

Geliş Tarihi:

05.01.2022

Kabul Tarihi:

18.01.2022

Yayımlanma Tarihi:

30.09.2022

Kaynakça Gösterimi: Çınar, A. (2022). İnşaat sözleşmelerinde temerrüt halinde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, 21(44), 786-803. doi: 10.46928/iticusbe.1053818.

## İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜT HALİNDE AYNEN İFA İLE BİRLİKTE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

*Araştırma*

Ahmet Çınar 

Sorumlu Yazar (Correspondence)

[cnr.ahmet@gmail.com](mailto:cnr.ahmet@gmail.com)

Ahmet Çınar, İstanbul'da avukatlık yapmaktadır. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisidir. İnşaat hukuku ve inşaat sözleşmeleri üzerine araştırmalar yapmaktadır.

# İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TEMERRÜT HALİNDE AYNEN İFA İLE BİRLİKTE GECİKME TAZMİNATI TALEBİ

Ahmet Çınar  
[cnr.ahmet@gmail.com](mailto:cnr.ahmet@gmail.com)

## Özet

**Amaç:** Bu araştırmanın amacı; inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklardan olan aynen ifa ve beraberinde talep edilecek tazminat kalemlerinin gösterilmesidir.

**Yöntem:** Konu ile ilgili daha önceki çalışmalar araştırılmış ve alan yazın taraması yapılmıştır. Elde edilen bilgilerin Microsoft Office programı vasıtasıyla derlendiği ve aynen ifa seçimlik hakkına ilişkin öz bilgilerin hazırlandığı bir çalışmadır.

**Bulgular:** Yüklenicinin temerrüdü durumunda aynen ifa hakkını talep edecek olan iş sahibinin, bu hakkın yanında gecikme tazminatı ve/veya ceza koşulu başlıkları altında tazmin isteme hakkının bulunduğu görülmüştür.

**Özgünlük:** İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin taşınmazı inşa etme ve iş sahibine teslim etme borcu sözleşmenin asli unsurlarındandır. İfa zamanında bu borcu yerine getirmeyen yüklenici belirli şartların da bulunması halinde temerrüde düşecektir. Bu durumda Kanun, iş sahibine temerrütten kaynaklanan bazı haklar tanımıştır. Çalışmamızda iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını talep hakkı TBK hükümleri çerçevesinde incelenmiştir. Çalışma, gecikme tazminatı ile ceza koşulu başlıklarını karşılaştırmalı olarak ve sade biçimde aktarma ve bu konuda uygulayıcılara ve piyasa aktörlerine rehber olma amacını taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İnşaat Sözleşmesi, Temerrüt, Aynen İfa, Gecikme Tazminatı, Ceza Koşulu

**JEL Sınıflandırması:** K12, K25

## **IN THE DEFAULT OF CONSTRUCTION CONTRACTS CLAIM FOR DELAY COMPENSATION WITH EXACT PERFORMANCE**

### **Abstract**

**Purpose:** The aim of this research; It is the indication of the same performance and the compensation items to be claimed along with the optional rights that can be used by the employer due to the default of the contractor in the construction contracts.

**Methodology:** Previous studies on the subject were researched and a literature review was conducted. It is a study in which the information obtained is compiled through the Microsoft Office program and the core information about the right to perform exactly the same is prepared.

**Findings:** It has been observed that the employer, who will demand the right to perform exactly in the event of the contractor's default, has the right to demand compensation under the headings of delay compensation and/or penalty clause in addition to this right.

**Originality:** In construction contracts, the contractor's obligation to construct the immovable and deliver it to the employer is one of the essential elements of the contract. The contractor who fails to fulfill this debt at the time of performance will be in default if certain conditions are met. In this case, the law granted some rights to the employer arising from default. In our study, the right of the employer to demand delay compensation together with the exact performance has been examined within the framework of the provisions of the Turkish Code of Obligations. The study aims to convey the titles of delay compensation and penalty condition in a comparative and simple manner and to guide practitioners and market actors in this regard.

**Keywords:** Construction Contract, Default, Performance in Kind, Compensation for Delay, Penalty Clause

**JEL Classification:** K12, K25

## GİRİŞ

Ekonominin taşıyıcı yapılarından birisi olan inşaat sektörü günümüzde her alanda olduğu gibi hukuk alanında da çeşitli sorunlar ve bu sorunlara üretilen çözümlerle sürekli gündemi işgal etmektedir. Sektörün ihtiyacı olan hukuksal düzenlemeler, eser sözleşmesi başlığı altında Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. Bu temel düzenlemelerin yanında eser sözleşmesi ile ilgili özel hükümlerde cevap bulunamayan durumlarda TBK'nın genel hükümleri uygulanma imkânı bulmaktadır.

Öte yandan inşaat sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklara uygulamada sıklıkla rastlanması ve bu uyuşmazlıkların konusunu yüksek miktarları içermesi nedeniyle; mevzuatın yetersiz kaldığı alanlarda Yargıtay içtihatları ile gerek mevzuatın boşlukları doldurulmuş ve gerek ise hakkında hüküm bulunmasına rağmen yorumlanmaya ihtiyaç gösterilen maddeler yorumlanmıştır. Böylece Yargıtay'ın istikrarlı uygulamaları inşaat hukukunda yol gösterici olmuştur. Tüm bu nedenlerle çalışmamızda konu ile doğrudan bağlantılı Yargıtay içtihatları da ele alınmıştır.

Bilindiği gibi temerrüt halinde iş sahibine seçimlik haklar verilmiştir. Bunlar; aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkı, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararı talep hakkı ve sözleşmeden dönmek suretiyle menfî zararı talep hakkıdır. Çalışmamızda, iş sahibinin aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep hakkı incelenmiştir.

Uygulamada gecikme tazminatı ile sıklıkla karıştırılan ve çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan ceza koşulu da (cezai şart) ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

## I. YÜKLENİCİNİN AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAM ETMESİ

İnşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin ifa yükümlülüğünün zamanında yerine getirmemesi sonucunda, sözleşme ayakta durmaya devam edecek, diğer bir ifade ile tarafların yükümlülükleri varlığını koruyacaktır. Dolayısıyla temerrüt halinde dahi yüklenicinin inşaatı tamamlama ve teslim yükümlülüğü ile iş sahibinin bedel ödeme yükümlülüğü aynen devam etmektedir. (Tümerdem, 2018, s. 167)

Nasıl ki yüklenicinin temerrüdü yüklenicinin kusurundan bağımsızsa aynı şekilde ifa talebi de yüklenicinin kusurundan bağımsızdır. Dolayısıyla inşaatın tamamlanması ve teslimine ilişkin edimin ifasının imkânsızlaşması ihtimali dışında iş sahibi temerrüt halinde dahi inşaatın tamamlanıp teslim edilmesini talep edebilecektir.

