

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMELERİNDE CEZA KOŞULU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GAMZE YILMAZ

ANKARA-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMELERİNDE CEZA KOŞULU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GAMZE YILMAZ

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ VEHBİ UMUT ERKAN

ANKARA-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

GAMZE YILMAZ

ESER SÖZLEŞMELERİNDE CEZA KOŞULU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut Erkan

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

İmzası



Tez Savunması Tarihi: 06 Ocak 2020

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

Doktor Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN danışmanlığında hazırladığım “Eser Sözleşmelerinde Ceza Koşulu (Ankara 2020) ” adlı yüksek lisans ☒ - doktora/bütünleşik doktora ☐ tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.


Tarih: 16.01.2020
Gamze YILMAZ

İÇİNDEKİLER

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

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR ve YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

§1. ESER SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	2
I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ.....	2
A. TANIMI	2
B. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	5
A. ESER MEYDANA GETİRME	6
1. Eser Kavramı.....	6
2. Meydana Getirme ve Teslim	8
a. Meydana Getirme	8
b. Teslim.....	9
B. ÜCRET TAAHHÜDÜ.....	10
C. TARAFLARIN ANLAŞMASI.....	11
III. ESER SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL.....	11
IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	15
V. TARAFLARIN BORÇLARI	17
A. GENEL AÇIKLAMA	17
B. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI	17
1. Genel Olarak.....	17
2. Ücret Ödeme Borcu.....	19
C. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	20
1. Genel Olarak.....	20
2. Yüklenicinin Teslim Borcu	21
a. Teslimin Şekli.....	24
aa. Taşınır Eserlerin Teslimi.....	24

bb. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanında Meydana Getirilen Tamirat, Tadilat, Yapım İşlerinin Teslimi	25
cc. Taşınmaz Eserlerin Teslimi.....	26
aaa. İş Sahibinin Maliki Olduğu Arsa Üzerinde Oluşturulan Taşınmazın Teslimi	26
bbb. Yüklenicinin Maliki Olduğu Arsa Üzerinde Oluşturulan Taşınmazın Teslimi	27
dd. Maddi Varlığı Olmayan Fikri Eserlerin Teslimi.....	27
b. Teslim Borcunun İfa Edileceği Tarih	28
c. Teslim Borcunun İfa Yeri	31
§2. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİMİN İFASINDA TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	32
I. BORCUN İFASI VE TEMERRÜT KAVRAMLARI.....	32
A. BORCUN İFASI.....	32
B. TEMERRÜT KAVRAMI.....	34
II. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN KOŞULLARI	35
A. BORCUN MUACCEL OLMASI.....	36
B. EDİMİN İFASININ MÜMKÜN OLMASI	37
C.YÜKLENİCİNİN BORCA AYKIRI ŞEKİLDE TESLİMİ GERÇEKLEŞTİRMEMİŞ OLMASI	38
D. İHTAR YAHUT İHTARIN YERİNİ TUTAN BİR HALİN VARLIĞI	40
1. İhtar	40
2. İhtarın Yerini Tutan Haller	42
a. Belirli Bir Vadenin Söz Konusu Olması	42
b. İhtarın Faydasız Olması.....	42
c. Yüklenicinin İhtarı Kasten Engellemesi	43
d. İfa Zamanının Yalnızca Yüklenici Tarafından Bilinebilecek Olması	43
e. Sözleşme ile İhtar Koşulundan Vazgeçilmiş Olması	43
E. ALACAKLININ İFAYI KABULE HAZIR OLMASI	43
III. YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI	44
A. GENEL OLARAK	44
B.ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANABİLMESİNİN KOŞULLARI.....	45
1. Yükleniciye Ek Süre Tanınması	46

2. Ek Süre Tanınmasına Gerek Bulunmayan Haller	49
a. Borçlunun Davranışından Süre Tayininin Faydasız Kalacağıın Anlaşılması	49
b. Borçlunun Temerrüdü Sonucunda Borcun İfası Alacaklı İçin Yararsız Kalması	50
c. Kesin Vade Söz Konusu İse	51
C. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI	51
1. Genel Olarak.....	51
2. İş Sahibinin Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı Talep Etmesi.....	52
3. İş Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçmesi.....	54
a. Müspet Zarar Talebi	55
b. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zarar Talebi	56

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİ BAĞLAMINDA CEZA KOŞULUNUN İRDELENMESİ

