleşmenin yerinde veya zamanında ifa edilmemesi hâli için ceza kabul edilmişse hem ifa hem de ceza talep edilir.¹⁵² İstisna sözleşmelerinde en çok rastlanan cezâî şart türü budur. Örneğin temerrüde düşen müteahhit, geciktiği her gün için belli bir miktar ceza ödeyeceğini taahhüt etmişse, işsahibi gecikmiş ifa ile birlikte muaccel olan cezanın da ödenmesini isteyebilir.¹⁵³

İstisna sözleşmesinde eserin ifasının teslim yeri ve zamanı sözleşme yapılırken belirlenmektedir. İslam hukukunda özellikle vadeli anlaşmalarda sözleşme ile ilgili bütün unsurların anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde belirli olması gerekir.¹⁵⁴ Cezâî şartın geçerli olması için yüklenici ifa yeri ve zamanı belli olan borcu gereği gibi ifa etmemeli, işsahibi de cezâî şarttan vazgeçmemiş veya ifayı kayıtsız şartsız kabul etmemiş olmalıdır. İşsahibi eseri ihtirazi kayıt ileri sürerek teslim alırsa sözleşme ile kararlaştırılan cezâî şart alacağının devam ettiği

¹⁴⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1137; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/546.

¹⁵⁰ Tunçomağ, *Cezâî Şart*, 45.

¹⁵¹ Tunçomağ, *Cezâî Şart*, 46.

¹⁵² Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/546.

¹⁵³ Bedran, *Akdü'l-İstisnâ*, 213; Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/51.

¹⁵⁴ Kâsânî, *Bedâ'iu's-Sanâî*, 7/65.

anlamına gelmektedir. İş sahibi ya eserin ifasını kabul etmeden ya da en geç ifası sırasında cezâ şartı da talep etmeli ya da bu hakkı saklı tuttuğunu beyan etmelidir.¹⁵⁵

7. Hâkimin Cezâ Şart Üzerinde Takdir Yetkisi (Cezâ Şart Miktarının Artırılması veya İndirilmesi)

Tarafların sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde ve kendi özgür iradeleri ile kararlaştırdıkları cezâ şart, yüklenicinin “ekonomik kişilik hakkını, ticari faaliyetini ihlal edecek ölçüde aşırı olması” durumunda borçlu cezâ şartın indirilmesini talep edebilir. İslam hukukuna göre yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ödenecek cezâ şartın indirilmesi “Zarar ve mukabele-i zarar yokdur”¹⁵⁶, “Zarar izâle olunur”¹⁵⁷ kaideleri gereğince de geçerli kabul edilmektedir.¹⁵⁸

Cezâ şartın miktarında indirim yapılmasının nedeni yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu cezâ şart miktarının aşırı yüksek olmasıdır. Yüklenicinin cezâ şartın indirilmesi talebi üzerine hâkim, cezâ şart tutarının ne zaman aşırı kabul edileceği ve ne miktarda indirileceğine adalet ve hakkaniyet çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak karar verebilir.¹⁵⁹ Hâkim aşırı gördüğü ceza tutarını makul bir seviyeye indirirken cezâ şartın, yüklenicinin borcunu ihlalden caydırıcı özelliğini dikkate almalıdır.¹⁶⁰ Hâkim takdir yetkisini kullanırken iş sahibi ve yüklenicinin ekonomik durumlarını, alacaklının çıkarlarını, özellikle uğradığı zarar miktarını, borçlunun kusurunu, borca aykırılığın ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde tutar.¹⁶¹ İş sahibi asli yükümlülüğün fazlasını talep edemez. Yüklenici

¹⁵⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1137-1138; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 544.

¹⁵⁶ Mecelle m.19

¹⁵⁷ Mecelle m. 20

¹⁵⁸ Hamevî, *eş-Şartu'l-cezâî*, 384.

¹⁵⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1141; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/553; Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/53.

¹⁶⁰ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2/553; Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâî”, 12/53; Hamedâtî, “eş-Şartu'l-Cezâî” 12/37.

