

MEF ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN
CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAYITLARI

DÖNEM PROJESİ

Beliz DİNÇER

Proje Danışmanı: Doç. Dr. Ekrem KURT

Ocak, 2021

MEF ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN
CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAYITLARI

DÖNEM PROJESİ

Beliz DİNÇER

Proje Danışmanı: Doç. Dr. Ekrem KURT

Ocak, 2021

ÖNSÖZ

Bu proje çalışmasında; inşaat sözleşmelerinde yüklenici aleyhine kararlaştırılan ceza koşulu ve götürü tazminat borçları Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

Hem lisans hem yüksek lisans sürecimi geçirdiğim ve her zaman ikinci evim gibi hissettiğim MEF Üniversitesi'ne ve öğrencilerinden desteğini hiç esirgemeyen değerli rektörümüz Muhammed Şahin'e,

Yüksek lisansımızın ilk yılında bizi proje dönemine hazırlayan değerli hocalarım Prof. Dr. İlkay Baki Engin, Prof. Dr. Ayfer Uyanık, Prof. Dr. Ercan Akyiğit, Seda Palanduz ve Cem Uysal'a,

Hayatımın her döneminde aldığım kararlara sonuna kadar saygı duyan ve tüm kalbiyle yanımda olan değerli ailem ve sevdiklerime,

Önce hukuk fakültesi ve sonrasında da yüksek lisans sürecim boyunca, hukuki bilgisi ve bizlere gösterdiği anlayış ve sevgi nedeniyle kendisine çok saygı duyduğum, her sorumu büyük bir hoşgörülle yanıtlayan; değerli hocam ve danışmanım Doç. Dr. Ekrem Kurt'a çok özel teşekkürlerimi iletmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
I. GİRİŞ	1
II. GENEL ANLAMDA İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ.....	2
A. İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	2
B. İnşaat Sözleşmesinin Türleri	5
1. Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri	5
2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri.....	6
3. İşletme Hakkı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri	6
4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri	7
C. İnşaat Sözleşmelerinde Şekil Kuralları	8
D. Tarafların Yükümlülükleri	9
1. Yüklenicinin Yükümlülükleri.....	10
2. İş Sahibinin Yükümlülükleri	11
E. İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli-Yetkili Mahkemeler ve Tahkim Kayıtları	12
III. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN CEZA KOŞULU KAYITLARI	14
A. Ceza Koşulunun Tanımı ve Hukuki Niteliği.....	14
B. Ceza Koşulunun Türleri	16
C. Koşulları.....	18
1. Asıl Borcun Geçerli Olması	19
2. Geçerli Bir Ceza Koşulu Anlaşmasının Bulunması	19
3. Ceza Koşulunun Muaccel Olması	20
D. Ceza Koşulu ve Zarar	21
E. Ceza Koşulunda İndirim Hali.....	22
IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT	27
A. Götürü Tazminatın Tanımı.....	28
B. Götürü Tazminatın Konusu.....	29
C. Götürü tazminatın Amaç ve Fonksiyonları	29
D. Unsurları.....	31
1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı.....	31
2. Götürü Tazminat Olarak Belirlenen Bir Borcun Bulunması.....	32
3. Anlaşma Unsuru	33
E. Türleri.....	34
1. Aksi ispat edilebilen (Nispi) Götürü Tazminat Anlaşmaları.....	34

2. Kısmen Nispi Götürü Tazminat Anlaşması.....	35
3. Aksinin İspatı Mümkün Olmayan (Mutlak) Götürü Tazminat Anlaşmaları	36
F. Ceza Koşulu İle Farklılıkları.....	36
SONUÇ.....	42
KAYNAKÇA.....	43
ÖZGEÇMİŞ.....	46

KISALTMALAR

- a.g.e.** : adı geçen eser
- bkz.** : bakınız
- EBK** : Eski Borçlar Kanunu
- c.** : cilt
- m.** : madde
- TBK** : Türk Borçlar Kanunu
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- TTK** : Türk Ticaret Kanunu
- s.** : sayfa

I. GİRİŞ

Eser sözleşmelerinin özel ve önemli bir türü olan inşaat sözleşmeleriyle ilgili uygulamada çok sayıda uyuşmazlık çıkmaktadır. Projelerin oluşturulması ve sözleşmenin imzalanması ile başlayan süreç, büyük riskler taşımakta ve bu durum tarafların bu riskleri bertaraf etmek amacıyla çeşitli önlemler almasını gerektirmektedir. Günümüzde köylerden büyük şehirlere yaşanan göçlere, kentsel dönüşüm projelerinin de eklenmesiyle birlikte inşaat oranı artmış, buna paralel olarak da bu konuda tecrübesi olmayan kişiler dahi müteahhitlik yapmaya başlamıştır. Bu durum inşaat sözleşmeleri ile alınan riskin boyutunu daha da arttırmaktadır. Büyük umutlarla başlanılan projelerin devamının gelmemesi ve borçların gerektiği gibi ifa edilememesi sözleşmenin zayıf tarafını birçok yönden zarara uğratmaktadır.

Hukuk düzeni ve özellikle Borçlar Kanunumuz bu konuda genel koruyucu düzenlemeler içermekle beraber; aşağıda detaylıca açıklayacağımız üzere taraflar kendi aralarında yapacakları anlaşmalar ile ekstra tedbirlere de yer verebileceklerdir. Örneğin; ceza koşulu kayıtları ile zarar oluşmasa dahi belli bir miktar bedelin ifa edilebileceğini kararlaştırarak borçlu üstünde baskı yaratacak veya götürü tazminat belirleyerek olası zarar miktarını önceden tespit edebilecek ve böylelikle ispat kolaylığı sağlayabileceklerdir.

Taraflarca kararlaştırılabilecek bu önlemlerden önce; inşaat sözleşmelerinin temel özelliklerine yer verilecek; bu kapsamda hukuki niteliğine, türlerine ve özellikle en yaygın türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine değinilecektir. Uyuşmazlık halinde başvurulabilecek yargı mercilerine de yer verildikten sonra ana konumuz olan ceza koşulu ve götürü tazminat kurumlarının inşaat sözleşmeleri için önemine değinecek ve bu iki kurumun farklılıklarını yargı kararları ışığında inceleyeceğiz.

II. GENEL ANLAMDA İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

A. İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470'e göre; "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*". Söz konusu tanımdan yola çıkarak; "bir eser meydana getirmek" olgusu farklı çeşitlerde karşımıza çıkabilmektedir. Bir bina inşaatı, yol yapımları veya bir makinenin üretilmesi de bu kapsamda değerlendirilecektir. Burada altını çizmek gerekir ki; yalnızca yeniden yapmak değil, yapılmış bir eserin üstünde işlem gerçekleştirmek de söz konusu maddenin kapsamına dahil olacaktır. Şöyle ki, daha önce teslim edilmiş bir makinenin sorun çıkardığında tamir edilmesi bu duruma verilebilecek bir örnektir. Hatta daha da önemlisi, eğer sonuç garanti altına alınabiliyorsa, insan bedeni üzerinde yapılan işlemler de TBK m. 470'in kapsamına dahil olacaktır¹.

İnşaat sözleşmeleri; eser sözleşmelerinin önemli ve özellikli bir çeşididir. Uygulamada da çokça dava konusu olan bu sözleşmeler, her iki tarafı da borç altına sokan ivazlı sözleşmelerdir. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, yüklenici işi sözleşme şartlarına uygun bir şekilde yapıp teslim etme borcu altına girerken, iş sahibi de üzerinde inşaat yapılacak olan taşınmazını yüklenicinin çalışmasına uygun şekilde teslim etme ve bedeli eksiksiz bir şekilde ödemeyi taahhüt eder².

İnşaat sözleşmelerinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu doktrinde kesinlik kazanmış değildir. Eğer ifadan sağlanacak menfaat kısa ve belirli bir zaman dilimi ile sınırlı ise ani edimli, belirsiz bir zamanda gerçekleşiyor ise sürekli edimli sözleşmelerden bahsedilir. Ani edimli olduğunu savunan görüş; binanın arsa sahibine

¹ Hasan Ayrancı -Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 365.

² Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 3. Baskı, İstanbul:Beta Yayıncılık, 2000, s. 19.

teslimi ile ifanın gerçekleştiğini, inşaat süresinin ise ifaya hazırlık aşaması olmasından yola çıkmaktadır. Sürekli edimli sözleşme olduğunu savunanlar ise; inşaat süresinin çok uzun olmasını baz almaktadırlar³.

Eğer inşaat sözleşmelerinin ani edimli olduğu yorumu yapılırsa; olası bir dönme halinde sözleşme geriye etkili olarak sona erecek, bunun doğal etkisi de yüklenicinin sözleşme bedelini talep edememesi olacaktır. Ancak; sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılan masrafları iş sahibinden isteyebilecektir. Eğer bu sözleşmelerin sürekli edimli olduğu kabul edilirse; fesih gündeme gelecek ve ileriye etkili bir sonlanma hali söz konusu olacaktır. İleriye etkili fesih sonucu; fesih tarihine kadar ifa edilmiş bedel, sözleşmedeki bedel baz alınarak talep edilebilecektir⁴.

Salt ani edimli veya salt sürekli edimli olduğunu savunan görüşe alternatif olarak; karışık bir sözleşme olduğunu savunan bir görüş de doktrinde var olmaktadır. Söz konusu görüşe göre; geçmişe etkili olarak sona ermenin adil sonuçlara yol açmayacağı savunulmakta, hakimin somut olayının koşullarına göre iki kurumun da hükümlerini kıyasen gözetmesi gerektiğinin altı çizilmektedir⁵.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1984 tarihli bir kararına göre; genel olarak ani edimli kabul edilen inşaat sözleşmelerinin bazı durumlarda adaleti sağlayabilmek adına ileriye dönük olarak fesh edilebileceğinin altı çizilmektedir. Söz konusu karara göre; kusurlu bir şekilde temerrüde düşen yüklenicinin inşaatı getirdiği aşama o kadar ileridir ki; sözleşmeden dönme yoluna gidilmesi iki tarafın sağlayacağı hukuki yararlar arasında büyük bir orantısızlık yaratacak, iş sahibini yükleniciye göre çok avantajlı bir duruma getirecektir. Yargıtay'ın bu adaletsizliğin önüne geçmek için sunduğu çözüm yolu ise; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağına" başvurmaktır. Somut olayın koşullarına göre; geriye etkili sonuçlar doğuracak dönme halinin adaletsizliklere yol açacağı kabul edilirse, söz konusu yasak gündeme gelecek ve böylelikle ileriye etkili

³ Yaşar Engin Selimoğlu, **Eser Sözleşmesi**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 32.

⁴ Zekeriya Kurşat, **İnşaat Sözleşmesi**, İlk Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 52.

⁵ **A.g.e.**, s. 54.

feshin gündemde olması gerektiği kabul edilecektir. Böylelikle de; yüklenici tamamladığı yapı oranında tapuya sahip olabilecektir⁶.

TMK m. 2 hükmü sonucu; sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurmasına karar verilen olaylarda; inşaatın ne kadar oranda tamamlanmış olması gerektiği konusunda kesin bir yüzde verilemez. Yargıtay kararlarında; yüklenicinin %90 oranında inşaatı tamamlamış olması ileriye etkili feshin oluşması için uygun görülmektedir⁷. %90'ın çok yüksek bir oran olduğu düşünüldüğünde; daha düşük oranlarda da eğer somut olayın koşulları yüklenicinin mağduriyetini gösteriyorsa, ileriye etkili fesih söz konusu olabilir. Eğer somut olayın koşulları bunu gerektirmiyorsa; inşaat sözleşmelerinde geriye etkili fesih, yani sözleşmeden dönme kurumunun varlığı kabul edilmektedir. Sözleşmeden dönme halinde; yüklenici inşa ettiği dairelere sahip olamayacak, yalnızca yaptığı masrafları talep edebilecektir. Arsa sahibi de inşaat süresi boyunca alamadığı kiraları yükleniciden talep edebilecektir. Sözleşmeden dönmenin sonuçları bu şekilde varlığını gösterecektir⁸.

Yargıtay'ın bu içtihadından sonra; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani-sürekli karmaşık bir yapıya sahip olduğu daha sonraki yıllardaki kararlarda da belirtilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli bir kararına göre; %96 oranında tamamlanmış bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedilmesi yerinde olacaktır⁹.

Özetlemek gerekirse; doktrindeki görüşler, İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtayca verilen diğer kararlar bir arada düşünüldüğünde; ileriye etkili fesih imkanının eser sözleşmeleri içinden yalnızca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanabileceği ve bunun uygulanması için de haklı bir durum olmadığı müddetçe en az %90 gibi bir oranın arandığı söylenebilir¹⁰.

Eser sözleşmeleri ve dolayısıyla inşaat sözleşmeleri rızai sözleşmelerdir; yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla

⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.1. 1984 tarih ve E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 24.11.2020).

⁷ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 37.

⁸ **A.g.e.**, s. 38.

⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.3.1997 tarih ve E. 1996/6770, K. 1997/1356 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 24.11.2020).

¹⁰ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 38.

kurulacak, tarafların edimlerini eksiksiz bir şekilde ifa edip etmemeleri ise sözleşmenin kurulmasına etki etmeyecektir¹¹.

İnşaat sözleşmeleri ile belli bir süre boyunca gösterilen çaba sonucu iş sahibi ve yüklenicinin sözleşmede kararlaştırdıkları eserin inşa edilmesi amaçlanır. Söz konusu eserin mutlaka arazi ile bir bağıllık hali olması şarttır. Bu bağıllığın sürekli olup olmaması ise önemli değildir. Sürekli olmayan hallerde taşınabilir yapılardan bahsedilir ki; bu durum da inşaat sözleşmesinin oluşmasına engel olmaz¹².