§1. CEZA KOŞULU KAVRAMININ TANIMI, İŞLEVİ, UNSURLARI, TÜRLERİ	58
I. CEZA KOŞULU KAVRAMI VE TANIMI	58
II. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE İŞLEVLERİ	60
III. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	63
A. CEZA GÖRÜŞÜ.....	63
B. TAZMİNAT GÖRÜŞÜ	64
C. SİGORTA GÖRÜŞÜ	65
D. GÖTÜRÜ TAZMİNAT GÖRÜŞÜ	66
E. CEZA-TAZMİNAT KARIŞIMI GÖRÜŞÜ	70
IV. CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ.....	72
A. ASIL BORCUN VARLIĞI	72
B. ASIL BORÇ YANINDA BAĞIMSIZ BİR EDİMİN VARLIĞI.....	74
C. BAĞIMSIZ EDİMİN ASIL BORCA BAĞLI OLMASI (FERİLİĞİ).....	75
D. SAĞLARARASI BİR HUKUKİ İŞLEMLE BELİRLENMESİ.....	76
E. EKONOMİK DEĞER TAŞIMASI.....	77
V. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ.....	77
A. SEÇİMLİK CEZA KOŞULU	78
B. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU	81
C. İFAYI ENGELLEYEN CEZA KOŞULU (DÖNME CEZASI).....	84
VI. CEZA KOŞULU ALACAĞININ TALEP EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI .	86
A. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI	86
1. Genel Olarak.....	86

2. Borçlunun Asıl Borcu İhlali	88
3. Borçlunun Kusurlu Olması	89
B. SEÇİMLİK CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET HÜKÜMLERİ.....	91
1. Alacaklının Seçim Beyanı	91
2. Alacaklının seçim beyanının sonuçları.....	92
a. Alacaklının Asıl Borcun İfasını Talep Etmesi.....	92
b. Alacaklının Ceza Koşulunu Talep Etmesi.....	94
C. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET HÜKÜMLERİ..	94
1. Ceza Koşulunun İfa İle Birlikte Talep Edilmesi	94
2. Açıkça Vazgeçme ve İhtirazı Kayıt	97
§2. CEZA KOŞULUNUN ZARAR VE KUSUR İLE İLİŞKİSİ.....	98
I. CEZA KOŞULUNDA ZARAR ŞARTININ ARANMAMASI.....	98
II. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ	98
A. GENEL OLARAK	98
B. KOŞULLARI.....	99
III. CEZA KOŞULU VE KUSUR İLİŞKİSİ.....	101
§3. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ	102
I. GENEL OLARAK	102
II. CEZANIN İNDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	104
A. BORÇLUNUN TALEBİNİN GEREKMEMESİ	104
B. GEÇERLİ BİR CEZA KOŞULUNUN MEVCUT VE MUACCEL OLMASI	104
C. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASI.....	104
III. TACİRLERİN İNDİRİM TALEP EDEMEMESİ.....	107
A. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ YASAĞININ UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	108
1. Borçlunun Tacir Olması.....	108
2. Borcun Ticari İşletme ile İlgili Olması	109
B. CEZA KOŞULUNDAN İNDİRİM YASAĞININ İSTİSNASI.....	110
SONUÇ	113
KAYNAKÇA.....	114
ÖZET	118
ABSTRACT.....	119

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
DİK.	: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Türk Medeni Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Eser sözleşmeleri ticari hayatın birçok alanında ve günlük yaşantımızda sıklıkla uygulamasını gördüğümüz iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Eser sözleşmeleri ile yüklenici bir eser meydana getirme ve teslim borcunu üstlenmekte olup teslim borcunun zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesi iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesi için oldukça önemlidir. Bu bağlamda eser sözleşmelerinde teslim borcunun zamanında ve sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesini temin etmek için çoğunlukla zamanında ifa etmemeye bağlanan ceza koşulu hükümlerine yer verilmektedir. Sözleşmede öncelikle eserin teslim zamanı kararlaştırılmakta ve eserin zamanında teslim edilmemesi durumu için iş sahibi lehine ceza koşulu hükümleri belirlenmektedir. Bu hükümler iş sahibine büyük kolaylık sağlamaktadır. Zira sözleşmeden elde edeceği menfaat eserin zamanında teslim edilmesine bağlı olan iş sahibi, ceza koşulu kayıtlarıyla yüklenicinin zamanında ifa konusunda motive olmasını sağlamakta aynı zamanda geç teslim halinde uğrayacağı zararların ispatı külfetinden de kurtulmaktadır.