İş sahibi, inşaatın tamamlanması talebini içeren aynen ifa istemi ile yükleniciye karşı dava açabilir. Dava sonucunda temerrüde düşmüş olan yüklenici, temerrüde rağmen inşaatı tamamlaması ve iş sahibine teslim etmesi anlamına gelecek aynen ifaya mahkûm edilebilir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Yargıtay 15. HD, 05/07/1991 tarihli ve 1991/761 E. 1991/3514 K. sayılı kararı.

TBK 113. maddesinde yer alan “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masraflı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir.*” düzenlemesine göre yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı borçlarda, iş sahibi inşaatın kendisi tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlatılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilecektir. Bu durumda ortaya çıkan masraflar temerrüde düşen yükleniciden talep edilecektir. Bu halde dahi iş sahibinin, gecikme nedeniyle ortaya çıkan zararları yükleniciden isteme hakkı saklıdır. İş sahibinin inşaatı başka bir yüklenici vasıtasıyla tamamlatmasına uygulamada nama ifa yetkisi denmektedir. (Öz, 2016, s. 153)

Muaccel hale gelmiş olan alacağın ifa edilmemesi durumunda şayet ifa, hali hazırda mümkünse iş sahibi, hâkimden nama ifaya karar vermesi için talepte bulunabilir. Açılacak davada iş sahibi, nama ifa talebinin yanı sıra, nama ifa için zorunlu olan harcamaları ve yüklenmek durumunda kaldığı diğer zararların tazmin edilmesini de isteyebilecektir. Burada yüklenicinin ödemek zorunda kalacağı masraf miktarı, eksik kalmış inşaatın tamamlatılabilmesi için güncel piyasa şartları çerçevesinde belirlenecek olan tutardır. Tıpkı aynen ifade olduğu gibi nama ifade da iş sahibinin, gecikme tazminatı veya sözleşmede kararlaştırılmış ise cezai şartı da talep edebileceği kabul edilmektedir. (Öz, 2016, s. 154) (Doğan, 2019, s. 102)

Şayet iş sahibi, mahkemeden izin almadan inşaatı kendiliğinden tamamlarsa veya tamamlattırsa bu aşamada ortaya çıkacak masrafları, tazminat talebi şeklinde karşı taraftan isteyebilecektir. (Ayan, 2008, s. 158-159)

## **II. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUK**

Yüklenici temerrüdü sonucunda, inşaatın zamanında bitirilmemesi nedeniyle iş sahibinin zarara uğraması söz konusudur. İş sahibi, TBK 125’deki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bu haklardan birincisi, aynen ifa ile birlikte gecikme nedeniyle iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu zararın tazmininin talep edilmesidir.

Gecikmeden doğan zarar hesaplanırken, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirtilen sürede teslim etmiş olması durumunda iş sahibinin malvarlığının bulunacağı durumu ile geç teslimden kaynaklı mal varlığının bulunduğu durumu arasındaki fark gözetilecektir. Dolayısıyla gecikme nedeniyle ortaya çıkan zarar müspet zarar olarak nitelendirilmektedir. (Gümüş, 2014, s. 37) Hatta Doğan’a göre gecikme tazminatı, iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı fiili zarar ve yoksun kalmış olduğu kârı içeren müspet zararın sınırlı ve özel bir tipi niteliğindedir. (Doğan, 2019, s. 105)

Gecikme nedeniyle doğan zararın talep edilebilmesinin ön şartı yüklenicinin temerrüde kusuru ile düşmüş olmasıdır. Bu durumda TBK 112’de öngörülen yüklenicinin kusurlu olduğu karinesi ve aksini ispat etmesi halinde doğacak zarardan sorumlu tutulamayacağına ilişkin hüküm uygulama olanağı bulacaktır. Dolayısıyla yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispatlar ise gecikmeden kaynaklı zararı tazmin etmekten kurtulabilecektir. (Öz, 2016, s. 155)

Öte yandan yüklenicinin temerrüdü ile gecikmiş olan ifa nedeniyle iş sahibinin şayet herhangi bir zararı doğmamış ise yüklenicinin gecikmeden kaynaklı zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Dolayısıyla burada öncelikle ispat yükü iş sahibindedir. Nitekim iş sahibi gecikmeden kaynaklı zararının doğduğunu iddia ettiğinde, bunu aynı zamanda ispat etmek durumundadır. Zararın tespitinde yüklenicinin kusuru kadar iş sahibinin de kusurunun olup olmadığı ve ortak kusur gibi hususlar dikkate alınacaktır. Yüklenicinin kusurunun hafif olması, tazmin etmek zorunda kalacağı gecikmeden kaynaklı zarar miktarında indirim yapılmasını sağlayacaktır. (Öz, 2016, s. 150)

Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadıklarından, yüklenici ile iş sahibinin uzlaşma ile sözleşmede, gecikme tazminatının nasıl hesaplanacağını, hangi oranların dikkate alınacağını belirlemeleri her zaman mümkündür. Bu durumda iş sahibinin üzerindeki ispat külfeti kalkar ve salt sözleşmenin hükmünün uygulanması nedeniyle temerrüt durumunda belirlenmiş olan miktar, gecikme tazminatı olarak yükleniciden talep edilebilir. Sözleşme ile belirlenen gecikme tazminatı miktarına zararın götürü olarak tespiti denilmektedir. Götürü tazminatın en önemli fonksiyonu ise iş sahibini ispat zorunluluğundan kurtarmasıdır. Yine yüklenicinin götürü tazminattan kurtulabilmesinin yolu, TBK 112 uyarınca temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığının ispatından geçmektedir. (Ayan, 2008, s. 163)

### **III. GECİKME TAZMİNATININ TALEP EDİLEBİLECEĞİ DÖNEM**

Temerrüt nedeniyle iş sahibinin ifanın gecikmesinden dolayı doğan zararını tazminini isteyeceği süre sınırlıdır. Süre, temerrüdün oluşması ile başlar ve temerrüdün sona ermesi ile biter. Dolayısıyla gecikme tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak süre temerrüt sürecidir.