B. İnşaat Sözleşmesinin Türleri

İnşaat sözleşmeleri; bedel karşılığı inşaat sözleşmesi, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, işletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde 4 gruba ayrılmaktadır. Arsa payı karşılığı ve bir başka deyişle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada en çok karşımıza çıkan sözleşme türü olmaktadır. Bu sözleşme türlerinin farklılığı ise; iş sahibinin asli edim yükümlülüğünde kendini gösterecektir.

1. Bedel Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri; eser sözleşmesi gibi genel tanımlarla da anılmaktadır. Burada iş sahibinin yükümlülüğünü içermesi açısından “bedel karşılığı” olarak ifade etmeyi tercih etmekteyiz. Bu grup altında incelenen inşaat sözleşmelerinde; diğer türlerde de olduğu gibi yüklenicinin inşaatı ayıpsız bir şekilde teslim etme yükümlülüğü bulunmakta, iş sahibinin ise buna karşılık bir bedel ödeme daha açık şekilde ifade etmek gerekirse; para borcu söz konusu olmaktadır. Sözleşme bu görünüm biçiminde; TBK eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır¹³. Bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde; sözleşmenin niteliği gereği, yüklenici tarafın bağımsız bölümleri 3. şahıslara devretme hakkı yoktur. Yüklenicinin ana

¹¹ Aral–Ayrancı, **a.g.e.**, s. 360.

¹² Kurşat, **a.g.e.**, s. 4.

¹³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 7.

sorumluluğu; binayı yapıp arsa sahibine teslim etmekten ibarettir. Dolayısıyla; bu durumun tapuya şerh verilmesi de söz konusu olmayacaktır¹⁴.

2. Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri

Gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri; konut ihtiyacından ziyade ticari amaca hizmet etmektedir. Bu sözleşmenin en yaygın karşımıza çıkan 3 görünüm şekli vardır. İlk şeklinde; yüklenici inşaatı yapar ve satışıyla da bizzat kendisi ilgilenir. Daha sonra bu satıştan elde edilen gelir ise taraflar arasında belirlenecek oranlarda dağıtılacaktır¹⁵. Buradaki paylaşım; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflar bağımsız bölümleri belirli oranlarda paylaşırken, gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, taraflar yalnızca gelir paylaşımı konusunda anlaşmaktadırlar¹⁶. Bu sözleşmenin bir diğer görünüm şeklinde; yüklenicinin satış yükümlülüğüne ek olarak, iş sahibine asgari bir bedel garanti etme yükümlülüğü vardır. Yüklenici açısından sözleşmenin bu şeklinin çok daha riskli olduğunu söylemek yanlış olmaz. Garanti ettiği bu bedel üstünde bir kazanım söz konusu olur ise; yine arsa sahibi ile kararlaştırılan oranda paylaşacaktır. Yine sık karşımıza çıkan başka bir olasılıkta da; süreç iki aşamaya ayrılacaktır. Önce taraflar belirli bir zaman dilimi kararlaştıracaklar, ve bu zaman diliminde satışlar yapılacaktır. Söz konusu zaman dilimi dolduktan sonra ise; arsa payı karşılığı inşaat sözleşme yapısına benzer olarak, bağımsız bölümleri kendi aralarında paylaşacaklardır¹⁷.

3. İşletme Hakkı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

İşletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yükümlülüğü; bedel ödemek veya arsa payından aynı hak devretmek değil, inşaatı konu olan eserin işletilmesini taraflarca kararlaştırılacak zaman dilimiyle sınırlı olmak üzere yükleniciye devretmek ve böylelikle onun gelir elde etmesini sağlamaktır. İşletme hakkı karşılığı gerçekleştirilen inşaat sözleşmelerinin bir tarafı genellikle devlet,

¹⁴ Engin Bahadır, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, **Fiscaoeconomia**, Vol.3(1), 2019, s. 185.

¹⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 9.

¹⁶ Salih Çelen, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2020), s. 8.

¹⁷ Kurşat, **a.g.e.**, s. 9.

diğer tarafı da bu masrafları karşılayabilecek büyük inşaat şirketleri olmaktadır¹⁸. Bu şirketler inşaatı yaptıktan sonra kendilerine tanınan sürede, öncelikle inşaat masraflarını çıkarmakta, daha sonra ise kar sağlamaktadırlar¹⁹.

4. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; yukarıda kısaca değindiğimiz sözleşmeler arasında, uygulamada en çok karşımıza çıkan ve uyumsuzluklara konu olan tür olarak yerini almaktadır. Kanunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, açıkça düzenlenmediğinden atipik bir sözleşme denilmesi yanlış olmaz. Tarafların edimleri dikkate alındığında; hem eser sözleşmesi hem de satış sözleşmesini barındırdığını dolayısıyla iki tipli karma bir sözleşme olduğunu da eklemek gerekecektir²⁰.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin borcu, diğer inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, arsa sahibine ait olan bağımsız bölümleri ve ortak kullanım alanlarını eksiksiz bir şekilde tamamlamak ve teslim etmek olacaktır. İş sahibinin ve bir başka ismiyle arsa sahibinin temel borcu ise; yine sözleşmede belirlenen arsa paylarını yükleniciye devretmektir. Daha basit bir ifade ile; iş sahibi inşaat karşılığında bir bedel ödemek yerine, sözleşmede kararlaştırılan oranda arsa payı devretme borcu altına girecektir²¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; çeşitli şekillerde akdedilebilir. Bunlar; iş sahibinin arsa paylarının devrini vaat etmesi, inşaat belirli aşamalara geldikçe payların devri veya taşınmazın tamamen devri ve son olarak kararlaştırılan arsa paylarının devri olarak sıralanabilir²². Taşınmazın tamamen devredildiği olasılığa; iş sahibi ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmede, arsanın ne oranda paylaşılacağı, inşaatın tamamlanması için gereken süre gibi hususlar açıkça belirlenecektir. Sözleşmenin bu şeklinde, kat irtifakı kurulması zorunlu değildir. Bu sözleşme yapılaş

¹⁸ A.g.e., s. 13.

¹⁹ Bahadır, a.g.e., s. 190.

²⁰ Faruk Tekdemir, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2018), s. 12.

²¹ Semih Yünlü, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014), s. 6.

²² Yasemin Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 246.

şekli açısından riskler barındırmaktadır. Bu risklerin önüne geçmenin yolu ise; taşınmaz üzerinde teminat ipoteği kurulması olacaktır²³. Taşınmazın tümünün değil de; inşaat ilerledikçe payların yavaş yavaş devredilmesi ise, daha güvenli bir yöntemdir. İlk aşamada iş sahibi hiçbir arsa payını yükleniciye devretmeyecek, yüklenici ilerledikçe payların devri gerçekleşecektir. Hatta bazı durumlarda devretmek yerine; yükleniciye vekalet verip 3. kişilere devrini sağlama ve böylelikle para kazanmasına imkan tanıma yolu da seçilmektedir²⁴. En çok karşımıza çıkan şekil ise, satış vaadini içeren sözleşmelerdir. İş sahibi kararlaştırılan arsa paylarının satışını vaad edecek, yüklenici de inşaatı ayıpsız ve süresinde teslim etme borcu altına girecektir²⁵.

C. İnşaat Sözleşmelerinde Şekil Kuralları

TBK'nin sözleşmelerin şeklini düzenleyen m. 12'ye göre; *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”*. Kanun koyucu eser sözleşmeleri ve dolayısıyla inşaat sözleşmeleri için ise bir şekil kuralı öngörmemiştir. İş sahibi ile yüklenicinin işin yapılmasına ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin birleşmesi sonucu sözleşme kurulacaktır. Elbette ki; TBK md. 17'ye göre, taraflar kanun tarafından şekil kuralı öngörülmemiş bir sözleşmeye şekil şartı getirebileceklerdir. Tarafların sözleşmeye şekil şartı getirerek yazılı olarak gerçekleştirmeleri ise; onlara ispat kolaylığı yaratacaktır²⁶.

Doktrinde inşaat sözleşmesi olarak ifade bulan bedel karşılığı inşaat sözleşmelerinde şekil bir geçerlilik şartı olmadığı halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması bir zorunluluktur. Bunun altında yatan sebep ise; yüklenicinin asli alacağının taşınmazın mülkiyeti olmasıdır²⁷.

²³ İlker Hasan Duman, *“İnşaat Teminat İpoteği ve Paraya Çevrilmesi”*, 2019, [https://www.ilkerduman.av.tr/plesk-stat/webstat/Mozilla/?d=1370] (Son Erişim Tarihi: 24.11.2020).

²⁴ Tekdemir, **a.g.e.**, s. 37.

²⁵ Ayşe Arat ve Mehmet Akçaal, “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.26, Sayı 2, 2018, s. 375.

²⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 10.11.2003 tarih ve E. 2003/2215, K. 2003/5325 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 26.10.2020).

²⁷ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 71.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde resmi şekil bir geçerlilik koşulu olsa da, taraflar sözleşmede öngörülen hak ve borçlarını tam olarak yerine getirdikten sonra, sözleşmede şekil eksikliğinin söz konusu olduğunun ileri sürülmesi TMK md. 2’de açıkça hüküm altına alınan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay ve doktrin bu konuda hemfikirdir. Edimlerin tamamen ifa edilmediği ama yüklenicinin inşaatın tamamı veya önemli bir bölümünü bitirdiği olasılıkta da; iş sahibinin inşaat süresince bir yola başvurmayıp inşaat tamamlanınca şekil eksikliğini ortaya koyması hukuk tarafından korunmayacaktır²⁸.

Eklemek gerekir ki; aslında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından bir resmi şekil şartı da öngörülmemiştir. Fakat; iş sahiplerinin edimi arsa paylarının devri olduğundan resmi şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu şekil şartı ise; TMK m. 706, Tapu Kanunu m. 26 ve TBK m. 237’den kaynaklanmaktadır. Burada resmi şekil şartı; tapu siciline tescil işlemidir. Bunun dışında Noterlik Kanunu m. 69 ve 80’e göre; taşınmaz satış vaadini içeren arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterlerde düzenleme şeklinde yapılabileceği kabul edilmektedir²⁹. Yargıtay’ın 1978 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda³⁰ noter tarafından düzenlenen bu sözleşmelerin geçerliliğinin altı çizilmiştir. Fakat; düzenleme şeklinde yapılması bir geçerlilik şartı olduğundan, tarafların kendi aralarında yapıp imzaladıkları sözleşmeyi daha sonra noter huzurunda onaylatmaları söz konusu şekil şartını yerine getirmeyecektir³¹.

D. Tarafların Yükümlülükleri

Yukarıda eser ve dolayısıyla inşaat sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu belirtilmişti. Tarafların söz konusu yükümlülükleri; kanundan, işin niteliğinden ve dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır.

²⁸ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

²⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 21.

³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 24.4.1978 tarih ve E. 1978/3, K. 1978/4 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 27.10.2020).

³¹ Mehmet Özyürek, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları”, **Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi**, C.2, Sayı 2, 2019, s. 75.

1. Yüklenicinin Yükümlülükleri

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin en önemli borcu inşaatı yapmak ve arsa sahibinine teslim etmektir. Şüphesiz; arsa sahibi inşaatın, sözleşmede kararlaştırılan vakitte ve ayıpsız bir şekilde bitirilip teslimini isteme hakkına sahiptir. Eğer ki; yüklenici taraf inşaatı öngörülen vakitte bitiremez ise, arsa sahibi temerrüt hükümlerine başvurabilecektir³². Yüklenici ve arsa sahibi eserin teslim vaktini sözleşmede serbestçe tayin edebilecektir. Genellikle; sürenin başlangıcı ise, temel ruhsatının alındığı tarih olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan zaman diliminin yalnızca bir tarafın iradesi ile uzatılması ise mümkün olmayacaktır. Elbette; taraflar ek süre kararlaştırabileceği gibi, kararlaştırmaları dahi mücbir sebep halinde yükleniciye zaman tanımak gerekecektir³³.

TBK m. 471/III'te açıkça hüküm altına alındığı üzere; *“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir”*. Yüklenici ile eser arasındaki ilişkinin çok kuvvetli olduğu ve uzman yüklenici dışında biri eseri yaptığında iş sahibinin menfaatinin zarar göreceği hallerde, yüklenicinin şahsen yapma yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bağın bu kadar kuvvetli olmadığı ama yine de kişisel niteliğin önem arz ettiği eserlerde, yüklenicinin kendi yönetimi altında birine yaptırmayı kafidir³⁴.

İnşaat sözleşmeleri ise, TBK m. 471/III cümle 3'te hüküm altına alınan ve yüklenicinin eserle bağının en az olduğu sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, yüklenicinin her konuda uzman olması mümkün değildir. Bu sebeple; alt yüklenicilerden yararlanması gerekmektedir. Elbette; büyük firmaları bu durumun dışında tutarak, küçük inşaat şirketlerinin kaba inşaat, elektrik ve su tesisatı, ısınma sistemi gibi farklı konuları bir arada yapabilmesinin güç olduğunu söylemek yanlış olmaz. Taşeron da denilen bu yardımcı gerçek veya tüzel kişiler; kendi konularında çok daha bilgi sahibidirler. Bu kapsamda; yüklenici ve alt yüklenici arasında bir “taşeron sözleşmesi” yapılacaktır. Söz konusu sözleşme bir hizmet sözleşmesi değil,

³² Yusuf Büyükay, **Eser Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 76.

³³ **A.g.e.**, s. 80.