Ceza koşulunun eser sözleşmelerinde teşkil ettiği önem sebebiyle bu kayıtlara uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bu bağlamda mevcut tez kapsamında ceza koşulunun eser sözleşmelerindeki uygulaması ele alınarak ceza koşulu uygulamalarının hukuki niteliği, pratikte sözleşmelere ve taraf menfaatlerine etkisi ile sonuçlarının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda tezin birinci bölümünde 6098 Sayılı TBK'nın Eser Sözleşmesi başlıklı yedinci bölümü altında m. 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin genel özellikleri ve yüklenicinin eser teslim borcunu ifada temerrüde düşmesinin hüküm ve sonuçlarına değinilmiş, ikinci bölümünde ise ceza koşulu ve eser sözleşmelerindeki uygulamaları doktrin görüşleri ve içtihatlar ışığında ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR ve YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

Ş1. ESER SÖZLEŞMESİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TANIMI

Eser Sözleşmeleri 6098 Sayılı TBK'nın Eser Sözleşmesi başlıklı yedinci bölümü altında m. 470 - m. 486 arasında düzenlenmiştir. Eser Sözleşmesi TBK m. 470'de: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır.

818 Sayılı BK m. 355'te ise eser sözleşmesi daha farklı tanımlanmış olup hüküm metni şöyle idi: "*İstisna¹, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*" Ancak bu metin doktrinde eser sözleşmelerinin anlamını ve uygulanmasını doğru yansıtmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Eleştiriler, mutlak maddi ve cismani bir sonucu ifade eden

¹ Eser yerine kullanılan "istisna" kelimesinin orijinali "istisna" kelimesi olup Arapça kökenlidir. (bkz. Karataş, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016, s. 29) İstisna; beceri gerektiren bir şeyi emek harcayarak ortaya çıkarmak anlamındadır. (bkz. Karataş, s. 29) Bugün hem TBK'da hem de öğretilde "eser sözleşmeleri" ifadesi "istisna akdi" yerine kullanılmaktadır. (Zevkliler, Aydın-Gökayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 454, dipnot 1.) Ancak bazı yazarlar eser ifadesinin fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamındaki eserle karışıklığa yol açabileceğini bu sebeple istisna akdi ifadesinin kullanılması gerektiğini savunmuştur. (Altaş, Hüseyin: Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK. Mad.368), Ankara 2002, s. 42; Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, cilt II, Ankara 1987,) Cevdet Yavuz ise TBK öncesi istisna akdi ifadesini benimsediğini ancak TBK'da eser sözleşmesi ifadesi kullanıldığı için kanuni ifadeyi kullanmayı tercih ettiğini belirtmiştir. (Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 985, dn. 6.)

“şey” kelimesi yerine daha geniş kapsamlı ve maddi olmayan sonuçları da kapsayan “eser” kelimesinin kullanılması, yeni bir eser meydana getirmeyi ifade eden “imal” kelimesi yerine, değiştirme, ortadan kaldırma ve onarma gibi edimleri de içine alan “meydana getirme” ifadesinin kullanılması, satış karşılığı ödenen bedeli ifade eden “semen” yerine daha geniş kapsamlı “bedel” ifadesinin kullanılması gerektiği noktalarında toplanmıştır².

Yukarıda yer verildiği üzere TBK ile düzenlenen yeni metnin bu eleştirileri karşıladığı görülmektedir³. TBK madde metninde de belirtildiği üzere eser sözleşmesi yüklenici ve iş sahibi arasında akdedilen iki taraflı bir sözleşme olup yüklenici bir eser meydana getirme, iş sahibi ise bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Yüklenicinin eser meydana getirme borcu teslim borcunu da içermektedir. Teslim borcu her ne kadar TBK m. 470’de açıkça belirtilmemiş olsa da eser sözleşmelerinde işin doğası gereği yüklenicinin yalnızca bir iş görme faaliyetinden değil, bunun sonucundan da sorumlu olması ve TBK m. 473, 474, 478 ve 479’da teslimden bahsediliyor olması neticesinde yüklenicinin eser sözleşmelerinde asli yükümlülüğünün eser meydana getirme ve eseri teslim olduğu kabul edilmektedir⁴.

² Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 315.; Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1423 vd.; Altaş, s.42.

³ Diğer tanımlamalar için bkz. Altaş, s. 43.; Dayınlarlı, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2008, s. 4-5; Zevkliler/Gökyayla, s. 454; Aral, s. 315; Karataş, s.29.

⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 470; Aral, s.316; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Ceza koşulu (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1-2, Ankara (Haziran-Aralık 1999), (s.60-117), s.62.

Bu bağlamda eser sözleşmesi bazı yazarlar⁵ tarafından kanundaki tanımından farklı olarak *“Yüklenicinin iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirerek teslim etmeyi borçlandığı sözleşme”* şeklinde tanımlanmıştır.

Eser sözleşmeleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici işlemlerine de konu olabilmektedir. Ancak bu tez kapsamı daraltabilmek amacı ile tüketici işlemleri dışındaki işlemler odağında hazırlanmış olup tüketicinin korunması hakkında mevzuat hükümlerine ilişkin özel bir değerlendirme yapılmamıştır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmeleri, kanundaki tanımı ve sözleşme taraflarının birbirlerine karşı asli birer edim⁶ yüklenmesi sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tipik bir örneğini oluşturur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin yüklendiği edim diğer tarafın ediminin hem sebebi hem de karşılığıdır. Eser sözleşmelerinde de yüklenicinin bir eseri meydana getirme ve meydana getirdiği eseri teslim etme yükümlülüğü ile iş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü birbirlerinin sebebi ve tam karşılığıdır⁷.

Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olup eserin herhangi bir ücret ödenmeksizin ivazsız olarak meydana getirilmesi halinde burada bir eser sözleşmesinden

⁵ Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 2014, s. 1; Altaş, s. 43.

⁶ *“Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümlülüğüne, “asli edim yükümlülüğü” denir. Başka bir deyişle, asli edim yükümlülüğü sözleşmenin tür ve tipini, özellik ve niteliklerini belirleyen borçlunun yerine getirme zorunda olduğu asıl borçtur.”* Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 31.

⁷ Zevkliler/Gökyayla, s. 470.; Erdoğan, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, S.Ü.H.F.D. 1990/1, s. 135-172.; Eren, s.211.; Aral, s. 316.; Dayınlı, s. 5.; Zevkliler/Gökyayla, s. 470.

bahsedilemeyecektir⁸. Ayrıca, eser sözleşmesi tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurdukları rızaya dayalı bir sözleşmedir⁹.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme gibi zaman alan bir iş görme edimi yerine getirmesi, sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasına işin doğası gereği bir sürecin girmesi bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurup doğurmayacağı tartışmasını beraberinde getirmektedir. Ancak doktrinde hâkim olan görüş eser sözleşmelerinin sürekli borç doğuran sözleşmeler olmadığını, ani edimli sözleşme sınıfına girdiğini kabul etmektedir. Hâkim görüş edimlerin sonucuna odaklanarak eser sözleşmelerinde devamlılık gösteren bir ifanın değil, edim yükümlülüğünü neticelendiren bir ifanın söz konusu olduğunu ayrıca kanunda feshi ihbar yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinin olağan sebeple sona erdirmeye yolu olarak öngörülmediğini bu nedenle ani edimli sözleşme kabul edileceğini savunmaktadır¹⁰.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Yukarıda da ifade edildiği üzere TBK’da eser sözleşmesi “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre eser sözleşmesinin unsurları eser meydana getirme, ücret taahhüdü ve tarafların anlaşmasıdır¹¹.

⁸ Aral, s. 316.; Altaş, s. 43 ; Erdoğan, s. 136.

⁹ Aral, s. 316.; Altaş, s. 46 ; Öztürk, Muammer-Göktürk, Zeki: Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2019, s.3.

¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, s.470-471.; Aral, s.317.; Ozanoğlu, s.61.; Öz, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 141.

¹¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 454; Aral, s.317-324. (Doktrinde bazı yazarlar ise eser sözleşmesinin unsurlarından bahsederken eser, imal, ücret ve anlaşma şeklinde dört başlık altında değerlendirmiştir. bkz: Dayınlarlı, s.6)

A. ESER MEYDANA GETİRME

1. Eser Kavramı

Eser, eser sözleşmeleri ile yüklenicinin meydana getirmeyi taahhüt ettiği sonuçtur. Eser denildiğinde akla daha ziyade maddi varlığı olan imalatlar gelse de eserin kapsamı Yargıtay içtihatları ve doktrinde daha geniş değerlendirilmiş, maddi olmayan ancak maddi bir varlıkta kendini gösteren insan ürünü şeyler de eser kapsamına dâhil edilmiştir¹².