¹⁶¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1141.

de ödeyeceği cezâî şart miktarının asıl sözleşmenin yükümlülüğünden fazla olduğunu ispat ederse hâkimin ödenecek miktarı azaltma yetkisi vardır.¹⁶²

Cezâî şartta indirimin talep edilebilmesi için şartın bağlı olduğu asıl sözleşmenin ve cezâî şartın geçerli olması gerekir.¹⁶³ Cezâî şartın talep edilebilmesi için yüklenicinin cezâî şartı ödememiş olmalıdır. Cezâî şart ödenmişse borç sona ermiştir ve yüklenicinin indirim talebinden vazgeçtiği anlamına gelmektedir. Hâkimin bu durumda müdahale yetkisi bulunmamaktadır.¹⁶⁴ Cezâî şartta indirimin yapılabilmesinin diğer bir şartı ceza ediminin muaccel olmasıdır. Çünkü muaccel olmayan ceza edimi henüz bağımsız bir edim niteliğini kazanmadığından indirilmesi de söz konusu olmaz.¹⁶⁵

Cezâî şartın gerçekleşmesi için alacaklının zarara uğraması şartı da vardır. Alacaklı zarara uğramazsa hâkim cezâî şartı ortadan kaldırabilir.¹⁶⁶ Başlangıçta kararlaştırılan cezâî şart miktarı ile meydana gelen zarar arasında fahiş bir fazlalık varsa hâkim cezâî şart miktarını azaltabilir. Aynı şekilde başlangıçta belirlenen cezâî şart miktarı meydana gelen zarardan az kalırsa hâkim miktarı artırabilir. Hâkimin cezâî şart miktarı üzerinde değişik yapma hakkının oluşması için fahiş bir miktarda fazlalık ya da azalma olması gerekir.¹⁶⁷

Yüklenicinin yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi kısmen yerine getirmesi durumunda, hâkim yüklenicinin edimini hiç yerine getirmemesi hâlinde ödenmesi kararlaştırılan cezâî şart miktarını edim oranınca indirebilir.¹⁶⁸ Yüklenici edimin bir kısmını yaptığını ispat ederse hâkimden cezâî şart miktarının indirilmesini talep edebilir.¹⁶⁹ Edimin ne kadarının ifa edildiği ve iş sahibine ne kadar zararın ilhak ettiğini tespit etme yükümlülüğü yükleniciye aittir. Yüklenici yükümlülüğünün bir kısmını yerine getirdiğini ispat ederse hâkim bu miktar

¹⁶² Hamedâtî, “eş-Şartu'l-Cezâî” 12/37; Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâî”, 12/53.

¹⁶³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1140.

¹⁶⁴ Şimâm “eş-Şartu'l-cezâî” 12/231.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1140.

¹⁶⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1140.

¹⁶⁶ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 382.

¹⁶⁷ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 389.

¹⁶⁸ Darîr, “eş-Şartu'l-Cezâî”, 12/53.; Hamevî, *eş-Şartü'l-Cezâî*, 384; Şimâm “eş-Şartu'l-cezâî” 12/231.

¹⁶⁹ Hamedâtî, “eş-Şartu'l-cezâî” 12/37.

oranınca cezâ şartta indirim yapma yetkisine sahiptir. Ancak yüklenicinin yerine getirdiği kısmi ifanın işsahibine bir fayda sağlamadığı hâkim tarafından tespit edilirse yüklenicinin borcunu tam olarak yerine getirmemesi veya kısmen yerine getirmesi durumunda zarar miktarı değişmez. Hâkim cezâ şartın tam olarak ödenmesine karar verir.¹⁷⁰

İşsahibinin ifanın hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zarar ceza miktarından fazla olabilir. Bu durumda işsahibi cezâ şart miktarını aşan kısmın tazminini isteyebilir. Cezâ şart miktarını aşan zararın tazmin edilebilmesi için işsahibinin hem uğramış olduğu zararı hem de yüklenicinin kusurlu olduğunu ispat etmesi durumunda hâkimin cezâ şart miktarını artırması caizdir.¹⁷¹ İşsahibi yüklenicinin borcu ihlal etmesi nedeniyle uğradığı zararın karşılanmasını istediğinde sadece cezâ şart miktarını aşan zarar tazmin ettirilir.