³⁴ Sabure Paket, **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul** (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019), s. 37.

bağımsız ve kendi adına çalışan alt yükleniciyle yapılan bir eser sözleşmesidir³⁵. Arsa sahibi ile alt yüklenici arasında ise bir sözleşme söz konusu değildir. TBK m. 116 uyarınca yüklenici, alt yüklenicinin eylemlerinden sorumlu olacaktır³⁶.

TBK m. 471/1'e göre; *“Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır”*. Bu hükümden yola çıkarak rahatlıkla söyleyebiliriz ki; yüklenici sözleşme süresince işini özen borcunu gözeterek yapmalıdır. Sözleşmenin başında dahi, gerekli bilgileri edinmek ve işini sağlam temellere oturtmak yüklenicinin sorumluluğundadır³⁷.

TBK m. 471 fıkra 4'e göre ise; *“Aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.”* Söz konusu hükümde belirtildiği üzere; inşaat süresince lazım olacak araç ve gereçler kural olarak yüklenici tarafından getirilecektir. Bir inşaat yüklenicisi veya bir başka anılma şekliyle müteahhit, kazma-kürek, vinç gibi inşaat araçlarını inşaatı başlamadan söz konusu arsaya getirir ve inşaat bittiğinde de tekrar alır. Sözleşmede taraflarca aksi belirlenmişse; yüklenici söz konusu borçtan sorumlu olmaz ki, uygulamada böyle bir örnek yok denecek kadar azdır³⁸. Malzemeler ise; araç ve gereçlerden farklı olarak binanın yapısına dahil olur. Verilebilecek en basit örnek ise; binayı oluşturan tuğlalardır³⁹. TBK'de malzemenin kim tarafından getirileceği açıkça düzenlenmiş değildir. Uygulamada genellikle malzemeler de yüklenici tarafından temin edilmektedir⁴⁰. Yargıtay da taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin temin etmesi gerektiği görüşündedir⁴¹.

2. İş Sahibinin Yükümlülükleri

İş sahibinin asli yükümlülüğü; inşaat sözleşmesinin bedel karşılığı veya arsa payı karşılığı olarak gerçekleştirilmesine göre değişiklik arz edecektir. Bedel

³⁵ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 108.

³⁶ **A.g.e.**, s. 109.

³⁷ Ali Avcı, “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, **TBB Dergisi**, Sayı 119, 2015, s. 370.

³⁸ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 111.

³⁹ **A.g.e.**

⁴⁰ Mercan Pek, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), s. 51.

⁴¹ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 114.

karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yapılacak iş sonucunda ödenecek bedel sözleşmede belirlenir⁴². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise iş sahibinin yükümlülüğü yüklenicinin hakkı olan arsa paylarını devretmek olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bir diğer yükümlülüğü; arsasını inşaatın gerçekleştirilmesine uygun ve ayıpsız bir biçimde yükleniciye teslim etmektir. Sözleşme konusu arsa üzerinde inşaat yapılmasına engel bir durum söz konusu olmamalıdır. Örneğin; yan parselden gerçekleştirilen bir tecavüzün inşaatı engellemesi durumunda, o arsayı inşaata elverişli olarak yorumlamamız söz konusu olmaz⁴³.

E. İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli-Yetkili Mahkemeler ve Tahkim Kayıtları

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un m. 3'te eser sözleşmesi tüketici işlemi kapsamında sayılmıştır; fakat Yargıtay tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edilmemekte, dolayısıyla Tüketici Mahkemelerinin dışında tutulmaktadır. Arsa sahiplerinin söz konusu sözleşmeye taraf olurken gayeleri, yalnızca ev sahibi olmak değil, aynı zamanda para biçiminde bir bedel ödmeden taşınmazlarını değerlendirmektir⁴⁴. Bu gayeleri; tüketici tanımındaki "amacın ticari ve mesleki olmama şartıyla" örtüşmemektedir. Nitekim Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında⁴⁵; "*Dairemizin uygulamalarına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri anılan Yasa uyarınca tüketici işlemi kabul edilmemekte ve davaların genel mahkemede görülmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapılmaktadır.*" denilmiştir. Burada genel mahkemeden kasıt ise; Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Altını çizerek belirtmek gerekir ki; eğer yüklenici ve iş sahibi tacir ise ve söz konusu inşaat, arsa sahibinin ticari işletmeleri ile ilişkiliyse görevli mahkemeler Asliye Hukuk Mahkemeleri değil, Asliye Ticaret Mahkemeleri olacaktır. Ticaret mahkemelerinin olmadığı bölgelerde ise görevli mahkemeler yine Asliye Hukuk Mahkemeleridir⁴⁶.

⁴² Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 807.

⁴³ **A.g.e.**, s. 340.

⁴⁴ Özyürek, **a.g.e.**, s. 66.

⁴⁵ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 25.9.2018 tarih ve E. 2018/1607, K. 2018/3413 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 12.10.2020).

⁴⁶ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 174.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6'ya göre; “*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*”. Genel yetki kuralına göre yüklenicinin davacı, iş sahibinin davalı olduğu olasılıkta, iş sahibinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olmuş olacaktır. Ek olarak, dava konumuz bir sözleşme olduğu için tarafların başvurabileceği özel yetki kuralı da mevcuttur. HMK m. 10'a göre; “*Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir*”. Dolayısıyla; davacı taraf dilerse inşaatın gerçekleştiği yer mahkemesinde dava açabilecektir⁴⁷. Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi; özel yetki kuralı olduğundan genel kuralı kaldırmamakta, ona alternatif olmaktadır⁴⁸. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise; tescile zorlama davalarında HMK m. 12 gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemeleri kesin yetkili olacak, taraflar aksini yetki sözleşme ile kararlaştıramayacaklardır⁴⁹.

Taraflar uyuşmazlıklarının adli yargıda değil de hakem önünde görülmesini tercih ederlerse ki, bu uygulamada çokça karşımıza çıkan bir durumdur, sözleşmelerine tahkim şartı koyabilirler. Bir tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının geçerli olabilmesi için; yazılı olması, açık ve kesin olması ve kamu düzenini ilgilendiren bir konunun söz konusu olmaması gerekmektedir. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre; tahkim yolunda da bir sonuç alınamaması durumunda Kuşadası Mahkemelerinin yetkili olacağı ibaresinin yer alması tahkim şartının açık ve kesin olmadığını göstermektedir⁵⁰. Ayrıca Yüksek Mahkeme bu görüşünü istikrarlı bir şekilde yeni kararlarında da sürdürmektedir. Şöyle ki; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2015 tarihli bir kararında, 30 gün içinde tahkim yoluyla anlaşma sağlanamaması halinde uyuşmazlığın çözümünde İstanbul Mahkemelerinin yetkili olacağı belirtilmesi sebebiyle, tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediğinden, tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı sonucuna varılmıştır⁵¹.

⁴⁷ **A.g.e.**

⁴⁸ Ceyda Süral, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi**, Sayı 100, 2012, s. 180.

⁴⁹ Hüseyin Tokat, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, Sayı 1, 2016, s. 237.

⁵⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 17.12.1984 tarih ve 984/2342-3966 sayılı kararı için bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 202.

⁵¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 22.05.2015 tarih E. 2015/2198, K. 2015/2758 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 23.12.2020).

III. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN CEZA KOŞULU KAYITLARI

Uygulamada görülen örneklerde; ne yazık ki müteahhitlerin temerrüde düşmesi oldukça yaygındır ve bu durum da arsa sahiplerinin mağduriyetine yol açmaktadır. Mağduriyetleri engelleyebilmek ve müteahhitleri baskı altında tutabilmek adına sözleşmelere ceza koşulu kayıtları eklenmektedir. Aşağıda detaylıca ele alınacağı üzere; somut olayda kayıtların ceza koşulu mu götürü tazminat mı olduğu konusunda soru işareti oluşabilir. Her iki kurumun farklı özellikler içermesi sebebiyle birbirine karıştırılmaması önem arz etmektedir⁵².

A. Ceza Koşulunun Tanımı ve Hukuki Niteliği

Ceza koşulu; sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde, bu hükümlere aykırı davranan kişinin diğer tarafa ödemeyi taahhüt ettiği edimdir⁵³. Ceza koşulu genellikle para borcu olarak kararlaştırılmaktadır. Genel uygulama bu şekilde olmakla birlikte; para dışında başka ekonomik değer taşıyan edimlerin belirlendiği örnekler de karşımıza çıkabilmektedir. Fakat özellikle inşaat sözleşmelerinde; ceza koşulu genellikle gün veya ay için belirli bir miktar para borcu olarak belirlenmektedir⁵⁴. Söz konusu miktar; sözleşmenin taraflarınca TBK m. 182 dikkate alınarak serbestçe belirlenebilecektir. Manevi değer taşıyan edimlerin ceza koşulu olarak sözleşmeye eklenmesi ise mümkün olmayacaktır. Bunun sebebi ise; bu edimlerin icra takibine konu olamayacak olmasıdır. Ayrıca ceza koşulu; asıl borca bağlıdır, dolayısıyla eğer inşaat sözleşmesi herhangi bir nedenle geçersiz ise, ceza koşulu da geçersiz olacaktır⁵⁵. Asıl borç inşaat şirketine yüklenemeyecek sebeple

⁵² Numan Tekelioğlu, “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”, **YBHD**, Yıl 2, Sayı 2017/2, 2017, s. 159.

⁵³ Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 327.

⁵⁴ Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015, s. 79.

⁵⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 1206.

imkansız hale gelmiş ise ceza koşulu da yine hükmünü kaybedecektir⁵⁶. Sözleşmedeki ceza koşulu; ancak borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde muaccel hale gelir. Muaccel hale geldikten sonra ise; artık ayrı bir alacak özelliğine kavuşacaktır⁵⁷.

Ceza koşulunun en önemli amacı; güvence altına aldığı borcun ödenmesi için borçluda bir baskı yaratmaktır. Eğer borçlu; ceza koşuluna rağmen ifa etmez ise, baskı işlevine ek olarak zarar tazmini işlevi de gündeme gelecektir⁵⁸. Yüklenici; sözleşmenin kurulma aşamasında, ceza koşulunu ödeyeceğini kabul etmişse, arsa sahibi daha sonra zararını dahi ispat etmeden söz konusu bedeli talep etme hakkına sahip olacaktır⁵⁹.

Ceza koşulu; sözleşmeye eklenebileceği gibi, asıl sözleşmeye ek olarak yapılacak bir başka sözleşme ile de belirlenebilir. TBK, ceza koşulu için herhangi bir şekil kuralı öngörmemiştir; fakat asıl sözleşme bir şekil kuralına sahipse ceza koşulunu içeren sözleşme de o şekil kuralını takip etmelidir. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için resmi şekil geçerlilik şartıdır. Söz konusu sözleşmeye sonradan eklenecek ceza koşulu da resmi şekile tabi olacaktır. Nitekim söz konusu husus Yargıtay kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. 15. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararına göre⁶⁰; "*Ek sözleşme Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi gereğince asıl sözleşmenin geçerlilik koşulu olan resmi şekilde yapılmadığından, yüklenici için bağlayıcı değildir.*" denilerek şekil kuralına atıf yapılmıştır.

Tekrar altını çizmek gerekirse; eğer taraflar edimlerini karşılıklı olarak ifa etmişlerse, şekil eksikliğini öne sürmek dürüstlük kuralına uygun olmayacak, böylelikle ceza koşulu da geçerli sayılacaktır⁶¹.

⁵⁶ Mehmet Özgür Avcı, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, Sayı 1, 2017, s. 17.

⁵⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1207.

⁵⁸ Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011), s. 257.

⁵⁹ Mehmet Özgür Avcı, **a.g.e.**, s. 10.

⁶⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 08.01.2014 tarih ve 4919-74 sayılı kararı için bkz. Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 330.

⁶¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 259.

B. Ceza Koşulunun Türleri

TBK m. 179'a göre; *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır”*. Maddenin düzenlemesinden yola çıkarak sırasıyla; seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu (gecikme cezası) ve ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) ceza koşulunun türleri arasında sayılmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde yükleniciyi baskı altında tutmak için en çok başvurulan ise gecikme cezasıdır⁶².

Kanun koyucu; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan ceza koşulunun türünü, seçimlik ceza koşulu olarak belirlemiştir. Taraflar anlaşarak, kanundaki bu kuralın dışına çıkıp örneğin gecikme cezası da kararlaştırabilirler, kanun bunu engellememektedir. Doktrinde çokça savunulan fikre göre; seçimini yapan alacaklı yenilik doğuran hakkın kullanıldıktan sonra bu seçimi değiştiremeyecektir. Bir başka görüşe göre ise; eğer muhatap söz konusu seçime güvenerek bir tasarruf gerçekleştirmemişse menfaati zarar görmeyecek, dolayısıyla korunmasına da gerek kalmayacak ve kişi rahatlıkla seçiminden geri dönebilecektir⁶³.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu; borcun belirli zaman veya yerde ifa edilmesi kapsamı dışında kalan ihlalleri ifade etmektedir. İnşaat sözleşmelerinde ise; söz konusu durum genellikle, inşaat şirketinin inşaatı tam vaktinde bitirmesi fakat ayıplı teslimi halinde karşımıza çıkmaktadır. Arsa sahibi, ya seçimlik cezayı talep edecektir ya da ayıptan doğan yasal haklarını isteyecektir⁶⁴.

⁶² Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 169.

⁶³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 265.

⁶⁴ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 168.

İfa yerine geçen seçimlik ceza koşulu söz konusu ise; alacaklının sözleşmeden dönmemiş olması bir gerekliliktir. Ayrıca TBK m. 125'e göre sahip olduğu ifa ve gecikme tazminatı hakkını da kullanması söz konusu olamayacaktır⁶⁵.