Maddi varlığı olan eserlerde bir kumaşın dikilerek ortaya bir ürün çıkarılması¹³, mobilya imal ve montajı¹⁴, inşaat ve bina yapımı¹⁵, bir tablo yapılması¹⁶, düğün videosunun ve fotoğraflarının çekilmesi¹⁷ en tipik örneklerdir.

Maddi varlığı olmayan eserler ile ilgili olarak ise HGK¹⁸ şöyle bir açıklama ve örneklendirmede bulunmuştur:

“İnsan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir. Bu suretle İsviçre Mahkeme İçtihatları şu hallerde bir istisna akdinin varlığını kabul etmektedirler: Bir gazeteye bir ilan konulması, radyo, televizyon reklamları, ışıklı reklam, bir reklam

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.11.2009 tarih ve 2009/15-459E.-2009/541K. sayılı kararı; Tandoğan, s.3.; Altaş, s. 56

¹³ Yargıtay 15. HD 03.05.2016 tarih ve 2016/402E.-2016/2522K. sayılı kararı

¹⁴ Yargıtay 15. HD 12.02.2016 tarih ve 2016/365E.-2016/926K. sayılı kararı

¹⁵ Yargıtay Hukuk genel Kurulu 24.02.2016 tarih ve 2014/23-724E.-2016/168K. sayılı kararı

¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.11.2009 tarih ve 2009/15-459E.-2009/541K. sayılı kararı

¹⁷ Yargıtay 3. HD 01.10.2014 tarih ve 2014/5462E.- 2014/12813K. sayılı kararı

¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.11.2009 tarih ve 2009/15-459E.-2009/541K. sayılı kararı)

kampanyasının bir müşavir tarafından planlanması, bir mağaza vitrininin düzenlenmesi, bir sanatçının radyoda bir tek konser vermesi, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, kızak yarışı, bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi, şefiyle sözleşme yapılarak tutulan ve akitte kimlikleri belirtilmeyen, diğer çalgıcılarının ücretleri şef tarafından verilen bir dans orkestrasının bir lokalde çalışması, bir yarış atının eğitilmesi, bütün bu hallerde, maddi bir şey imalini veya böyle bir şeyin değiştirilmesini gerektirmeyen, fakat bir insan emeğinin tek bir bütün görüntüsünü taşıyan sonuçları karşısında bulunmaktadır (Turgut Uygur; Borçlar Kanunu, Cilt 6, sayfa 7453, Bası 2003).”

Diğer yanda insan vücudu üzerinde yapılan lazer epilasyon, saç ekimi, kuaförün saç yapması gibi işlemlerle meydana getirilen sonuçlar da eser kabul edilmektedir¹⁹.

Hekimler tarafından yapılan müdahalelerin ise ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Zira hekim ile hasta arasındaki ilişki teşhis ve tedaviye yönelik olup hekim ortaya çıkan sonucu taahhüt edememektedir. Bu nedenle hekim ve hasta arasındaki ilişki kural olarak vekalet sözleşmesine vücut vermektedir; fakat sonucun taahhüt edildiği estetik amaçlı müdahaleler, diş protezi takma ile saç ekimine ilişkin sözleşmeler sonuç odaklı sözleşmeler olarak nitelendirilmekte ve eser sözleşmesi oldukları kabul edilmektedir²⁰.

Yargıtay bir kararında²¹ bu hususu şöyle açıklamaktadır:

“Diş tedavisinde, hastayla doktoru arasındaki hukuki ilişki vekâlet sözleşmesi (BK’nın m. 386 vd.); diş protezinde ise eser sözleşmesi (BK’nın m. 355 vd) dir. Diş

¹⁹ Yargıtay 3. HD 14.10.2015 tarih ve 2014/19682E.-2015/15750K. sayılı kararı, Yargıtay 3. HD 17.02.2014 tarih ve 2013/18568E.-2014/2337K. sayılı kararı Zevkliler/Gökyayla, s.456.

²⁰ Yılmaz, Abdulkadir: Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2019, s. 16.

²¹ Yargıtay 15. HD 03.10.2007 Tarih 2006/4800 E- 2007/5945 K. sayılı Kararı (bkz. Yılmaz, s.16)

tedavisinde, doktorun yükümlülüğü, tıp dünyasında kabul edilen yöntemi uygulayarak, hastasını tedavi etmektir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinde, sonucun taahhüdü yoktur. Başka bir anlatımla tüm tedaviye rağmen hasta iyileşmese dahi, doktor yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücrete hak kazanır. Oysa eser sözleşmesinde, doktor (yüklenici) belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir. Sonuç gerçekleşirse, yani hastanın kullanabileceği amaca uygun bir protez gerçekleşirse yüklenici sayılan doktor, borcunu ifa etmiş sayılır ve ücrete hak kazanır.”