Sonuç

Cezâ şart, borç ilişkilerinde tarafların menfaatlerini koruma ve sözleşmeye bağlılığı sağlama açısından önemli bir hukuki mekanizmadır. Hukuki niteliği gereği, sözleşmeye aykırılık durumlarında zararın tazminini kolaylaştırırken, caydırıcılık işlevi de görmektedir. Bu nedenle, özellikle istisnâ sözleşmeleri gibi teslimin büyük önem taşıdığı sözleşme türlerinde cezâ şartın önemi daha da belirgin hale gelmektedir.

İstisnâ sözleşmesinde teslimin zamanında ve eksiksiz yapılması, tarafların hak ve yükümlülükleri açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu bağlamda cezâ şart, yüklenicinin teslim taahhüdünü yerine getirmesi için güçlü bir hukuki teşvik mekanizması oluşturur. Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, cezâ şartın da adil ve ölçülü olması gerekmektedir.

Cezâ şartın türleri, sözleşmenin doğasına göre farklılık gösterebilir, ifaya eklenen cezâ şart, ifa yerine geçen cezâ şart ve seçimlik cezâ şart gibi çeşitler, tarafların sözleşmeye

¹⁷⁰ Hamevî, *eş-Şartü'l-cezâî*, 384; Şimâm “eş-Şartu'l-cezâî” 12/231.

¹⁷¹ Darîr, “eş-Şartu'l-cezâî”, 12/53.

uygun davranmasını sağlamak için farklı şekillerde uygulanmaktadır. Bununla birlikte, hâkimin cezâî şartı denetleme ve gerektiğinde indirme yetkisi, sözleşmelerdeki dengesizliğin önüne geçmek adına önemli bir hukuki güvencedir.

Bu çalışma, cezâî şartın hukuki niteliğini ve istisnâ' sözleşmelerindeki rolünü ele alarak, bu kavramın taraflar arasındaki dengeyi sağlama işlevini vurgulamaktadır. Cezâî şart, sözleşmesel ilişkilerin düzenlenmesinde kritik bir araç olmakla birlikte, yargıya intikal ettiğinde de cezâî şartın varlığı ve miktarı adalet ilkesine uygun olarak değerlendirilmelidir. Böylece, tarafların haklarının korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması mümkün olacaktır.

Kaynaklar | References

- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde Küçük, *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*. İstanbul: DİB Yayınları, 2016.
- Apaydın, H. Yunus, "Kabz". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. 24/45-49 İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Aybakan, Bilal. *İslam Hukukunda Borçların İfası*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1996.
- Bardakoğlu, Ali. "Edâ". Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi. 8/389-392. İstanbul: TDV Yayınları, 1994.
- Bedrân, Kâsib b. Abdülkerim. *Akdü'l-İstisnâ' fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. İskenderiye: Daru'd-Dave, t.y.
- Bek, Ahmed İbrahim, *el-Mu'amelâtü's-şer'iyyeti'l-maliyye*. b.y.: yy., 1936.
- Darîr, Sıddık Muhammed el-Emin. "eş-Şartu'l-cezâî". *MMFİ*. 12/47-87 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım, 2010.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Faizsiz Finans Standartları 1437 Safer / Aralık 2015 Yılına Kadar Kabul Edilmiş Olan Faizsiz Finans Kurumları Hakkındaki Faizsiz Finans Standartlarıyla İlgili Tam Metin. hazırlayan: Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu. İstanbul: Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayınları, 2018.
- Halebî, İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm. *Mülteka'l-ebhur*. thk. Halîl İmran el-Mansûr. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998.
- Hamedâtî, Şebîhunâ Mâu'l-Aynenyn. "eş-Şartu'l-cezâî ve muhtelifu suverihi ve ahkâmihi". *MMFİ*. 12/9-45 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Hamevî, Üsâme. *eş-Şartü'l-cezâî ve Sultatü'l-Kâdî fi ta'dilihi dirâse mukârene fi'l-fıkhi'l-İslâmî ve'l-kânûn*. Dimeşk: Dâru'l-Hayr, 1997.
- Hamîdî, Muhammed Taha. *eş-Şartü'l-Cezâî fi'l-Fıkhi'l-İslâmî ve tatbikâtuhu fi'l-Ükûdu'l-mu'âsıra*. Cezayir: Câmiatü's-Şehîd Hamma Lahdar, el-Vâdî Mü'hedü'l-ulûmî'l-İslâmiyye kısmü's-şerâd, Yüksek Lisans Tezi, 2016-2017.
- Hammâd, Nezih Kemâl. "el-Kabzu'l-hakîkî ve'l-hükûm: Kavaiduhu ve tatbikâtuhu mine'l-fıkhi'l-İslâmî". *MMFİ*, 6/711-735 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 1990.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dimaşkî. *Haşiyetü İbn 'Âbidîn Reddü'l-muhtâr 'ale'd-dürri'l-muhtâr*. Dimeşk: Dâru's-Sekâfeti't-Türâs, 2000.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zürâî. *İ'lâmü'l-muvakkî'n*. Beyrut: Dâru'l-Kutubî'l-İlmiye, 1991.

- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-kadîr 'alâ el-Hidâye şerhi bidâyeti'l-mübtedâ*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003.
- Kadri Paşa, Muhammed, *Mürşidu'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân fi'l-mu'âmelâti's-şer'iyye 'alâ mezhebi'l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu'mân.*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye. 1971.
- Karadâgî, Ali Muhyiddin, “Akdü'l-İstisnâ”. *MMFİ*. 7/323-376 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 1992.
- Kocağa, Köksal. “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezâ Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”. *TBB Dergisi*, 74 (2008), 159-186.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Mahmasânî, Subhî. *en-Nazariyyetu'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-'ukûd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*. Beyrût: Dâru'l- 'İlm li'l-Melâyîn, 1983.
- Mecmû'atü mine'l-Müellifîn, Fıkhü'l-muamelat, 1.cilt. Şamile: 2010. <https://shamela.ws/book/968>
- Netşe, Cevad Bahr. *Nazariyyetü's-şarti'l- cezâi beyne'l-fikh ve'l-kânûn*. Amman: Daru'l-Feth, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “İstisnâ' ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerin Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezâ Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2 (1999), 1-55.
- Pekdemir, Şevket. *İslâm Hukukunda Sözleşmelerde Cezâ Şart*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2016.
- Sâlûs, Ali Ahmed. “eş-Şartu'l-cezâi”. *MMFİ*. 12/91-166 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Selimoğlu, Yaşar Engin. *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 202.
- Senhûrî, Abdürrezzâk Ahmed. *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-Medenîyyi'l-Cedîd*. 2.cilt. Beyrut: Menşûratü'l-Halebî'l-hukukiyye, 2000.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993.
- Şefîk Acem, Nâcî. “eş-Şartu'l-cezâi fi'l-fikhi'l-İslâmî”. *MMFİ*. 12/185-225 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasen b.Ferkad. *el-Asl. thk.* Muhammed Boynukalın. Beyrut, Dâru İbn Hazm, 2012.
- Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman. *Mecma'u'l-enhur fi şerhi mülteka'l-ebhur*, b.y.: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.
- Şimâm, el-Kâdî Mahmûd. “eş-Şartu'l-cezâi dirâse muammega havle's-şartu'l-cezâi”. *MMFİ*.

- 12/227-242 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekelioğlu, Numan. "İnşaat Sözleşmelerinde Cezâ Şart ve Götürü Tazminat". *YBHD* 2/2 (2017), 159-186.
- Teshîrî, Muhammed Ali, "eş-Şartu'l-cezâî fi'l-ukûd". *MMFİ*. 12/169-184 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 2000.
- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.
- Yaran, Rahmi. *İslam Hukukunda Borçlunun ve Alacaklının Temerrüdü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1994.
- Yavuz, Cevdet vd. *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Yemenî, Muhammed b. Abdülaziz b. Sa'd. *eş-Şartü'l-cezâî ve eseruhu fi'l-ukudi'l-muasıra dirase fıkhiyye mukarene*. Riyad: Dârü Küñûzi İşbilyâ, 2006.
- Zerkâ, Mustafa b. Ahmed b. Muhammed. *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-'âm*. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 2012.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. "Akdü'l-istisnâ' ve mmedâ ehemmiyyetuhu fi'l-istismarâti'l-İslamiyyeti'l-muâsıra". *MMFİ*. 7/223-254 Mekke: Munazzamatu'l-mu'temeri'l-İslâmî, 1992.
- Zeylaî, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârî, *Tebyînü'l-hakâ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.