İfaya eklenen ceza koşulu; borcun belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Borcun belirli yerde ifa edilmemesi; inşaat sözleşmeleri için değerlendirmemiz gereken bir aykırılık değildir. Şöyle ki; ifa yeri, arsanın ve inşaatın bulunduğu alan olacaktır. İnşaat sözleşmelerindeki aykırılık hali; çoğunlukta yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan zamanda inşaatı bitirememesi ve teslim edememesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁶⁶. TBK'de açıkça belirtildiği üzere; iş sahibi ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürmeden taşınmazı teslim almamalı ve ceza koşulu hakkından feragat etmemiş olmalıdır. İş sahibinin; yükleniciyi uarması veya dava açmış olması ihtirazi kayıt olarak olarak değerlendirilmektedir⁶⁷. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında; yapı kullanma izninin davalı tarafın yükümlülüğünde olması ve bunu geciktirmesi halinde muacceliyet kazanan ceza koşulunun, gecikme cezası olduğu ve halihazırdaki davanın ihtirazi kayıt niteliğinde olduğunu dile getirmiştir⁶⁸. Özetle; geç bitirilmiş bir inşaatı hiçbir çekince koymadan kabul eden iş sahibi daha sonra ceza koşulunu talep edemeyecektir. Doktrinde, bu hususu hakimin re'sen dikkate alması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹. İfaya eklenen ceza koşulu; ifayla beraber istenebileceğinden sözleşmeden dönme halinde talep edilemeyecektir. Dolayısıyla ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için; olumsuz şartımız da sözleşmeden dönülmemiş olmasıdır. Sözleşme serbestisi ilkesi sebebiyle; tarafların sözleşmeden dönme halinde de ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırmasında bir hukuka aykırılık yoktur⁷⁰.

Ceza koşulu alacaklısı; karşı taraf ile arasındaki hukuki ilişkiden doğmuş bir başka borcun ifasını kabul ederken çekince ileri sürmemişse, bu ceza koşulunu talep edemeyeceği anlamına gelmemektedir. Çekincenin ceza koşulunun kararlaştırıldığı borç için ileri sürülmesi yeterlidir⁷¹.

⁶⁵ Hilal Akkaya, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019), s. 69.

⁶⁶ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 169.

⁶⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 270.

⁶⁸ Akkaya, **a.g.e.**, s. 74.

⁶⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 82.

⁷⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 428.

⁷¹ Akkaya, **a.g.e.**, s. 75.

Dönülen sözleşmenin aksi kararlaştırılmadıkça etkisini yitirmiş bir hükmüne dayanarak ceza koşulunun talep edilememesi kuralı; Yargıtay kararlarında da yer bulmuştur. Nitekim; 15. Hukuk Dairesinin 2012 tarihli bir kararında da “*Davacı işsahibi tarafından ödenen iş bedelinin iadesi isteminin kabulü, sözleşmeden dönme niteliğinde olduğundan, ayrıca ifaya ekli cezanın tahsiline karar verilemez.*” denilerek söz konusu kuralın altı çizilmiştir⁷².

Ceza koşulu; taraflarca sözleşmeden dönme cezası olarak tercih edilip sözleşmeye eklenebilir. Doktrinde savunulan görüşe göre; yüklenicide baskı yaratma işlevinden yoksun olması sebebiyle, ifa yerine geçen bu edim ceza koşulu olarak kabul edilmemelidir. Yazarlar, daha çok cayma parası ile ortak özelliği olduğunu savunmaktadır. Her iki kurum da yüklenicinin asıl borcun ifasından kurtulmasına imkan tanır⁷³. Cayma parasıyla en büyük farkı ise; ödemenin yapılma zamanında kendini göstermektedir; çünkü cayma parasında ödeme önceden yapılacaktır⁷⁴. Ayrıca; farklılıkları yalnızca bununla sınırlı değildir. TBK m. 178’e göre; “*Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir*”. Dolayısıyla bir başka farklılık da burada kendini gösterir. Cayma parasında parayı alan tarafın sözleşmeden dönebilmesi için iki katını ödemesi gerekirken, ceza koşulu alacaklısı için böyle bir düzenlemeye kanun koyucu tarafından yer verilmemiştir⁷⁵.

C. Koşulları

Ceza koşulunun geçerli sayılabilmesi ve tarafların istediği şekilde hükümlerini doğurabilmesi için; dikkate almamız gereken bazı hususlar vardır. Yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere; ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç geçerli olmalı, yine taraflar arasında geçerli bir ceza koşulu anlaşması bulunmalı ve ceza koşulunun

⁷² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 03.07.2012 tarih ve 774-5013 sayılı kararı için bkz. Selimoğlu, **a.g.e.**, s. 354.

⁷³ Erol Cansel - Çağlar Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 726.

⁷⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 81.

⁷⁵ Burcu Yağcıoğlu, “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1255.

talep edilebilir olması gerekir. Bu koşullar sağlanmaz ise; iş sahibinin talep hakkı söz konusu olmayacaktır.

1. Asıl Borcun Geçerli Olması

Ceza koşulu; tek başına bir borç olarak kabul edilemez. Varlığının söz konusu olabilmesi için; başka bir borca bağlı olması gerekir. Bağlı olduğu borca ise; asıl borç denilmesi yanlış olmayacaktır. Ceza koşulunun geçerli kabul edilebilmesi için, asıl borcun geçerlilik koşullarını sağlaması gerekmektedir. Ayrıca ceza koşulunun; yan bir borç olmasından yola çıkarak, asıl borca karşı gündeme gelebilecek itirazların ceza koşulu için de öne sürülmesinde bir engel yoktur⁷⁶.

Somut olayda taraflar arasında akdedilen inşaat sözleşmesi; TBK m. 27'e göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise veya konusu imkansızsa⁷⁷ ya da bu maddedeki koşulları sağlıyor; fakat şekil kurallarına aykırı ise geçersiz sayılacaktır. Bu aykırılığa bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu da geçersiz hale gelecektir.

2. Geçerli Bir Ceza Koşulu Anlaşmasının Bulunması

Bağlı olduğu inşaat sözleşmesinin geçerliliğinden sonra ikinci koşulumuz; taraflar arasında geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının bulunmasıdır. Bu anlaşma; iki tarafın birbirine uygun iradelerinin açıklanması ile kurulmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde; taraflar bu anlaşmayı, genelde sözleşme metni içerisinde yapmaktadırlar. Bunun bir kural olmadığını belirtmek gerekir; tarafların asıl sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme süreci içerisinde de ceza koşulu belirleyip, eklemesinde bir engel yoktur⁷⁸.

Ceza koşulu anlaşmasının da TBK m. 27'de hüküm altına alınan kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Eğer asıl borcun kaynağı olan inşaat sözleşmesi değil de; yalnızca ceza

⁷⁶ Didem Başar, "İfaya Eklenen Cezai Şart", **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 2, Sayı 4, 2018, s. 58.

⁷⁷ TBK m. 27: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür".

⁷⁸ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 172.

koşulu adaba ve ahlaka aykırılık teşkil ediyorsa yine yalnızca ceza koşulu kesin hükümsüz olacak, sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Nitekim TBK m. 27/II'de açıkça belirtildiği üzere; “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” Dolayısıyla; ceza koşulu olmadan sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılıyorsa sözleşme de ceza koşuluyla birlikte geçersiz sayılacaktır⁷⁹.

3. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

Ceza koşulunun; alacaklı tarafından talep edilebilmesi için, muaccel olması bir gerekliliktir. Eser ve özellikle inşaat sözleşmelerinde; taraflar çoğu zaman vadeyi belirli şekilde sözleşmeye eklediklerinden, ihtara gerek kalmaksızın yüklenici temerrüde düşecek ve ceza koşulu da muaccel hale gelecektir⁸⁰.

Tartışmalı olan husus; kusurun ceza koşulunun akıbetindeki önemidir. Bir görüşe göre; yüklenici kusursuz olarak temerrüde düşse dahi ceza koşulu istenebilecektir⁸¹. Daha çok kabul gören diğer görüşe göre ise; kusursuzluk yükleniciyi ceza koşulu borcundan kurtaracaktır. Şöyle ki; TBK m. 182/2'ye göre; “Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez”. Bu sebeple diğer kusursuz borç ihlallerinde de ceza koşulu talep edilemeyecektir. Yine bu görüşe göre; kusurun her derecesi ceza koşulunun talep edilebilmesi için yeterlidir. Hafif ihmal dahi bu anlamda yeterli olacaktır⁸². Ayrıca taraflar yine aralarında kararlaştırarak, kusursuzluk halinde de ceza koşulunun istenebileceğini belirleyebilirler. Altını çizmek gerekir ki; yüklenicinin değil de iş sahibinin sorumluluğunda olan bir sebeple borç ifa edilemezse ceza koşulu gündeme gelmeyecektir. Aynı durum mücbir sebep hali için de geçerlidir⁸³.

⁷⁹ Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İlk Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 18.

⁸⁰ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sayı 2, 1999, s. 11.

⁸¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1211.

⁸² M. Kemal Oğuzman-M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Baskı 12, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 544.

⁸³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 425.

Ceza koşulunun alacağa bağlı olduğunu belirtmiştik. Bu kural zamanaşımı için de geçerli olmakta, dolayısıyla asıl borcun kaderini paylaşmaktadır. Asıl borç için öngörülen zamanaşımı süresi, ceza koşulunu da kapsayacak, bu borç zamanaşımına uğradığında, ceza koşulu da zamanaşımına uğrayacaktır. Yine sözleşme serbestisi kapsamında taraflar; asıl borç zamanaşımına uğrasa bile, ceza koşulunun talep edilebileceğini kararlaştırabilirler⁸⁴.

Söz konusu zamanaşımı müddeti içinde her zaman arsa sahibi ceza koşulu alacağını talep edebilir; fakat bu durum uygulamada bazı soru işaretlerine yol açabilmektedir. Şöyle ki; arsa sahipleri çok uzun süreler boyunca talebini yüklenici tarafa iletmemekte, bu uzun süreler sonunda ise ceza koşulu alacağını talep etmektedirler. Yargıtay bu konuda farklı tutumlar sergilemektedir. Daha eski tarihli kararlarında; dürüstlük kuralına aykırı bir eylem olarak yorumlamaktadır. Birlikte kusur olarak değerlendirmiş; arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi için makul zaman olarak tespit edilen vakitten sonra talebin öne sürülemeyeceğinin altı çizilmiştir. Daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu talep geç öne sürülmüş olsa da dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olmadığını, eğer sözleşmede bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa tarafın bunu ifa etmesi gerektiğine karar kılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu tutumundan sonra ise; Yargıtay da artık bu yönde kararlara imza atmaya başlamıştır⁸⁵. Bu kararların yanı sıra; eğer karşı tarafta bu durum ceza koşulunun talep edilmeyeceği yönünde haklı inanç yaratmış ise, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecektir. Önemle belirtmek istiyoruz ki; bu değerlendirme için yalnızca geç yapılmış bir talep yeterli olmamakta, bu inandırıcılığa sebep olacak bazı eylemler de aranmaktadır⁸⁶.

D. Ceza Koşulu ve Zarar

TBK m. 180/I'e göre; *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir”*. Açıkça hüküm altına alınan bu kurala göre; ceza koşulunun talep edilebilmesi için, alacaklının zararını kanıtlamasına gerek olmayacaktır. Zarara uğrayıp uğramadığına bakılmadan; önceden taraflarca kararlaştırılmış bu edim ifa edilecektir. Altını çizmek gerekir ki; sözleşmede ceza

⁸⁴ Akkaya, **a.g.e.**, s. 27.

⁸⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 429.

⁸⁶ **A.g.e.**, s. 432.

koşulu olarak belirlenmiş edimi talep eden taraf, ayrıca “gecikme tazminatı” adı altında bir zarar giderimi talep edemeyecektir. Eğer; ceza koşulu alacaklının uğradığı zararı karşılamaya yetmezse, aşan zararı talep etmesinde ise bir sorun olmayacaktır⁸⁷.

TBK m. 112’ye göre; “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Dolayısıyla genel hüküm olan TBK m. 112; kusursuzluğunu ispat yükünün borçlu tarafta olacağını hüküm altına alır. TBK m. 180/II ise; aşkın zarar için “*alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez*” diyerek genel kuralın dışına çıkmış ve borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Altını çizmemiz gerekir ki; kusursuz sorumluluk hallerinde bu ispat yükü kuralı geçerli olmayacak, dolayısıyla TBK m. 180/II’deki düzenleme dikkate alınmayacaktır. Yine ceza koşulunun türleri bölümünde altını çizdiğimiz gibi; daha çok cayma parasıyla benzerlik gösteren dönme cezası, TBK m. 180/II’de düzenlenen bu kural kapsamında değerlendirilemeyecektir. Halihazırda mevcut olan zarar; dönme cezasının çok üstünde olsa dahi, aradaki aşkın zararın istenebilmesi söz konusu olmayacaktır. Bunun başlıca sebebi ise; dönme cezasının maktu olarak belirli olması ve borçlunun bu borcu ifa ederek başka bir sorumluluğu yerine getirmeden sözleşmeden rahatlıkla dönebilmesine imkan tanımaktır⁸⁸.