Aşağıdaki hallerde yüklenici temerrüdü sona ermektedir. Söz konusu sona erme nedenleri, gecikme tazminatının konusu olan zararın hesaplanmasında kullanılması bakımından önemlidir.

- Yukarıda bahsedildiği gibi yüklenici temerrüdü yüklenicinin teslim borcunu ifadaki gecikmesidir. Dolayısıyla temerrüdün öncelikli sona erme sebebi, gecikmiş olan ifanın yerine getirilmiş olmasıdır. Böylece iş sahibi gecikme zararının başladığı tarih olan yüklenici temerrüdünün başlangıç tarihi ile inşaatın teslim edildiği diğer bir deyişle ifanın gerçekleştirildiği tarihler arasındaki gecikme zararını talep edecektir. Burada ifanın bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi aranmamaktadır. Nitekim TBK 113 uyarınca iş sahibinin kendisinin tamamlaması veya masrafı yükleniciye ait olmak üzere başka yükleniciye tamamlattırması söz konusu ise inşaatın tamamlandığı tarih temerrüdün sona erme tarihi olarak kabul edilecektir. Temerrüdü sona erdiren ifanın sözleşmede kararlaştırılan nitelikte olmaması başka bir deyişle eksik veya ayıplı ifa durumunda, iş sahibi eksik ve ayıptan kaynaklı zararının tazminini talep edecektir. Diğer bir ifade ile gecikmeden kaynaklı zarar ile ayıp veya eksikten kaynaklı zararların kapsamları birbirinden farklıdır.

- Yüklenicinin temerrüdü, ifanın imkânsız hale gelmesi nedeniyle de sona erebilir. Bu durumda iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih ile ifa imkânsızlığının ortaya çıktığı tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edecektir. (Öz, 2016, s. 144)

- Yüklenici temerrüdü, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda da sona erecektir. Bu durumda gecikme tazminatı yüklenici temerrüdünün doğduğu tarih ile iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır.

- Bir diğer yüklenici temerrüdünü sona erdiren sebep ise TBK 123'te öngörülen temerrüde düşülmesi halinde uygun bir süre verilmesi veya uygun bir süre verilmesinin hâkimden istenilmesi halidir. İnşaat sözleşmesinde yüklenici ve iş sahibi temerrütten sonra uygun süreye ilişkin aralarında ek bir sözleşme yaparak temerrüt dönemindeki gecikmeden kaynaklı zararların ödenmemesini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmede böyle bir hükmün olmaması durumunda, temerrüt döneminde uygun sürenin başlangıcına kadarki gecikmeden kaynaklı zararların tazmini gerekecektir. Karşıt görüşteki Ayan'a göre ek süre verilmesine ilişkin sözleşmenin yapılmış olması, kendiliğinden temerrüt dönemindeki gecikme zararının ve ceza koşulunun talep edilemeyeceği anlamına gelmektedir. (Ayan, 2008, s. 164)

- Ödemezlik def'i ile temerrüt engellenebildiği gibi yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra da ödemezlik def'inin ileri sürülmesi temerrüdü sona erdiren bir sebeptir. (Öz, 2016, s. 153) Bu nedenle gecikme zararı, temerrüdün doğumu ile söz konusu ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır. Ödemezlik def'i sebebinin ortadan kalkması, başka bir ifade ile iş sahibinin ödemesi gereken bedeli ödemesi sonucunda Ayan'a göre yüklenici herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın yeniden temerrüde düşecektir. Dolayısıyla gecikmeden kaynaklanan zararın hesaplanması yeniden gündeme gelecektir. (Kurşat, 2017, s. 159-160) (Ayan, 2008, s. 164)

- Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, yüklenicinin herhangi bir bağımsız bölümü temerrüt döneminde üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda; iş sahibinin talep edeceği gecikme tazminatı, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihi ile bağımsız bölümün 3. kişiye devredildiği tarih arasındaki dönem için hesaplanacaktır.

*Teslim edilmesi gereken tarih ile 30.01.2002 teslim tarihi arasında satılan daireler için ise ancak teslim edilmesi gereken tarihten satış tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilirler. Öyleyse mahkemece tapu kayıtları ve satışa ilişkin resmi senet akit tabloları getirtilerek satılan daire olup olmadığı ve satış tarihleri belirlenmeli ve teslim edilmesi gereken tarihten önce satışı yapılan daireler bakımından gecikme tazminatı hesaplanmamalı, teslim edilmesi gereken tarihten sonra satışı yapılan daireler için ise en fazla satış tarihine kadar hesaplama yapılmalıdır.<sup>2</sup>*

*Dosyada mevcut tapu kayıtları incelendiğinde bir kısım bağımsız bölümlerin arsa sahipleri tarafından üçüncü kişilere satıldığı görülmektedir. Satıldığı tarihten itibaren bu bölümler için gecikme alacağı istenemeyeceğinden mahkemece satıldıkları tarihler araştırılarak satış tarihine*

---

<sup>2</sup> Yargıtay 15. HD, 26/11/2007 tarihli ve 2007/5385 E. 2007/7545 K. sayılı Kararı.

*kadar gecikme alacağına hükmedilmelidir. Satış sonrasında ilişkin talebin kabulü doğru olmamıştır.*<sup>3</sup>

Yüklenicinin temerrüde üzerine iş sahibinin hangi süreye kadar gecikmeden kaynaklı zararlarının tazminini talep edebileceği TBK 147/6'da düzenlenmiştir. Maddeye göre iş sahibi, eser sözleşmesinden doğan haklarını, 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edebilir. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda ise bu süre 10 yıl olarak uygulanacaktır. (Öz, 2016, s. 159)