E. Ceza Koşulunda İndirim Hali

TBK m. 182/1’ye göre; “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler*”. Kanun koyucu taraflara bu özgürlüğü tanıdıktan sonra maddenin devamında hakimin fahiş bulduğu ceza koşulunu kendiliğinden indirmesi gerektiğine yer vermiştir. Aşırılık ise somut olayın koşullarına göre hakimin değerlendirilmesi gereken bir kavram olacaktır. Dikkate alınabilecek hususlar ise; kusurun derecesi, sözleşme ihlalinin borçluya varsa sağladığı yararlar ve borçlu tarafın ekonomik vaziyeti olabilir⁸⁹. Hakim olayın özelliklerini değerlendirirken adaletli davranmalı, borçluyu ağır zarara uğratabilecek derecede hakkaniyete aykırı tespit ettiği cezaları indirmelidir. Burada bir parantez açarak belirtmemiz gerekir ki; hakim söz konusu

⁸⁷ Oğuzman-Öz, **a.g.e.**, s. 545.

⁸⁸ **A.g.e.**, 547.

⁸⁹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 277.

yetkiyi kullanırken, ceza koşulunun sözleşmedeki amacını unutmamalı, borçluyu zorlayıcı etkisini kaybettirmemelidir. Yine eklemek gerekir ki; hakimin bu cezada indirim yapabilmesi asla tamamen kaldırmak anlamına gelmemektedir. Tamamen kaldıramayacağı gibi, taraflarca belirlenen borcun niteliğini değiştirme yetkisine de sahip değildir. Yalnızca yapma edimlerinin niteliği bölünmeye elverişli değilse, hakim burada yetkisini kullanarak cezayı para borcuna çevirebilecektir⁹⁰.

Hakimin her somut olayda yalnızca o olayın koşulları göz önünde tutularak inceleme yapacağı açıktır. Dolayısıyla bir olay bazında fahiş olarak değerlendirilen ceza koşulu, başka bir olayda gayet normal karşılanabilir⁹¹. 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu döneminde; hakimin indirme yetkisini kendiliğinden mi yoksa borçlunun ileri sürmesi üzerine mi kullanabileceği açık değildi. TBK’de ise; bu karışıklık sona ermiş; hakimin kendiliğinden dikkate alması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur⁹².

Dönme cezası; diğer ceza koşullarından ayrı değerlendirildiği için, hakim tarafından indirim yapıp yapılamayacağı doktrince açıklığa kavuşturulmuş değildir. İndirim yapılabileceğini savunan bir görüşün yanında buna karşı çıkan bir görüş de varlığını korumaktadır⁹³.

Hakim tarafından fahiş bulunan ceza koşulunun indirileceği kuralı; tacir sıfatına sahip kişilerin ticari borçları için geçerli olmayacaktır. Şöyle ki; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun m. 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*”. TTK’deki bu düzenleme açıkça hakimin indirim yükümlülüğüne istisna getirmektedir. İnşaat sözleşmelerinde; yüklenici taraf tacir sıfatına sahip olacağından, bu kural kapsamında sayılacak ve TBK m. 182/III hükmüne başvurarak indirim talep edemeyecektir. Bu istisnanın temel nedeni ise; tacirlerin ticari eylemlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmiş olmaları ve eylemlerinin sonuçlarını önceden öngörmeleri gerektiğidir. TTK’deki bu düzenleme

⁹⁰ Oğuzman-Öz, **a.g.e.**, s. 547.

⁹¹ Büyükay, **a.g.e.**, s. 278.

⁹² Oğuzman-Öz, **a.g.e.**, s. 548.

⁹³ Büyükay, **a.g.e.**, s. 273.

yalnızca Türk Hukukunda yer almamakta, birçok ülkenin hukuk sisteminde benimsenen bir prensip olmaktadır⁹⁴. Önemle belirtmek gerekir ki; tacirin ticari olmayan borçları bu kuralın dışında kalacaktır. Dolayısıyla yüklenicinin TBK m. 182/III kapsamı dışında kalması için; tacir sıfatına sahip olması, borcunun ticari bir borç olması ve ceza koşulunun ahlaka aykırı derecede fahiş olmaması gerekir. Bu son şart; aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır. Ayrıca; eklemek gerekir ki, yüklenicinin tacir olup olmadığının tespiti ceza koşulu anlaşmasının gerçekleştiği an dikkate alınarak yapılacaktır⁹⁵.

Fahiş ceza koşulunun indirimi TTK m. 22 nedeniyle mümkün değildir. Burada tacir yüklenicinin mağduriyetine yol açacak ceza koşulundan kurtulabilmesinin tek yolu; belirlenen bedelin ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek şekilde fahiş olduğunu öne sürmektir. Yüklenicinin ekonomik anlamda mahvına neden olacak derecede fahiş olan cezanın bile indirilemeyeceğini kabul etmek hukuka uygun olmaz. Yasanın imkan verdiği sözleşme özgürlüğü ve ceza koşulunu serbestçe belirleyebilme hakkı; yine yasanın emredici hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yüklenicinin ekonomik refahını yok eden veya yok etmese dahi ağır derecede etkileyen kayıtların ahlaka aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir⁹⁶.

Tacir yüklenicinin ekonomik mahvına sebep olacak derecede fahiş olan ceza koşulunun akıbeti önemli ve tartışmalı bir husustur. Ceza koşulunu tamamen geçersiz saymak TBK m. 27'ye göre mümkündür. Değnilmesi gereken husus ise; TBK m. 27/II ile yalnızca ahlaka aykırı kısmın geçersiz sayılıp sayılamayacağıdır⁹⁷.

Oğuzman/Öz'ün de savunduğu çözüm yoluna göre; kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/II'yi uygulayarak, ancak ceza koşulunun ya da ceza koşuluyla birlikte bağlı olduğu sözleşmenin tamamının geçersiz sayılmasına yol açılabilir. Ceza koşulunda indirim ise; TBK m. 27/II'ye başvurarak söz konusu olamaz. Söz konusu fıkra göre; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”*

⁹⁴ Dirican, **a.g.e.**, s. 192.

⁹⁵ Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, İlk Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 355.

⁹⁶ Dirican, **a.g.e.**, s. 194.

⁹⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 356.

Dolayısıyla; TBK m. 27/II'ye başvurmak, ilk olarak fahiş ceza koşulunun geçersizliğine yol açacaktır. Eğer tarafların belirlenen ceza koşulu olmasaydı, sözleşmeyi hiç akdetmeyecekleri anlaşılıyorsa bu sefer yalnız fahiş olan ceza koşulu değil, sözleşmenin tamamı, tüm hükümleriyle kesin hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla TBK m. 27/II'den yararlanarak ceza koşulunu ahlaka uygun seviyeye indirmek mümkün değildir. Bu görüş; ceza koşulunu bu seviyeye ancak TTK m. 1530/I'ı kıyasen uygulayarak getirilebileceğinin altını çizmektedir⁹⁸.

Doktrinde bazı yazarlar ise; Oğuzman/Öz'ün aksine TBK m. 27/II yardımıyla makul düzeye indirimin söz konusu olabileceğini savunmaktadır⁹⁹. Bu görüşe göre; fahiş kısım TBK m. 27/I etrafında geçersiz sayılacak, kalan bedel ise TBK m. 27/II'nin ilk cümlesinden yararlanarak geçerliliğini sürdürecektir. Dolayısıyla ceza koşulunun kendi içinde bölünebilir olduğunu savunmakta, TBK m. 27 yardımıyla fahiş bedelin indireleceğini ifade etmektedirler¹⁰⁰.

Esasen; Oğuzman/Öz 'ün savunduğu ilk görüş ile bunun aksini savunan görüşün birbirinden ayrıldığı ana nokta ceza koşulu ediminin kendi içinde bölünebilir olup olmadığıdır. Değindiğimiz ilk görüş; ana sözleşmenin ona bağlı olan yan anlaşmalar bakımından bölünmeye elverişli olduğunu, ama ceza koşulu gibi yan anlaşmaların aşırı ve makul miktar şeklinde bir bölünmeye tabi tutulamayacağını öne sürmektedir. Bu sebeple TTK m. 1530 adaleti sağlayacak çözüm yoludur. Bunun aksini savunan görüş ise; ceza koşulunun da kendi içerisinde kısımlara ayrılabilceğini ve aykırı olan kısım kesin hükümsüz adledilirken makul kısmın geçerliliğini koruyacağını öne sürmektedir¹⁰¹.

Yargıtay'ın 1974 tarihli bir içtihadında da “*Cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir şart iptal edilir.*” denilerek ceza koşulu borçlusunun tacir olmasından dolayı mağdur haline gelmemesi gerektiğinin altı çizilmiş; ya tamamen ya da ahlaka aykırı kısmının

⁹⁸ A.g.e., s. 357; aynı yönde bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 549.

⁹⁹ Eren, a.g.e., s. 1214.

¹⁰⁰ Efe Murat Bulut, TTK M. 22 Kapsamında Tacirler Bakımından Ücret ve Ceza Koşulunun Tenkisi Yasağı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019), s. 49.

¹⁰¹ A.g.e.

iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰². Yargıtay'ın bu eski tarihli içtihadının devamında da aynı yönde kararları mevcuttur. Örneğin; 15. Hukuk Dairesi'nin 2010 tarihli bir kararına göre; hakim aşırı olarak tespit ettiği ceza koşulunu indirmekle yükümlüdür. Fakat; TTK'nin hüküm altına aldığı yasak sebebiyle; tacirler bu kuralın dışındadır. İstisnai olarak ise; ceza koşulunun miktarı ahlaka aykırılık teşkil edecek kadar fahiş ise EBK m. 20 (TBK m. 27) kapsamında bir kısmının ya da tümünün geçersiz sayılması mümkün olacaktır¹⁰³.

Yine Yargıtay kararlarında ahlaka aykırı ceza koşulu miktarına karar verilirken dikkate alınması gereken hususlar sıralanmıştır. Yargıtay'ın 2019 tarihli bir kararına göre; ceza koşulu tacir sıfatına haiz borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacak derecede fahiş ise bu durum ahlaka aykırı sayılacak ve mahkeme tarafından ceza koşulunun geçersizliğine karar verilecektir. Bir ceza koşulunun ahlaka aykırılığı; hâkimin bu konudaki öznel yorumuna göre değil, makul bir bireyin ortalama fikirlerine göre belirlenmelidir. Tacirin çekeceği küçük ekonomik sıkıntılar; ceza koşulunu ahlaka aykırı bulmak için yeterli olmayacaktır. Hakim; ahlaka aykırılığı değerlendirirken, borçlunun ekonomik durumunu uzman bilirkişilere tespit ettirmelidir. Şöyle ki; ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti hukuki sorundur. Bu hukuki sorununun açıklığa kavuşturulması ise, hakimin asli görevidir. Hakim söz konusu görevi icra ederken; hangi sebeplerle karar verdiğini denetime elverişli olacak şekilde belirtmelidir. Eksik araştırmalarla karar verilmesi ve çokça öznel yorumlara yer verilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Ceza koşulunun aşırılığı konusunda bir belirleme yapılmadan önce yukarıda izah edildiği gibi sözleşmenin yapıldığı andaki tarafların ekonomik vaziyeti, ceza koşulu borçlusunun ödeme yeterliliği, kusuru dikkate alınarak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ve öznel yorumlarla verilen direnme kararı yerinde bulunmamıştır. Dolayısıyla; hakimin bu ahlaka aykırılık ve fahiş miktar incelemesini çok dikkatle yapması gerektiğinin tekrar tekrar altı çizilmiştir¹⁰⁴

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 tarih ve E. 1970/1053, K. 1974/222 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 29.11.2020).

¹⁰³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 23.3.2010 tarih ve E. 2009/1814, K. 2010/1643 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 23.10.2020).

¹⁰⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.6.2019 tarih ve E. 2017/19-922, K. 2019/706 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 3.10.2020).

IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Sözleşmeler hukukunda borçlu bazı hallerde edimini tam veya gerektiği gibi ifa edemez ve alacaklı borca aykırılıktan dolayı zarara uğrayabilir. Eğer sözleşmede söz konusu borca aykırılık hali için ceza koşulu kararlaştırılmamışsa, zarara uğrayan taraf bu zararının giderilebilmesi için tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır. Burada tazminatın mahkeme tarafından belirlenmesi ise başlı başına bir sorundur. Hakim tarafların istemlerini dikkate alarak ve somut olayın özelliklerini gözeterek en adaletli kararı vermelidir. Bu tazminat tayininde alanında usta bilirkişilerden yardım alındığı da çokça görülmektedir. Durumun bu kadar hassas olmasının başlıca sebebi ise; bir tarafın hukuki yararını korurken, sözleşmenin diğer tarafını tehlikeye atmamaktır. TBK 112'ye göre zararını talep eden alacaklının zararından çok fazla olarak tayin edilen tazminatla sebepsiz yere zenginleşmesi hukuka uygun kabul edilemez. Tarafların yararları dikkate alınarak dengenin sağlanması gerekmektedir¹⁰⁵.

Taraflar mahkemece zararın ve tazminatın belirlenmesi sürecinin bazen senelerce sürmesi sebebiyle, bu süreci kısaltmak adına sözleşmede zarar halinde ödenecek tazminatı önceden belirleyebilirler. Nitekim bu hak; TBK m. 26'da "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" denilerek kanun tarafından taraflara tanınmıştır. Sözleşmenin taraflarının önceden borca aykırılık halinde alacaklının zararını hesaplayıp sözleşmeye eklemesi götürü tazminat kavramını gündeme getirmiştir. İnşaat sözleşmelerinde de daha çok yüklenici tarafın yarattığı borca aykırılık hallerinde arsa sahibinin uğrayacağı zararı tespit etmek adına götürü tazminat kararlaştırılmaktadır. Yine de belirtmeliyiz ki; götürü tazminat kurumu ülkemizde ve Kıta Avrupası Hukukunda ceza koşuluna göre daha az uygulamaya sahiptir. Anglo-Amerikan hukukunda ise tam tersi olarak çok daha fazla uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁰⁶ **A.g.e.**, s. 175.

TBK’de açıkça düzenlenmeyen; fakat mahkeme sürecini de oldukça hızlandıran bu kurumun incelemesini aşağıda detaylı olarak yapmaya çalışacağız.

A. Götürü Tazminatın Tanımı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; götürü tazminat, sözleşmeden kaynaklanan borca aykırılık halinde alacaklının mamelekinde meydana gelen eksilmenin daha yalın bir ifadeyle de; zararın karşılanması amacıyla borçlu tarafından alacaklıya ödenecek tazminatın daha zarar oluşmadan belirlenmesi halidir¹⁰⁷. Aslında alacaklının alacağı tazminat; TBK 114/II atfıyla TBK m. 50 ve devamındaki hususlar dikkate alınarak tayin edilmektedir. Fakat; borçlar hukukunun prensipleri sebebiyle; söz konusu kurallar tarafların aksini kararlaştırılabileceği niteliğe sahiptir ve böylelikle taraflar daha zarar oluşmadan kendi aralarında yapacakları anlaşma ile götürü tazminat kararlaştırabilirler¹⁰⁸. Bu götürü tazminatın taraflarca belirlendiği hukuki işlem ise götürü tazminat anlaşması olarak anılmakta ve kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. Ceza koşulu kayıtlarına paralel olarak; götürü tazminat anlaşması da sözleşmenin içinde bir hüküm şeklinde kararlaştırılabileceği gibi, ek bir sözleşme ile de tayin edilebilir¹⁰⁹. Uygulamada en çok inşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan götürü tazminata; maktu veya kira tazminatı da denildiği görülmektedir¹¹⁰.

Götürü tazminat anlaşması; tek tarafa borç yükleyen bir anlaşma olma özelliğini taşır. Alacaklı tarafın bu kapsamda üzerine bir yükümlülük düşmemektedir. Ceza koşuluna paralel olarak; götürü tazminat da fer’i borç olma niteliğini taşımakta ve geçerli bir asıl sözleşmenin varlığına bağlı olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 260.

¹⁰⁸ Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, **TBB Dergisi**, Sayı 129, 2017, s. 196.

¹⁰⁹ Parlak Börü, **a.g.e.**, 197.

¹¹⁰ Bahar Öcal Apaydın ve Nurten İnce Akman, “Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, Sayı 1, 2019, s. 223.

¹¹¹ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 178.

B. Götürü Tazminatın Konusu

Sözleşmeye aykırı davranan tarafın önceden ödeyeceği tazminat miktarının taraflarca belirlenmesi; götürü tazminat anlaşmasının konusunu içerir. Götürü tazminat zararın oluşmasına bağlı bir alacaktır. Eğer alacaklının zararı yoksa götürü tazminat talebinde bulunamaz. Borçlu tarafından sözleşmeye aykırılık halinde, götürü tazminat talep edilebilir nitelik kazanacak ve bağlı olduğu sözleşmeden ayrılacaktır. Dolayısıyla götürü tazminatın akibeti, asıl borcun eksiksiz bir şekilde ifa edilip edilmemesine göre değişecektir¹¹².

Götürü tazminat talebi için; TBK m. 112'ye göre; sözleşmeye aykırılık sonucu zararın oluşması dışında, borçlunun kusurlu olması şartı da açıkça aranmaktadır¹¹³. Haksız fiil sorumluluğunun aksine, sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun kusurlu olduğu bir karinedir. Eğer borçlu kusurlu değilse bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Haksız fiil sorumluluğunda ise; TBK m. 50'de açıkça zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispat etme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Biz sözleşmeden doğan bir sorumluluk söz konusu olduğundan burada TBK m. 112'yi dikkate almaktayız¹¹⁴.

C. Götürü tazminatın Amaç ve Fonksiyonları

Tarafların sözleşmelerinde götürü tazminat kararlaştırmaları birçok sebebe bağlanabilir. Götürü tazminat anlaşmalarının en temel amacı ise; alacaklının mamelekinde meydana gelen azalışın önceden tahmin edilerek tazminat miktarı konusunda sözleşmeye netlik kazandırmak ve alacaklıyı olası bir belirsizlik ortamından kurtarmaktır. Sözleşmeye açıklık getiren bu kurum; hukuk güvenliğinin sağlanmasına doğrudan hizmet etmektedir.

Alacaklının; borca aykırılık halinde tazminatın miktarını ispat külfeti ortadan kalkacaktır. Yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi; haksız fiil başlığı altında karşımıza çıkan TBK m. 50 ve devamında tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin kurallar düzenlenmekte, hakime geniş bir belirleme yetkisi tanınmaktadır. Zarar

¹¹² Öcal Apaydın – İnce Akman, **a.g.e.**, s. 225.

¹¹³ **A.g.e.**, s. 224.

¹¹⁴ Ayan, **a.g.e.**, s. 391.

doğduktan sonra tanınan bu yetkiyi, taraflar zarar doğmadan önce yapacakları bir anlaşma ile etkisiz hale getirmekte ve tazminat bedelini kendi aralarında serbestçe belirlemektedirler. Hakimin; iş yükü arasında belki de dikkatinden kaçabilecek hususlar da taraflarca böylelikle değerlendirilmekte, alacaklı taraf oldukça korunmuş olmaktadır. Aslında tamamen alacaklının yararına gibi görünen bu kurumun, tazminat borçlusuna da yarar sağladığı gözden kaçırılmamalıdır. Borçlu sözleşme boyunca ve zarar oluşursa ondan sonraki süreçte de kendini ne gibi sonuçların beklediğini öngörebilmekte, belki de borca aykırı davranıp davranmayacağına karar verirken daha temkinli olmaktadır. Tarafların olası ihtilafları çok hızlı şekilde çözebilecekleri ortadadır¹¹⁵. Bu hızın yargılama giderlerine de sağlayacağı yarar hesaba katılmalıdır.

Öğretide genel görüş, götürü tazminatın, alacaklıyı zararın varlığının ispat külfetinden de kurtardığını öne sürmektedir. Bu görüşe göre; sözleşmede götürü tazminat kararlaştırılması, ispat külfetinin borçluya geçmesine sebep olur ve borçlu yalnızca zararın söz konusu olmadığını kanıtlayabilirse götürü tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir¹¹⁶. Bunun aksini savunan azınlık görüşüne göre ise; götürü tazminat yalnızca tazminat miktarının açıklığa kavuşturulması içindir. Yani alacaklıyı zararın varlığını ispat yükümlülüğünden kurtarmaz. Yalnızca tazminat miktarını baz alan bu görüş; götürü tazminatın, alacaklının diğer yükümlülüklerini kaldırmadığının altını çizmektedir. Yine aynı görüş; alacaklının üzerindeki bu zarar ispatı külfetinin taraflarca kaldırılabilmesini de savunmaktadır. Burada önemle belirtmek istiyoruz ki; zarar oluşmasa dahi borçlunun götürü tazminatı ödemesi gerektiğine ilişkin bir anlaşma, götürü tazminat olarak kabul edilemez. Zarar oluşmasa dahi belirli bir bedelin ödenmesi ceza koşuluna özgüdür¹¹⁷.

Yine bu anlaşma çerçevesinde inşaat sözleşmesinin tarafları; Türk ve İsviçre mevzuatına göre klasik anlamda kabul edilen maddi zarar giderimleri dışındaki hususlarla ilgili olarak da tazminat kararlaştırabilirler. Buna örnek olarak; şans kaybı

¹¹⁵ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 209.

¹¹⁶ Öcal Apaydın - İnce Akman, **a.g.e.**, s. 227.

¹¹⁷ Mehmet Erdem, “*Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi*”, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf] (Son Erişim Tarihi: 2.1.2021), s. 108.

zararı veya itibar kaybı zararı gösterilebilir. Sözleşme serbestisi kapsamında taraflar tazminatın çerçevesini istekleri doğrultusunda belirleyebilirler¹¹⁸.

D. Unsurları

Geçerli bir götürü tazminatın varlığından bahsedebilmek için; taraflar arasında bir asıl borç ilişkisinin varlığı, geçerli bir götürü tazminat borcu ve tarafların bu borç konusunda açıkça anlaşmış olması gerekmektedir. Aşağıda bu unsurlar detaylı olarak ele alınacaktır.

1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Eğer borç bir sözleşmeden kaynaklanmıyorsa, o borç için götürü tazminat kararlaştırılmaz. Taraflar arasında geçerli bir sözleşme var olacak ve bu sözleşmenin ihlalinde götürü tazminat talep edilebilir hale gelecektir. Eğer asıl sözleşme herhangi bir sebeple geçersiz olursa, götürü tazminat da geçersiz kabul edilecektir. Götürü tazminat anlaşması bu sözleşme ilişkisinin içindeki yalnızca bir yükümlülük için kararlaştırılabileceği gibi, birkaç yükümlülük veya sözleşmeye bağlı tüm borçlar için kararlaştırılabilir. Burada hangi yükümlülükler için kararlaştırıldığıнын tespiti önemli bir yer teşkil etmekte, götürü tazminatın talep edilebilmesi için mutlaka o yükümlülüğe aykırı bir davranış olması gerekmektedir¹¹⁹.

Götürü tazminatın bağlı olduğu borç; borçluya yüklenebilecek herhangi bir kusur olmadan imkansız hale gelirse alacaklı söz konusu tazminatı talep hakkını yitirecektir¹²⁰.

Götürü tazminatın bağlı olduğu sözleşmeden dönülürse; kural olarak söz konusu tazminat da artık talep edilemeyecektir. Ceza koşulundaki anlatımlarımıza paralel olarak; sözleşmeden dönme kurumu geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağından götürü tazminat düzenlemesi de hükmünü yitirecektir. Dolayısıyla genel kural olan TBK m. 125'e göre; sözleşmeden dönme ve menfi zararını talep

¹¹⁸ Öcal Apaydın – İnce Akman, **a.g.e.**, s. 227.

¹¹⁹ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 199.

¹²⁰ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 176.

eden alacaklı götürü tazminatı isteme hakkını yitirecektir. Sözleşme serbestisi kapsamında yine tarafların aksini kararlaştırması mümkündür¹²¹.

2. Götürü Tazminat Olarak Belirlenen Bir Borcun Bulunması

Götürü tazminat sözleşmede belirli veya belirlenebilir bir şekilde kararlaştırılmalıdır. Yalnızca genel bir ifadeyle; zararın karşılanacağı belirtilmesi, götürü tazminatın belirlendiğini göstermez¹²².

Taraflar yine ceza koşuluna paralel olarak; götürü tazminat anlaşmasıyla bu tazminatın miktarını serbestçe tayin edebilirler. Doktrine göre burada “makul” bir belirleme yapılmalıdır. Tarafların olası zararlarla ilgili tahmini; gerçekte oluşacak zarar ile az çok örtüşmelidir. İnşaat sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılan bu miktar; borçlunun ekonomik olarak yıkımına sebebiyet verecek derecede fahiş ise ahlaka aykırı olduğu ve kişilik haklarını ihlal ettiği kabul edilecek ve götürü tazminatın akıbetine karar verilecektir¹²³. Burada bir tespitin yapılabilmesi ise; ancak zarar meydana geldikten sonra mümkün olacaktır. Geçersizlik; kısmi hükümsüzlük olarak kendini gösterecektir¹²⁴. Fakat; tarafların söz konusu miktar olmadan sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyorsa, götürü tazminat anlaşması tamamıyla kesin hükümsüz kabul edilecektir. Bu kesin hükümsüzlüğün ise çok nadiren gerçekleşeceği söylenebilir.

Değnilmesi gereken ikinci husus ise; götürü tazminatın bu şekilde bir geçersizliğe tabi olması halinde asıl sözleşmenin akıbetidir. Burada zaman bakımından bir ayırım yapmak doğru olacaktır. Götürü tazminat; bağlı olduğu sözleşme ile eş zamanlarda yapılmış ise; yine EBK m. 20 ve TBK m. 27 uyarınca, söz konusu tazminat olmadan sözleşmenin akdedilmeyeceği taraf iradelerinden anlaşılıyorsa, bağlı olduğu sözleşmenin geçerliliği olumsuz etkilenecektir. Eğer; götürü tazminat bağlı olduğu sözleşmenin akdedilmesinden daha sonraki bir vakitte taraflarca belirlenmiş ise; bu sözleşme geçersiz götürü tazminattan kesinlikle

¹²¹ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 205.

¹²² Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 176.

¹²³ **A.g.e.**, s. 177.

¹²⁴ Erdem, **a.g.e.**, s. 103.

etkilenmez; çünkü daha önce akdedilmiştir ve o götürü tazminat olmasaydı da tarafların sözleşme akdetme iradesi ortadadır¹²⁵.

3. Anlaşma Unsuru

Götürü tazminatın gündeme gelebilmesi için tarafların bu yönde anlaşmış olması gerekmektedir. Söz konusu anlaşma; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun açıklanmış irade beyanlarıyla kurulacaktır. Önemle belirtmeliyiz ki; taraflar götürü tazminatla ilgili mutlaka zarar oluşmadan önce anlaşmalıdırlar. Götürü tazminat anlaşmasının, zarardan sonra gerçekleşmesi söz konusu olamaz. Daha doğrusu bu bir götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilemez. Zararın oluşmasından sonra yapılan bu anlaşma ancak “sulh sözleşmesi” olarak düşünülebilir. Ayrıca götürü tazminat anlaşması için özel bir şekil kuralımız yoktur. Burada da bağlı olduğu sözleşmenin akıbetine tabi olacak, bağlı olunan sözleşme için bir şekil şartı öngörülümüşse bu şart götürü tazminatı anlaşması için de geçerli olacaktır. Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için öngörülen resmi şekil şartı bu sözleşmelere bağlı olarak kararlaştırılmış götürü tazminat için de geçerli olacaktır¹²⁶.