#### **IV. TEMERRÜT NEDENİYLE GECİKMEYEN DOĞAN İŞ SAHİBİNİN ZARARLARI**

##### **A. Fiili Zarar Kalemi**

Zarar görenin kendi iradesi dışında malvarlığının net miktarında gerçekleşen azalmaya fiili zarar denilmektedir. Fiili zararda olayın gerçekleşmesi ile malvarlığında ölçülebilir ve güncel bir azalma meydana gelmektedir. Diğer deyişle malvarlığının aktifinde azalma olurken pasifinde artma olmaktadır. Fiili zararın miktarı, işbu malvarlığındaki azalmaya eşittir ki; uygulamada malvarlığının zarar veren eylemden önceki ve sonraki değerleri arasındaki farkın karşılığıdır. (Topuz, 2020, s. 67-69)

Yüklenicinin edimini zamanında yerine getirmiş olsaydı iş sahibinin katlanmak zorunda olmayacağı masraflar bu kalem altında sayılabilir. Örnek olarak iş sahibinin ödemek durumunda kaldığı kira veya faiz; yine 3. kişilere ödemek durumunda olduğu gecikme tazminatı veya ceza koşulu; yüklenici temerrüdü nedeniyle tespit veya ihtar giderleri sayılabilir. Dolayısıyla temerrüt olmasaydı iş sahibinin katlanmak durumunda kalmayacağı zararlar bu kalem altında yükleniciden talep edilebilir.

##### **B. Yoksun Kalınan Kazanç Kalemi**

Burada ise alacaklının malvarlığında doğrudan bir azalmadan söz etmek mümkün değildir. Burada daha çok malvarlığında oluşması muhtemel artışın önlenmesi söz konusu olmaktadır. Buna göre şayet söz konusu sözleşme kurulmamış olsaydı veya sözleşmeden kaynaklı borç ifa edilmiş olsaydı malvarlığında meydana gelecek bir artış olacaktı ise söz konusu muhtemel malvarlığı artışı yoksun kalınan kâr olarak adlandırılmaktadır. (Topuz, 2020, s. 73)

Bu zarar türünde, yüklenici temerrüdü gerçekleşmeseydi zamanında yapıyı teslim alan iş sahibinin, söz konusu yapıdan kazanacağı gelirden yoksun kalmasından kaynaklanan zararlar gündeme gelecektir. Örneğin iş sahibinin sahip olduğu bağımsız bölümü kiraya vermesi ihtimali varsa söz konusu kira geliri kaybı veya o bağımsız bölümü temerrüt gerçekleşmeseydi sattığında elde edeceği karın temerrüt nedeniyle gecikmeden kaynaklı tarihteki sattığında elde edeceği kardan yüksek olacak olması yine dolaylı kazanç ve yoksun kalınan kazanç olarak nitelendirilebilecektir.

<sup>3</sup> Yargıtay 15. HD, 22/02/2007 tarihli ve 2006/7132 E. 2007/1114 K. sayılı Kararı.



## V. YÜKLENİCİNİN CEZA KOŞULU SORUMLULUĞU

TBK'da “ceza koşulu” olarak düzenlenen kurum Eski Borçlar Kanunundaki (BK) “cezai şart” müessesesidir. Ceza koşulu, bir yandan yüklenicinin borca aykırı hareket etmesini engelleme fonksiyonuna sahip iken öte yandan iş sahibini, temerrüt nedeniyle uğradığı zararı ispatlama külfetinden kurtarmaktadır. Dolayısıyla iş sahibi için zararını giderme anlamında bir teminat iken borçlu için caydırıcı bir etkiye sahiptir. (Cansel & Özel, 2013, s. 714-715)

Ceza koşuluna ilişkin hükümler TBK 179 ile 182. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler emredici nitelikte değildir. Öte yandan tarafların ceza koşulunu serbestçe takdir etmesinde belli bir sınır öngörülmüştür. TBK 182'ye göre “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” Dolayısıyla tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi gecikmeden kaynaklı zararın tazmininde de zararın yüksek olması durumunda söz konusu 182. maddenin ikinci fıkrası hükmünün uygulanabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Ancak yukarıda gecikme zararı ile ilgili bölümde izah ettiğimiz üzere gecikme zararının yükselmemesi için gayret edecek olan taraf yüklenici olduğuna göre zaman aşımı içerisinde herhangi bir sürede, iş sahibi gecikme zararını talep edebilecektir. Bu nedenle gecikme zararında miktarın aşırı olması nedeniyle ceza koşulundaki gibi bir indirimle gidilmesi kanunda açık hüküm olmadığından dolayı mümkün olmayacaktır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 348)

Yukarıda değinildiği gibi ceza koşulunun düzenlendiği maddeler -181/2, 182/2 ve 182/3 hariç-tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle tarafların, ceza koşulunun hüküm ve sonuçları hakkında TBK'daki hükümlerin aksine anlaşma yapmaları mümkündür. (Yağcıoğlu, 2019, s. 52)

Sonuçta TBK 182/2 ve 152. maddelerden bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Öncelikle asıl borç geçerli değilse, kural olarak ceza koşulu da geçersizdir. (Krş. TBK. 182/2) Bunun tersi yani ceza koşulunun sonradan geçersiz olması asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir. (Yine de şayet ceza koşulu sözleşmenin subjektif esaslı noktası haline getirilmişse bu durumda ceza koşulunun hükümsüz olmasından sözleşme de etkilenecektir. (Pektaş, 2021, s. 57-58) Ayrıca asıl borcun zamanaşımına uğraması cezaî şartın da zamanaşımına uğramasına yol açar. (TBK. 152) Yine asıl borcun ifa yeri aynı zamanda ceza koşulunun da ifa yeridir. Son olarak sözleşmeden dönme, ceza koşulunun talep edilmesini de engeller.

Ceza koşulunun, asıl sözleşme ile veya bu sözleşmeye ek bir başka sözleşme ile kararlaştırılması gerekmektedir. Her durumda ceza koşulunun hukuki işleminden kaynaklanması icap etmektedir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 345) Dolayısıyla inşaat sözleşmesi ile ceza koşulu belirlenebileceği gibi bu sözleşmeden ayrı olarak da taraflar, aralarında ceza koşulu içeren bir belge imzalayabilirler.