Bağlı olduğu sözleşmenin tarafları ile götürü tazminat anlaşmasının tarafları genellikle aynıdır. Örneğin; yine inşaat sözleşmeleri özelinde düşünürsek, arsanın üzerine binayı inşa edip teslim etme yükümlülüğü altında olan yüklenici aynı anda götürü tazminat anlaşmasının da borçlusu olacak, arsa sahibi de alacaklısı konumunda yer alacaktır¹²⁷.

İnşaat sözleşmelerindeki götürü tazminat anlaşmaları; geciktirici koşula bağlı bir borç yaratır. Söz konusu anlaşmadaki koşul; asıl sözleşmede yer alan yükümlülüğe aykırılık meydana gelmesidir. İhlal edilen yükümlülüğün; sözleşmede götürü tazminatın bağlı olduğu yükümlülük olması gerektiğinin ise yukarıda altını çizmiştik. Ayrıca; götürü tazminat anlaşmaları; zamanaşımı bakımından da yine bağlı olduğu sözleşmenin akıbetine tabi olacaktır. Bu kural götürü tazminat talep edilebilir hale gelene kadar geçerlidir¹²⁸. Borca aykırılık gerçekleştikten sonra götürü

¹²⁵ **A.g.e.**, s. 105.

¹²⁶ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 177.

¹²⁷ **A.g.e.**, s. 178.

¹²⁸ Erdem, **a.g.e.**, s. 101.

tazminat bağıllık özelliğini yitirecek ve 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹²⁹.

E. Türleri

Götürü tazminat genel olarak kesin olarak belirlenen bir bedelin ifadesidir. Sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle alacaklının uğrayacağı zararlarla götürü tazminat bedelinin farklı olması durumunda taraflar mevcut zararını isteyemezler. Doktrinde ise bu ana kuralın dışında değişik türlerde anlaşmaların yapılabileceği kabul edilmektedir.

Götürü tazminat; tarafların; belirlenen tazminat miktarına bağlı kalmadan, meydana gelen zararın ispat etme hakkının olup olmamasına göre türlere ayrılmaktadır. Taraflar arasında bir götürü tazminat kararlaştırıldığında, zarar ile tazminat miktarının birbirine eş değer olduğu karinedir. Eğer; tarafların aralarında meydana gelen anlaşma götürü tazminatın aksinin ispatlanmasına izin veren türden ise, bu iznin verildiği taraf, gerçekte var olan zararını ispat etmek durumundadır. Bu iznin verilip verilmediği veya içeriği ancak tarafların götürü tazminat anlaşmasının yorumu ile ortaya çıkacaktır¹³⁰.

1. Aksi ispat edilebilen (Nispi) Götürü Tazminat Anlaşmaları

Taraflar arasında nispi götürü tazminat üzerinde anlaşıldığında; asıl sözleşmenin her iki tarafı da meydana gelen zarar ile karşılaştırılan götürü tazminatın eşdeğerde olmadığını ispat gücüne sahip olacaklardır. Nispi götürü tazminat anlaşmalarında; taraflarca karşılaştırılan götürü tazminatın ödenebilmesi için, halihazırda meydana gelen zararın götürü tazminattan az veya çok olduğunun, taraflarca ispat edilememesi gerekir¹³¹.

Götürü tazminatı ödemek durumunda kalacak borçlu taraf; daha az bir zarar meydana geldiğini ispat edebildiğinde aşkın miktarı ödemek durumunda

¹²⁹ TBK m. 146: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir”.

¹³⁰ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 211.

¹³¹ Şefika Deren Gündüz, “Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, Sayı 179-180, 2019, s. 1495.

kalmayacaktır. Eğer ödediyse de sebepsiz sözleşme hükümleri uyarınca geri isteyebilecektir¹³².

Türk doktrinin aksine Alman hukukunda; nispi götürü tazminatın aslında bir götürü tazminat olarak kabul edilemeyeceği, ispat külfetinin belirlenmesine ilişkin bir anlaşma olduğu iddia edilmektedir; fakat bu çok da kabul gören bir iddia değildir. Şöyle ki; taraflar aksi ispat edilebilir nitelikte de olsa tazminatı belirlemektedirler. Aksinin ispat edilebilir olması onun bu özelliğini kaldırmamaktadır. Daha da önemlisi; gerçek zarar meydana geldiğinde talep edilebildiğinden, alacaklı tarafın hukuki yararı korunmuş olmaktadır¹³³.

2. Kısmen Nispi Götürü Tazminat Anlaşması

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmaları; kendi içerisinde iki ayrı türe ayrılmaktadır. Asgari olarak belirlenen anlaşmalar; alacaklıyı korumakta, halihazırda meydana gelen zarar, belirlenen tazminat miktarından fazlaysa aşkın kısım talep edilebilmektedir. Bu anlaşmalarda zarar daha az ise, az olan miktarın ödenmesi değil yine tazminatta belirlenen miktarın ödenmesi söz konusu olacaktır. İkinci türü olan; azami olarak belirlenen anlaşmalarda durum bunun tam zıttıdır. Daha çok borçlunun yararına olan bu anlaşmalarda; mevcut zarar daha fazla ise alacaklı tarafından talep edilemeyecek, ama daha az ise borçlu bu az zararı ödeyip tazminat borcunu ifa etmiş sayılacaktır¹³⁴.

Asgari götürü tazminat anlaşmaları; bir görüşe göre ceza koşuluna birçok yönden benzemektedir. Hatta bu görüş; iddiasını, aşkın zararı düzenleyen TBK m. 180/II'ye dayandırmaktadır. Şöyle ki alacaklı, aşkın zararını borçludan talep edebilecek; fakat borçlu zararının daha az olduğunu öne sürerek az olan miktarı ödemeyi teklif edemeyecektir. Fakat; ceza koşuluna benzer olduğunu savunan görüş eleştirilere maruz kalmakta, götürü tazminatın zararı şart olarak kabul ettiğinden hareketle iki kurumun amaç ve işlevlerinin çok farklı olduğu ileri sürülmektedir¹³⁵.

¹³² Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 212.

¹³³ **A.g.e.**, s. 213.

¹³⁴ Gündüz, **a.g.e.**, s. 1496.

¹³⁵ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 214.

Aşağıda bu farklılıklar detaylı olarak ele alınacağından burada daha fazla açıklamaya yer vermiyoruz.

3. Aksinin İspatı Mümkün Olmayan (Mutlak) Götürü Tazminat Anlaşmaları

Mutlak götürü tazminat anlaşmalarında götürü tazminat bedeli aksi ispat edilemez şeklinde taraflarca ana sözleşmede veya yapacakları ek bir sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Her iki tarafı da kapsayan bu mutlaklık sebebiyle; tazminat alacaklısı ya da borçlusu, zararın daha az veya daha fazla olduğunu iddia ederek belirlenen tazminat miktarını değiştiremeyecektir. Mutlak götürü tazminat anlaşmalarında belirlenen bedel; tazminatın alt ve aynı zamanda da en üst miktarı olacaktır¹³⁶.

F. Ceza Koşulu İle Farklılıkları

Tarafların borca aykırılık hali için sözleşmelerine bir hüküm olarak ekleyerek veya ayrıca kararlaştırarak yer verdikleri ceza koşulu ve götürü tazminat kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi yargı kararlarına da konu olmuş önemli bir konudur. Özellikle; inşaat sözleşmelerinde yer verilen kayıtların ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu somut olayda tereddütlere yol açmaktadır. Çok fazla ortak özelliği olan bu iki kurumun aslında amaçları ve işlevleri birbirinden oldukça farklıdır.

İnşaat sözleşmelerinde yer alan bedellerin; hukuki niteliğinin tespitinde tarafların kullandığı sıfatlardan çok gerçek iradelerinin tespiti gerekir¹³⁷. Belirtilmelidir ki; TBK’de bu iki kurumu birbirinden ayırmaya yetecek açık bir düzenleme yer almamaktadır. Yargı kararlarından yardım almaya çalışarak ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerden yola çıkarak çeşitli sonuçlara varılmaya çalışılmaktadır. Tazminat hukukunun genel prensipleri de bu konuda dikkate alınması gereken hususlardan olacaktır¹³⁸.

¹³⁶ **A.g.e.**, s. 217.

¹³⁷ Büyükay, **a.g.e.**, s. 261.

¹³⁸ Köksal Kocağa, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, **TBB Dergisi**, C. 20, Sayı 74, 2008, s. 152.

Doktrinde götürü tazminatın ceza koşulu kurumuna dahil olması gerektiğini ileri süren azınlık görüşü mevcuttur. Çoğunluğa göre ise; amaçları birbirinden tamamen farklı olan bu iki kurumu birbirine dahil etmek mümkün değildir. Dolayısıyla TBK’de açıkça düzenlenen ceza koşulu hükümleri kendine özgü nitelik taşıyan götürü tazminata uygulanamayacaktır¹³⁹.

Alacaklı tarafından götürü tazminatın talebi ancak zarar koşuluna bağlıdır. Eğer zararın varlığı söz konusu değil ise, götürü tazminat talep edilemeyecektir. Ceza koşulunun talep edilebilmesi içinse; bir zararın varlığı dahi aranmamaktadır. Dolayısıyla götürü tazminat; zarar meydana geldikten sonra hakim tarafından belirlenecek tazminat miktarını tarafların önceden belirlemesini ve böylelikle alacaklının bu yorucu ve süreci uzatan ispat külfetinden kurtulmasını sağlamaktadır. Bu açıklamalardan hareketle iki kurumun amaç ve işlevlerinin tamamen ayrıldığını söyleyebiliriz. Götürü tazminatın taraflara ceza verme gibi bir amacı bulunmamaktadır. Borca aykırılık halinde zaten ortaya çıkacak tazminat miktarı zarar oluşmadan önce hesaplanmaktadır. Ceza koşulunun ise zarardan bağımsız bir niteliğe sahip olmasından hareketle ceza fonksiyonunun olduğu söylenmelidir¹⁴⁰.

Alacaklıyı zararın miktarı konusunda ispat külfetinden kurtaran götürü tazminat kurumu tazminat hukukunun genel prensiplerine uygun olarak zarar giderilmesini ve kolaylıkla tespit edilmesini amaçlamaktadır. Ceza koşulu da zararın giderilmesini amaçlar; fakat amacı bununla sınırlı değildir. Ceza oluşmasa dahi istenebilmesi; onun hem borca aykırı davrananı cezalandırmak hem de üzerinde baskı kurmak amaçları taşıdığını gösterir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde ceza koşulu kararlaştırılırken, yüklenicinin üzerinde inşaatın teslimi konusunda ek bir psikolojik baskı kurma amacı varken, götürü tazminat için böyle bir durumdan bahsedilemez¹⁴¹.

Diğer bir fark; mevcut zararın kararlaştırılan meblağdan yüksek olmasında kendini göstermektedir. TBK m. 180/II’ye göre; “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez*”. Dolayısıyla; ceza koşulunu aşan zararı alacaklı

¹³⁹ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁴⁰ Gündüz, **a.g.e.**, s. 1498.

¹⁴¹ Şahin, **a.g.e.**, s. 342.

borçlunun kusurunu ispat ederek talep edebilecektir. Saf götürü tazminat anlaşmalarında ise bedel kesin olarak belirlenir. Mutlak olarak yapılan bu anlaşmalarda zararın fazla veya az olması önemli değildir, anlaşmada belirlenen bedel ödenecektir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların çeşitli götürü tazminat anlaşmaları yapmaları ise mümkündür. Nispi veya kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarında gerçek zararın ispatlanarak talebi mümkün olacaktır. Yukarıdaki açıklamalarımızı hatırlatarak; nispi götürü tazminat anlaşmalarında hem alacaklı hem borçlu taraf gerçek zararı ispat edebilecek, böylelikle zarar fazla ise alacaklı aşkın zararı talep edebilecek, zarar daha az ise borçlu az olan bu miktarı ödeyip tazminat borcunu ifa etmiş sayılacaktır. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmalarında ise türüne göre sadece bir tarafın aksini ispat şansı olacaktır. Dolayısıyla ceza koşulunun aksine; götürü tazminat anlaşmalarında aşkın zarar, anlaşmanın türüne göre çözülecek bir sorunsaldır¹⁴². Eğer götürü tazminat anlaşması aşkın zararın talep edilebilmesine elverişli bir tür ise; TBK m. 112'deki düzenlemeye uygun olarak, alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek yoktur. Oysa; ceza koşulunda TBK m. 180/II'de açıkça belirtildiği üzere, alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi bir gerekliliktir. TBK m. 180/II bu anlamda sözleşme hukukunun dışına çıkmış olmaktadır. Çünkü genel kurala göre borçlu tarafın kusuru bir karinedir¹⁴³.

Bir diğer fark da hakimin indirim yetkisinde kendini gösterir. Şöyle ki; TBK m. 182/III gereğince; hakim fahiş bulduğu ceza koşulunu indirecek ve bu indirim için borçlunun talebine bile gerek olmayacaktır. Götürü tazminat anlaşmalarında ise tazminat taraflarca baştan belirlendiği ve böylelikle TBK m. 50 ve devamındaki hakime tazminat belirleme yetkisi veren hükümler bertaraf edildiği için; tekrar hakime bir indirim yetkisi verilmemiştir¹⁴⁴. İnşaat sözleşmelerinde genellikle yüklenici taraf tacir olacağından TBK m. 182/III'te yer alan hükmün uygulama alanı bulamayacağı unutulmamalıdır.