Ceza koşulu sözleşmenin objektif esaslı noktası değil, ikinci derece yan noktası konumundadır. Ancak taraflar aralarında anlaşmak suretiyle asıl edimin ifasını teminat altına alması amacıyla ceza koşulunu, sübjektif esaslı nokta haline getirebilmektedirler. Bilindiği gibi objektif ve sübjektif esaslı noktalarda tarafların uyuşması sözleşmenin kurulmuş sayılması için gereklidir. Dolayısıyla sübjektif esaslı nokta haline getirilmiş bir ceza koşulu üzerinde anlaşmaya varılamamış olması sözleşmeyi de hükümsüz hale getirebilecektir. (Yağcıoğlu, 2019, s. 47-48)

Ceza koşulunu belirleyen sözleşme veya sözleşme hükmü için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da uyuşmazlık durumunda ispat kolaylığı olması açısından yazılı bir şekilde ceza koşulunun kararlaştırılması uygun olacaktır. Doktrinde ceza koşulunun, asıl borcun tabi olduğu şekil şartına tabi olduğu yönünde görüşler vardır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 349) Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekil şartına tabi olduğundan, inşaattı teslim borcu veya bedel ödeme borcuna bağlanmış ceza koşulu da aynı resmi şekil şartına tabi olacaktır.

Ayrıca kanunen herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin belli bir şekil şartına bağlı olmasına karşılıklı mutabakatla karar verirlerse, ceza koşulu da bu iradi şekil şartından etkilenerek ve söz konusu şekle tabi olacaktır. Öte yandan sözleşmenin kendisi şekle bağlı olmasa dahi, şayet ceza koşulu öngörülmüş edimin yerine getirilmesi belli bir şekle bağlı kılınmışsa söz konusu ceza koşulu da bu şekle tabi olacaktır. (Pektaş, 2021, s. 58)

İnşaat sözleşmesinde yüklenici ile iş sahibi aralarındaki sözleşme uyarınca belirlenen ve temerrüde düşme durumunda gündeme gelecek ceza koşulunda yüklenicinin kusurlu olması şartı aranacaktır. Dolayısıyla borçlu, kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece ceza koşulunu ödemekten kurtulamayacaktır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 347-352)

Ceza koşulunun düzenlendiği TBK 179'a göre yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumu için diğer bir deyişle temerrüt için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça iş sahibi, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Ancak maddede açıkça belirtildiği üzere sözleşmeye; gerek ceza koşulunun belirlenmesine ilişkin hükmün ve gerek de borç veya cezadan birisinin seçilmesi yönündeki hükmün konulmuş olması tarafların ihtiyarına bırakılmıştır.

Öte yandan ceza koşulu, feri niteliktedir ve bu yönüyle yüklenicinin asıl borcu olan teslim borcunun sona ermesi ile ceza koşulu borcu da sona erecek ve iş sahibi ceza koşulu talep edemeyecektir. Diğer bir ifade ile asıl sözleşmenin bir şekilde hükümsüz kalması veya sözleşmeden dönme gibi durumlarda ceza koşulu da hükümsüz hale gelecektir. (Pektaş, 2021, s. 57) Bunun nedeni, ceza koşulunun temel hedefinin asıl borcun ifasını teminat altına almak olmasıdır. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 346) Ceza koşulunun asıl borçla birlikte istenebilmesi için TBK 179/2'de öngörülen ihtirazi kayıttın sözleşmede yer alması gerekmektedir. (Ateş, 2014, s. 34)

Yargıtay'ın bu konudaki tutumu da benzerdir.

*Taraflar arasındaki fesih sözleşmesinin 4. maddesinin; "...Her geçen gün için 300 TL. ceza koşulu" ödenmesinden söz edildiğine göre, karşılaştırılan cezanın geç ödemeye bağlı bir yaptırım olduğu anlaşılabilir ise de; alacaklı, vadeden sonra yapılan ödemeleri ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmiş olduğundan BK.nun 158/2. maddesine göre ceza koşulunu isteyemez.<sup>4</sup>*

Ayrıca ceza koşulu asıl borcun ferisi olduğundan; ona bağlı fakat ondan ayrı bir edim niteliği taşımakta ve ceza koşulunun gerçekleşebilmesi için zararın gerçekleşmesi şartı aranmamaktadır.<sup>5</sup>

Ceza koşulu, bir yandan alacak hakkını genişleten bir yan hak olma özelliğine sahipken; diğer yandan asıl alacağı garanti altına alan bir yan hak olarak değerlendirilmektedir. (Yağcıoğlu, 2019, s. 47) Ceza koşulunun bir diğer fonksiyonu ise borcun hiç ifa edilmemesi veya sözleşme şartlarına uygun biçimde ifa edilmemesi hallerinde zararın götürü olarak hesaplanmasını sağlamaktır. (Usta, 2017, s. 107)

Her ne kadar para dışında ekonomik olarak değerli sayılan edimler de ceza koşulunun konusunu oluşturabiliyorlarsa da çoğunlukla konu unsuru bir miktar paranın ödenmesidir. Öte yandan ceza koşulunun karşılaştırılması, temerrüt halinde faizin ödenmesinin belirlenmesine engel teşkil etmeyecektir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 345-346) Ayrıca ceza koşulunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda faiz işletileceğine dair anlaşma yapılabilecektir. (Hatemi & Gökyayla, 2012, s. 349)

TBK 182'de ceza koşulunun taraflarca serbestçe tayin edileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber bu hükmün istisnası olarak üçüncü fıkrada hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği düzenlemesi bulunmaktadır. Böylece hâkim sözleşmeye müdahale etme yetkisini kanundan almaktadır. Ancak bu hükümden, her ceza koşulunun hâkim tarafından indirileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Burada hâkim yüklenicinin ve iş sahibinin çıkar durumlarını dengelemek yoluna gidecektir. Özellikle hakkaniyete aykırı ceza koşulunun belirlenmiş olması hâkime müdahale yetkisi tanımış olacaktır. İndirim yapılırken iş sahibinin menfaati elbette göz önünde bulundurulacaktır. Dolayısıyla temerrütten kaynaklanan zarardan daha az olarak belirlenmiş ceza koşulunda hâkimin indirim yapması söz konusu olmayacaktır. Öte yandan yüklenicinin kusurunun ağırlığı, iş sahibinin ortak kusuru ve karşılıklı tarafların mali durumları hâkimin indirim esnasında göz önünde bulunduracağı kıstaslar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza koşulunun yüksek olması durumunda yüklenicinin hâkimden indirim talep etmesi gerekli bulunmamaktadır. Nitekim TBK 182 hâkime doğrudan bir yetki vermektedir. Dolayısıyla hâkim indirim konusunu re'sen göz önünde bulunduracaktır.

Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı bulunmaktadır.

*Böylece davacının taşınmazın satılmaması halindeki yararı ile ödenmesi gereken cezai şart miktarı arasındaki makul ve adil ölçü bulunmalı, borçlu için cezai şart miktarının onu çekindirecek, tazyik edecek bir vasıta olmasının yanında, iktisaden sarsılmasını mucip olacak*

<sup>4</sup> Yargıtay HGK, 10/10/1980 tarihli ve 1978/11 E. 1980/2302 K. sayılı Kararı.

<sup>5</sup> Yargıtay HGK, 18/06/2019 tarihli ve 2017/922 E. 2019/706 K. sayılı Kararı.

*bir dereceyi bulmaması da düşünülerek hak ve nisfete- hakveserliğe (M.K. m. 4 ) uygun düşecek tarzda indirim yapılmalıdır.<sup>6</sup>*

Hâkimin indirim yapacağı ceza koşulunun aşırı olduğunun tespitinde aşağıdaki kriterler kullanılmaktadır: (Uslu, 2019, s. 196-203)

- *Alacaklının Menfaati*

Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden alacaklının menfaati sağlanmamış olacaktır. Dolayısıyla ceza koşulu adalet ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi durumunda dahi alacaklınının söz konusu menfaatinin zedelenmemesi göz önünde bulundurulmalıdır.

- *Borçlunun Borca Aykırı Davranışının Ağırılığı*

Borçlunun borca aykırılığının ağır olması durumunda ceza koşulunda indirim yapılmaması gerekmektedir. Öte yandan kısmen ifa durumunda borca aykırılığın ağır sayılmaması ve miktarda indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>7</sup>

- *Alacaklının Ortak Kusurunun Olup Olmadığı*

Borçlunun kusurunun hafif olmasının yanı sıra alacaklının da ortak kusurunun bulunması hallerinde de ceza koşulunda indirim yapılması gerekmektedir.

- *Tarafların Ekonomik Durumları*

Ekonomik anlamda zor durumda olduğu için aşırı ceza koşulunu kabul etmek zorunda kalan tarafın korunması amacıyla da ceza koşulunda indirime gidilebilir.

- *Ceza Koşulu Mükellefinin Menfaati*

Borçlunun borca aykırılık nedeniyle menfaat temin etmiş olması durumunda ceza koşulunda indirime gidilmemesi hakkaniyete uygun olacaktır. Bu koşul Yargıtay kararlarında “borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar” olarak dikkate alınana bir kriterdir.<sup>8</sup>

- *Ceza Koşulunun Belirlenme Gayesi*

Uygulamada sözleşmelerde belirlenen ceza koşulu, “teşvik” ve “tazmin” amaçlarından birisini ön planda tutmaktadır. Borçluyu borcunu ifa etmeye teşvik amacının ön planda olduğu durumlarda amacın gerçekleşmesini önleyebilecek fahiş miktarların indirilmesi gerekmektedir. Öte yandan tazmin amacı ön planda ise bu durumda alacaklının uğradığı zararın altında bir indirim yapılmamasına dikkat edilecektir.

<sup>6</sup> Yargıtay HGK, 16/04/1986 tarihli ve 1984/13-730 E. 1986/416 K. sayılı Kararı.

<sup>7</sup> Yargıtay HGK, 08/03/1961 tarihli ve 1961/4-2 E. 1961/10 K. sayılı ve Yargıtay 15. HD, 08/05/1978 tarihli ve 1978/878 E.1978/976 K. sayılı Kararları.

<sup>8</sup> Yargıtay 3. HD, 19/06/2018 tarihli ve 2018/683 E. 2018/6692 K. sayılı ve Yargıtay 3. HD, 14/12/2017 tarihli ve 2017/2620 E. 2017/17718 K. sayılı Kararları.

Yargıtay kararlarına bu ölçüt “ceza koşulunun kararlaştırılması ile elde edilmek istenen menfaat ve amaç” olarak yansımaktadır.<sup>9</sup>

- Asıl sözleşmenin tipi ve geçerlilik süresi

Ceza koşulunun düzenlendiği sözleşmede ifa, belli zaman dilimlerine ayrılarak veya tek seferde yerine getirilmesi şartlarına bağlanabilmektedir. Böyle bir sözleşmede ceza koşulunun indirilmesi gerekir gerekmediği bu ayrıma göre tespit edilmek durumundadır.

Şayet yüklenici ceza koşulunu ödemiş ise bu durumda ceza koşulunun fahiş olmadığı karinesi geçerli olacaktır. Bu nedenle hâkimin indirim yapması söz konusu olmayacaktır.

TBK 182 son fıkradaki hâkime indirim yetkisi veren kuralın istisnası ticari işler için TTK’da düzenlenmiştir. Nitekim TTK 22’ye göre “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.*” Ancak bu istisna, tacirin bütün işlerini değil sadece ticari işlerini kapsayan bir istisnadır. Dolayısıyla işin tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak yaptığı bir sözleşmeden kaynaklanması önemlidir. Özellikle büyük ticari işletmeler arasında gerçekleştirilen inşaat sözleşmeleri için TBK 182’deki indirimin uygulanmayacağı söylenebilir.

Ancak iş ticari nitelikte olsa dahi, Yargıtay, ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulu içeren sözleşmeleri, TBK 27 gereği mutlak butlanla malûl olduğuna hükmederek geçersiz saymıştır. (Cansel & Özel, 2013, s. 731-733)

Yargıtay bir kararında;

*Ticaret Kanununun 24. maddesi. Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız "fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği" esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Bu durumda bidayet mahkemesince yapılacak iş, özel dairenin bozma ilamında da işaret edildiği gibi, taraflar arasında kararlaştırılan cezaî şartın, ahlak ve adaba aykırı olup olmadığının incelenmesidir.” görüşünü ileri sürmüştür.<sup>10</sup>*

*Düzenleme şeklindeki Tadil Sözleşmesinin 4. maddesi; dokuz aylık ek süre sonunda inşaatın genel iskanı alınmış vaziyette ikmal edilmemesi halinde, yaptığı tüm işlemlerden dolayı*

<sup>9</sup> Yargıtay HGK, 27/03/2013 tarihli ve 2012/13-821 E.2013/409 K. sayılı ve Yargıtay 13. HD, 03/05/2004 tarihli ve 2003/16053 E. 2004/6546 K. sayılı Kararları.