Yine bir fark; inşaatı çekince ileri sürmeden kabule ilişkilidir. İfaya eklenen ceza koşullarında, ki inşaat sözleşmelerinde en çok tercih edilen bu olmaktadır, arsa sahibi inşaatı çekince ileri sürmeden kabul ederse ceza koşulunu talep hakkını yitirir.

¹⁴² Gündüz, **a.g.e.**, s. 1499.

¹⁴³ TBK m. 112: “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”.

¹⁴⁴ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 180.

Oysa götürü tazminat; gerçek bir tazminat niteliğine sahip olduğundan, arsa sahibi inşaatı teslim alırken çekince ileri sürmemiş dahi olsa bu bedeli talep etme hakkını kesinlikle kaybetmez¹⁴⁵.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir husus da; her iki kurumun kusur ile ilişkisidir. Ceza koşulunun kusura bağlı olup olmadığı doktrinde kesinlik kazanmış değildir. Yukarıda değindiğimiz için tekrarlama gereği duymuyoruz. Götürü tazminat için ise; borçlunun kusurunun bir gereklilik olduğu kabul edilmiştir. Bu konuda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹⁴⁶.

Özellikleri bu kadar farklı olan iki kurum birbirine sıkça karıştırılmakta, ne yazık ki net tespitler yapılamamaktadır. Sözleşmeyi hazırlayan tarafların her olasılıkta bir avukattan yardım almadıkları düşünüldüğünde, kullandıkları ifadelere bağlı kalarak bir tespit yapmak doğru olmaz. Tarafların gerçekten neyi amaçladıklarını araştırmak yukarıda da altını çizdiğimiz üzere bir gerekliliktir. Tarafların gerçek iradeleri tespit edilirken ise; güven ilkesine göre bir yorum yapılması gerekecektir. Burada yapılacak doğru nitelendirmenin sözleşmenin akıbetinde çok önemli bir yeri olacaktır. Eğer; götürü tazminat olduğuna karar verilir ise; tazminat hukukuna ilişkin hükümler devreye girecek, TBK’de açıkça düzenlenen ceza koşuluna ilişkin hükümler kıyasen dahi uygulama alanı bulamayacaktır¹⁴⁷.

Bu konuya ilişkin Yargıtay’ın yaklaşımı yol gösterici olmaktadır. İnşaat sözleşmelerinde inşaat şirketlerinin gecikme ihtimaline karşı; sözleşmede her gecikilen gün ay veya yıl için bedeller kararlaştırılmaktadır. Söz konusu bedeller konusunda Yargıtay baskı unsurunun var olup olmamasına göre ifaya eklenen ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğuyla ilgili karar verir. Örneğin; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre; taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaatın yapım süreci imza tarihinden başlayarak otuz dört ay olarak kararlaştırılmıştır. Bağımsız bölümler belirlenen vadede bitirilmez ise; geçen her ay için bağımsız bölüm başına 3.000.000.-TL tazminat verilecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı yine bağımsız bölüm başı 6.000.000.-TL olacaktır¹⁴⁸. Dolayısıyla

¹⁴⁵ Büyükay, **a.g.e.**, s. 264.

¹⁴⁶ **A.g.e.**, s. 263.

¹⁴⁷ Şahin, **a.g.e.**, s. 342.

¹⁴⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 8.7.2014 tarih ve E. 2003/6165, K. 2004/3813 sayılı kararı için bkz. Kazancı İtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 15.10.2020).

gecikilen ilk 6 ayda 3 bin TL olarak belirlenen tazminat, zamanın geçmesi ile katlanacaktır. Bu katlanarak artma hali ise; inşaatın teslimi için yüklenicide psikolojik etki yaratmayı amaçlamakta, onun işi daha hızlı bitirilmesini sağlamaktadır. Yargıtay' a göre; bu durum onun ifaya eklenen ceza koşulu niteliğini kazanması için yeterlidir¹⁴⁹.

Yine Yargıtay geç teslimle ilgili verdiği bir kararda; bu sefer bedeli ceza koşulu olarak nitelendirmeyip, götürü tazminat olduğuna karar vermiştir. Şöyle ki; iş sahibinin geç teslim sebebiyle uğradığı zarara ilişkin talebi hakim tarafından ifaya eklenen ceza koşulu şeklinde nitelendirilmiş, ve çekince koymadığı gerekçesiyle davası reddedilmiştir. Yargıtay'ın 15. Hukuk Dairesi'ne göre ise; sözleşmede inşaatın teslim edilememesi halinde gecikilen her ay için kira bedelinin iş sahiplerine verileceğine ilişkin kayıt, ceza koşulu olarak değerlendirilemez. Bu sebeple; iş sahibinin çekince ileri sürmeden kabulü; davasının reddini gerektirmeyecektir¹⁵⁰. Görüldüğü üzere burada baskı unsuru yoktur. Yalnızca tazminatın önceden belirlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla götürü tazminat; mahrum kalınan kira bedeli olacaktır¹⁵¹.

Yargıtay'ın aynı dairesinin başka tarihli bir kararına göre; sözleşmede inşaatın 30 aylık inşaat süresi içerisinde bitirilmemesi halinde, gecikilen her ay için 15.000 TL bedel ödenmesi kararlaştırılmıştır. Yargıtay'a göre söz konusu bedel taraflarca zarardan önce kararlaştırılmış bir götürü tazminat niteliğindedir. Başka bir anlatımla; her ay için maktu olarak belirlenmiş bu bedel, sözleşmedeki vasfı sebebiyle ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmeyip götürü tazminat olarak nitelendirilmiştir¹⁵².

Yargıtay kararlarından hareketle; götürü tazminat ve ceza koşulunu ayırt edebileceğimiz temel noktanın; borçlu tarafta yoğun bir psikolojik baskı yaratmak amacıyla mı sözleşmeye eklendiği yoksa yalnızca zararı tazmin etme amacı mı taşıdığı olacaktır. Eğer; katlanarak artmadan belirlenen bir maktu bedel söz

¹⁴⁹ Şahin, **a.g.e.**, s. 344.

¹⁵⁰ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30.1.2002 tarih ve E. 2001/4547, K. 2002/411 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası (Son Erişim Tarihi: 15.10.2020).

¹⁵¹ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 181.

¹⁵² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 04.10.1998 tarih ve 88 E. 3118 sayılı kararı ilgili bölüm için bkz. Şahin, **a.g.e.**, s. 343.

konusuysa bunun genelde zarar giderimi amacıyla eklenmiş olduğu kabul edilmekte ve götürü tazminat olduğu sonucuna varılmaktadır. Yukarıda önemle belirttiğimiz kararlarda yer aldığı gibi; belli bir günün dolmasıyla miktarın arttığı durumlarda ise, genellikle baskı ve ceza işlevinden dolayı ceza koşulunun var olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla; tarafların gerçek iradelerinin tespitinde bu kriter önem taşıyacaktır¹⁵³.

Yargıtay kararlarınca yapılan bu ayırım dikkate alınarak Türk hukuku için iki kurumun birbirinden ayırt edildiğini söyleyebiliriz. Fakat bazı ülke hukuklarında; bu iki kurum arasında ayırımın net olmadığı söylenebilir. Örneğin; Anglo-Amerikan Hukuk düzeninde, götürü tazminat benimsenmekte, ceza koşulu ise yok sayılmaktadır. Dolayısıyla; bu sistemde zarar oluşmadan, baskı yaratmak amacıyla önceden bir ceza koşulu kararlaştırılması söz konusu dahi olmayacaktır. Bu hukuk sistemi tamamen götürü tazminata yoğunlaşmakta ve bu konuda önemli çalışmalara imza atmaktadır¹⁵⁴.

Anglo-Amerikan hukukunda; ceza koşulu ve götürü tazminat ayırımını belirlemek çok hayati bir hususu teşkil etmektedir. Bunun sebebi ise bedelin ceza koşulu olduğu kabul edilirse geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacak olmasıdır. Bu hukuk sisteminde de tespit yapılırken; belirleyici unsur olarak tarafların kullandığı sözcükler yeterli görülmemektedir. Gerçek iradeleri araştırılmakta; sözleşmenin içeriği incelenmektedir¹⁵⁵.

Kıta Avrupası hukukunda ise; Anglo-Amerikan hukuk sisteminin aksine, ceza koşulu götürü tazminattan çok daha fazla gündeme gelmekte ve inceleme alanı bulmaktadır¹⁵⁶. Hatta 20. Yüzyılın ortalarına kadar; götürü tazminatla ilgili bir tartışmaya yer verilmemiştir. Bu ülke hukukları arasında ilk olarak Almanya'da ceza koşulu ve götürü tazminatın farklarına değinilmiş, iki kurumu birbirinden ayırt edebilmek adına, temel noktalar belirtilmiştir. Hatta bu esaslı noktalar; daha sonra İsviçreli hukukçular tarafından da kabul görmüştür¹⁵⁷.

¹⁵³ Şahin, **a.g.e.**, s. 344.

¹⁵⁴ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁵⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁵⁶ Parlak Börü, **a.g.e.**, s. 196.

¹⁵⁷ Erdem, **a.g.e.**, s. 118.

SONUÇ

İnşaat sözleşmelerinde ceza koşulu ve götürü tazminat kayıtlarının birbirinden net bir şekilde ayrılması ve tarafların da sözleşmenin hazırlık aşamasında bu kavramların nitelendirmesini daha özenle yapması gerekmektedir. Sözleşmelerin hukuki yardım alınmadan dikkatsizce hazırlanması uygulamada problemlere yol açabilmekte, sözleşmelerin yorumlanarak gerçek iradelerin tespit edilmeye süreci özellikle hakimlerin iş yükünü arttırmakta, sürecin ise uzamasına sebep olmaktadır. Ceza koşulunun en önemli özelliği olan baskı unsurunun götürü tazminatta daha çok zararın giderimi şeklinde karşılık bulması taraflara yol gösterici olmalıdır. Götürü tazminatın borçluda ekstra bir baskı yaratmaktan ziyade olası zararın önceden tespit edilerek ispat kolaylığı sağlama amacına sahip olduğu unutulmamalıdır¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 182.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2015.

Ayrancı, Hasan - Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Büyükcay, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Dirican, Gökhan, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İlk Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

Kostakoğlu, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 3. Baskı, İstanbul:Beta Yayıncılık, 2000.

Kurşat, Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi**, İlk Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017.

Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.

Selimoğlu, Yaşar Engin, **Eser Sözleşmesi**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Şahin, Turan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, İlk Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

MAKALELER:

Avcı, Ali, “Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, **TBB Dergisi**, Sayı 119, 2015, s. 367-394.

Avcı, Mehmet Özgür, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Cezai Şart Sorumluluğu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, Sayı 1, 2017, s. 9-19.

Arat, Ayşe - Akçaal, Mehmet, “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, Sayı 2, 2018, s. 367-396.

Apaydın Öcal, Bahar – Akman İnce, Nurten, "Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, Sayı 1, 2019, s. 220 – 261.

Başar, Didem, "İfaya Eklenen Cezai Şart", **Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi**, C. 2, Sayı 4, 2018, s. 49-77.

Bahadır, Engin, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması", **Fiscaoeconomia**, Vol.3(1), 2019, s. 177 – 201.

Börü Parlak, Şafak "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", **TBB Dergisi**, Sayı 129, 2017, s. 195 – 228.

Cansel, Erol - Özel, Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 713 – 733.

Durak, Yasemin, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Özel Sayı, 2015, s. 207 – 252.

Gündüz, Şefika Deren, "Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, Sayı 179-180, 2019, 1489 – 1510.

Kocağa, Köksal, "İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?", **TBB Dergisi**, C. 20, Sayı 74, 2008, s. 149 – 157.

Süral, Ceyda, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", **TBB Dergisi**, Sayı 100, 2012, s. 167 – 216.

Tekelioğlu, Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat", **YBHD**, Yıl 2, Sayı 2017/2, 2017, s. 159 – 186.

Tokat, Hüseyin, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, Sayı 1, 2016, s. 181 – 245.

Yağcıoğlu, Burcu, "Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1207 – 1270.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sayı 2, 1999.

Özyürek, Mehmet, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları", **Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi**, C.2, Sayı 2, 2019, s. 65 – 118.

TEZLER:

Akkaya, Hilal, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019.

Bulut, Efe Murat, TTK M. 22 Kapsamında Tacirler Bakımından Ücret ve Ceza Koşulunun Tenkisi Yasağı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.

Çelen, Salih, Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2020.

Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.

Paket, Sabure, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019.

Pek, Mercan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2020.

Tekdemir, Faruk, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2018.

Yünlü, Semih, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

Duman, İlker Hasan, “İnşaat Teminat İpotegi ve Paraya Çevrilmesi”, 2019, [https://www.ilkerduman.av.tr/plesk-stat/webstat/Mozilla/?d=1370] (Son Erişim Tarihi: 24.11.2020).

Erdem, Mehmet, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf] (Son Erişim Tarihi: 2.1.2021).

Kazancı İhtihat Bankası: [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html].

ÖZGEÇMİŞ

30 Ekim 1996 yılında İstanbul'da doğan Beliz Dinçer; ilk ve orta öğretimini Bodrum Marmara Koleji'nde tamamlamıştır. Daha sonra aynı kurumun lise bölümüne devam etmiş, 2014 yılında buradan derece ile mezun olmuştur. Yine 2014 yılında; Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazanmış, hazırlık dahil olmak üzere beş yıl burada hukuk öğrenimi görmüş ve Haziran 2019'da mezun olmuştur. Beş yıllık lisans sürecinden sonra; 2019 yılında Mef Üniversitesi özel hukuk yüksek lisans programına başlamıştır. Şu an ise; Bodrum Adliyesi'nde Avukatlık stajını yapmaktadır.