<sup>10</sup> Yargıtay HGK, 20/03/1974 tarihli ve 1970/1053 E. 1974/222 K. sayılı Kararı.

*yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceğini öngörmüştür. Kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddetle olup, Hukuk Genel Kurulu ile Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, sözleşmenin cezayı içeren bu hükmü BK.nın 20. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen genel ahlaka aykırı ve dolayısıyla aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca batıldır. Haliyle, somut olayda, BK.nın 161/son ve TTK.nun 24. maddelerinin uygulama olanağı yoktur.<sup>11</sup>*

Ceza koşulu, borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü tamamen sınırlandırıyor, ekonomik varlığını topyekûn bir tehlikeye sokuyorsa veya tamamen yıkıma uğratiyorsa ahlaka ve adaba aykırı kabul edilecektir. (Uslu, 2019, s. 229)

Tacir açısından ahlaka ve adaba aykırı ceza koşulunun TBK 27 uyarınca tamamen hükümsüz sayılmasının hakkaniyete aykırı olacağı, borçlu tacirin ekonomik durumuna ve kusura bakarak tacirin ödeyebileceği azami miktar üzerinden ceza koşulunun belirlenmesi/indirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır. (Uslu, 2019, s. 230)

Yargıtay, ölçütün objektif kriterlere göre değerlendirilmesinin doğru olacağına hükmetmiştir.

*Cezai şart tacir borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise bu husus genel adap ve ahlâka aykırı sayılacağından, mahkemece cezai şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verilmesi mümkün ise de; bir akdin, taraflardan biri için iktisadi yıkım teşkil ettiği ve bu sebeple ahlâk ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hâkimin bu husustaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir.<sup>12</sup>*

Yüklenicinin temerrütten sonra inşaatı terk etmesi durumunda iş sahibinin yüklenici nam ve hesabına inşaatı bir başka yükleniciye tamamlatması mümkündür. Böyle bir durumda iş sahibi, inşaatın tamamlanması için öngörülen sürenin bitimine kadar ceza koşulunu talep edebilecek; bu sürenin bitimi ile söz konusu talep hakkı sona erecektir. (Tekdemir, 2018, s. 84)

İnşaat sözleşmelerinde genellikle süreye bağlı olarak artan ceza koşulu öngörülmektedir. Örneğin haftalık, aylık veya yıllık belli bir miktarın ödenmesi ceza koşulu olarak düzenlenmiş olabilir. Sözleşme ile bazı durumlarda da temerrüt halinde tek bir miktar ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmektedir.

#### **A. Ceza Koşulunun Şartları**

İş sahibinin yükleniciden temerrüt nedeniyle ceza koşulu talep edebilmesinin ön şartı bunun inşaat sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasıdır. Buna göre kusuru ile temerrüde düşen ve kusursuzluğunu ispatlayamayan yüklenici, iş sahibine karşı teslim borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle gecikme tazminatı dışında bir de gecikme cezası ödemekle sorumludur. (Gümüş, 2014, s. 38)

<sup>11</sup> Yargıtay 15. HD, 10/06/1999 tarihli ve 1999/1658 E. 1999/2437 K. sayılı Kararı.

<sup>12</sup> Yargıtay HGK, 18/06/2019 tarihli ve 2017/922 E. 2019/706 K. sayılı Kararı.

Yukarıda da bahsedildiği gibi ceza koşulunun ödenmesinde yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun olup olmadığı araştırılacaktır. Şayet yüklenici, kusuru bulunmadığını kanıtlarsa ceza koşulu ödemekten kurtulacaktır. (Ayan, 2008, s. 173)

Her ne kadar iş sahibinin ceza koşulu talep ederken uğradığı zararı ispat etme mükellefiyeti olmasa da; şayet uğradığı zararın ceza koşulundan daha fazla olduğunu iddia ediyorsa fazla olan kısmını ispat etmesi gerekecektir.

Ceza koşulunun muaccel olduğu tarihin yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih olduğuna yukarıda değinmiştik. Süreye bağlı belirlenen ceza koşulunda da her bir sürenin doğumunda o süreye ilişkin ceza koşulu muaccel olacaktır. Temerrüt faizi de söz konusu muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. (Ayan, 2008, s. 175)

Teslimin gerçekleşmesi ile temerrüt sona ereceği için ceza koşulu talep eden iş sahibinin ceza koşulu hakkını saklı tuttuğunu açıkça söylemesi gerekir. Şayet iş sahibi ceza koşulu alacağını saklı tutmazsa söz konusu alacaktan feragat etmiş kabul edilecektir. Bu durum yüklenici tarafından yargılamanın her aşamasında itiraz olarak ileri sürülebilecek ve mahkeme tarafından kendiliğinden de dikkate alınacaktır. Öte yandan teslimin gerçekleşmesinden sonra ceza koşulunu saklı tuttuğunu iddia eden iş sahibi bunu ispatla mükelleftir. (Ayan, 2008, s. 176)

Yüklenicinin temerrüdü sürecinde ceza koşulu talep edilmişse; temerrütten sonraki süreçte taraflar aralarında anlaşarak ceza koşulu miktarında bir karar vermişlerse veya sözleşmede ihtirazi kayıt külfetini kaldırmışlarsa; iş sahibinin teslim sırasında ceza koşulu talep ettiğini belirtmesi aranmayacaktır. (Ayan, 2008, s. 177)

İnşaat sözleşmesinde gecikmeden kaynaklanan zararın tazmini ve ceza koşulu şartlarından hangisinin düzenlendiği veya düzenlenmiş bulunan hükmün bunlardan hangisi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu ve benzeri hükümler bazen gecikme tazminatı bazen de ceza koşulu olarak nitelendirilmiştir.<sup>13</sup>

*Maddede "tazminat" sözcüğü kullanılmış ise de, tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının ( borçlunun ) yüklendiği bu edimin "cezai şart" olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının ( alacaklının ) ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir. Maddenin açıklığı karşısında taşınmazın satılmış olması cezai şartın istenebilmesi için yeterli olup, ayrıca tahliyenin vuku bulması aranmaz. Taşınmazın başka*

---

<sup>13</sup> Yargıtay HGK, 10/10/1980 tarihli ve 1978/11 E. 1980/2302 K. sayılı Kararı.

*maliki varsa da davacı kendilerini bağlayan aralarındaki sözleşmeye dayanarak talepte bulunmuş olup, davalı sözleşmede yüklenildiği edimini yerine getirmelidir.*<sup>14</sup>

Yargıtay'ın gecikme tazminatı, diğer adıyla götürü tazminat olarak nitelendirdiği kararları ise; “Taraflar arasındaki 14.2.1986 tarihli sözleşmenin 8. maddesine göre ruhsat tarihinden itibaren 36 ay sonunda inşaatın bitirilip oturma izni alınarak teslim edilmemesi halinde gecikilen süre için bu maddede belirtilen şekilde kira tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılması doğru olmadığı gibi mahkemenin kabul ettiği şekilde gecikme cezası olarak nitelendirilse bile davalı yüklenici tacir olduğundan T.T.K.nun 24. maddesi gereğince cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirilmesini isteyemez.”<sup>15</sup>

*Öte yandan, taraflar arasındaki sözleşmenin davaya konu yapılan 9. maddesinde inşaat süresi içerisinde bitmediği takdirde müteahhidin her geçen gün için arsa sahibine verilecek dairelerin rayiç kira bedelini tazminat olarak ödeyeceği yazılıdır. Burada sözü edilen kira ödeme borcu kişisel nitelikte bir hak olup, ifaya eklenen ceza olarak da nitelendirilemez.*<sup>16</sup>

Ayan'ın da haklı olarak belirttiği gibi sözleşmede açık biçimde gecikme tazminatı belirlenmiş ise bu durumda söz konusu hüküm götürü tazminat olarak kabul edilecektir. Ancak böyle bir açıklık yoksa taraflar hangi adla tanımlanmış olurlarsa olsunlar söz konusu hüküm ceza koşulu olarak kabul edilmelidir. (Ayan, 2008, s. 181)

## **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

Yapımı biten inşaatın yüklenici tarafından iş sahibine tesliminin gerçekleştirilmemesi halinde iş sahibinin TBK 125’de yer alan seçimlik haklarını kullanıp kullanmayacağı tartışmalı bir husustur. Eser sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK 470 lafzına göre yüklenicinin asli edimi eser meydana getirmektir. Hükümde yer alan eser meydana getirme eylemi, doktrinde ve yargı kararlarında haklı olarak yapma ve teslim etme eylemlerini içerecek şekilde yorumlanmıştır. Bu nedenle inşaatı tamamlanmış olmasına rağmen iş sahibine teslim edimini yerine getirmemiş olan yüklenicinin temerrüde düştüğünde duraksama yoktur. Bununla birlikte iş sahibinin, temerrüt halinde sahip olduğu seçimlik haklarından olan aynen ifadan vazgeçme ve sözleşmeden dönme seçeneklerinin, inşaatın tamamlanmış olduğu örneğimizdeki durumlarda da kullanılabilmesine hükmetmek hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibinin, aynen ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararının tazminini istemesi iyi niyet kuralına da uygun bir çözüm olarak değerlendirilmektedir.

---

<sup>14</sup> Yargıtay HGK, 16/04/1986 tarihli ve 1984/13-730 E. 1986/416 K. sayılı; Yargıtay 15. HD, 12/01/2005 tarihli ve 2004/2921 E. 2005/101 K. sayılı; Yargıtay 13. HD, 21/02/2005 tarihli ve 2004/14685 E. 2005/2606 K. sayılı ve Yargıtay 15. HD, 08/11/2004 tarihli ve 2004/1479 E. 2004/5680 K. sayılı Kararları.

<sup>15</sup> Yargıtay 15. HD, 13/06/1994 tarihli ve 1993/5803 E. 1994/3856 K. sayılı Kararı.

<sup>16</sup> Yargıtay 15. HD, 06/10/1986 tarihli ve 1986/861 E. 1986/3147 K. sayılı Kararı.



Öte yandan aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını isteyen yüklenicinin söz konusu tazminatı zamanaşımı süresinde istediği zaman talep edebilmesi gerekmektedir. Zararın artmaması için belli bir süre içinde, iş sahibinin tazminat talep etmemesinin kötü niyetli bir davranış olarak yorumlanması mümkün değildir. Çünkü gecikme tazminatının artmaması için elinden gelen gayreti gösterecek olan taraf yüklenicidir. Böylece yüklenici açısından da bu durum sözleşmede öngörülen edimini bir an önce ifa etmesi için bir motivasyon kaynağı olacaktır.

Buraya kadar sayılan sorun alanları ve daha fazlası, inşaat sektöründe faaliyet gösteren özel ve tüzel kişiler ile inşaat hukuku disiplininde çalışan akademisyenleri ve yargı sùjelerini her geçen gün daha fazla meşgul etmektedir. Bunun başlıca sebebi klasik borçlar hukuku mevzuatının, sürekli gelişen ve fazlasıyla dinamik ve canlı inşaat hukuku ilişkilerine yetersiz kalmasıdır. Bu nedenle özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile ilgili TBK'nın parçası niteliğinde kodifikasyon çalışması yapılması ve özellikle büyük şehirlerde inşaat hukuku alanında uzmanlaşmış mahkemelerin kurulması gerektiği değerlendirilmektedir.

## KAYNAKÇA

- Ateş, Z. G. (2014). *İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları*. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul.
- Ayan, S. (2008). *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*. (Doktora Tezi). İzmir.
- Cansel, E., & Özel, Ç. (2013). Türk borçlar hukukunda ceza koşulu. *Yaşar Üniversitesi E Dergisi*, 714-715.
- Doğan, B. (2019). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı. İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2014). *Borçlar hukuku özel hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Hatemi, H., & Gökyayla, K. E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 sayılı TBK esas alınarak hazırlanan 2. b*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kurşat, Z. (2017). *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul : Filiz Kitabevi.
- Öz, M. T. (2016). *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pektaş, A. (2021). *Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Tekdemir, F. (2018). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul .
- Topuz, M. (2020). *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara : Seçkin.
- Tümerdem, M. (2018). *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK md 126)*. Ankara: Seçkin.
- Uslu, E. (2019). *Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*. Ankara: Seçkin.
- Usta, O. (2017). *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yağcıoğlu, B. (2019). *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*. Ankara: Seçkin.