Konusu gayri maddi edimleri oluşturan bazı sözleşmeler eser sözleşmesi niteliği taşımakla birlikte hekim hasta ilişkisinde olduğu gibi sonucu taahhüt edilemeyen edimleri konu alan sözleşmeler eser sözleşmesi olarak kabul edilemez. Bu bağlamda öğrencilere ders verilmesi, denetim işleri gibi işler de vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır²². Netice itibarıyla ana kıstasın yüklenicinin sonucun sorumluluğunu üstlenmesi olduğunu, sonuç sorumluluğunun üstlenildiği sözleşmelerde sonucun maddi olsun veya olmasın eser olarak kabul edileceğini söylemek mümkündür²³.

2. Meydana Getirme ve Teslim

a. Meydana Getirme

Eser sözleşmesinin ana unsurlarından biri yüklenici tarafından bir eser meydana getirilmesidir. Yüklenicinin meydana getirme edimi bir iş görme faaliyeti olup eser sözleşmesine vücut vermektedir. Eser sözleşmelerinde yüklenici, mevcut bir ürünü iş sahibine sunmaktan ziyade meydana getireceği, emek vereceği ve meydana getirme fiili neticesinde ortaya çıkacak sonucu, eseri taahhüt etmektedir.

²² Zevkliler/Gökyayla, s.459.; Olgaç, Senai: Kazai ve İlmi İctihatlara Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977, s. 886; Tandoğan, s. 41.

²³ Dayınlarlı, s. 9.; Altaş, s. 54, Öztürk/Göktürk, s.3.

Meydana getirmenin eski BK’da “imal” kelimesi ile ifade edildiğini ve yalnızca yeni bir ürün ortaya çıkarmak anlamına geldiği için doktrinde eleştirildiğini “Tanım” başlığı altında izah etmiş idik. Gerçekten de TBK ile kanunlaşan “meydana getirme” kavramı eser sözleşmelerinin tanımı ve uygulamasına daha uygun düşmektedir. Zira yüklenicinin meydana getirme edimi yalnızca yeni bir eser ortaya çıkarmayı değil, bir eseri onarmayı, değişiklik yapmayı hatta ortadan kaldırmayı da içine almaktadır²⁴.

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA konu ile ilgili olarak “*Meydana getirmenin temel özelliği borcun ifasının maddede şekil değişikliği biçiminde ortaya çıkmasıdır. Gayri maddi eserler bakımından genellikle fiziken mevcut bulunmayan bir şeyin dış aleme yansıtılması söz konusudur.*²⁵” açıklamasına yer vermiştir.

Yeni bir eser meydana getirmeye örnek olarak, yol yapımı, bina inşası, ısıtma tesisatı yapımı, duvar yapımı, elbise dikimi verilebilir²⁶.

Mevcut eser üzerindeki meydana getirmeye ise otomobil tamiri, çatı izolasyonu, dış cephenin yenilenmesi, bakım onarım faaliyetleri, vinç kurulması, bir duvarın yıkılması örnek olarak gösterilebilir²⁷.

b. Teslim

TBK’da eser sözleşmesinin ana unsuru olarak meydana getirme edimi düzenlenmekte ancak yüklenicinin teslim borcu açıkça yer almamaktadır. Hâlbuki eserin meydana getirilmesi ile yüklenici borçtan kurtulmamakta ancak eserin iş sahibine teslimi ile ifa yükümlülüğü tamamlanmaktadır. Zira iş sahibinin ifadaki menfaati ancak meydana

²⁴ Zevkliler/Gökyayla, s.460.

²⁵ Zevkliler/Gökyayla, s.459.; Dayınlarlı, s.9-10.

²⁶ Aral, s. 321.; Kurt, Leyla Müjde: (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s.36.

²⁷ Aral, s. 322.

getirilen eserin zamanında ve eksiksiz olarak kendisine teslim edilmesi ile karşılanır²⁸. Ayrıca eser sözleşmelerinde yüklenici edim sonucundan sorumlu olduğundan bu sorumluluğun doğal sonucu olarak da meydana getirdiği eseri teslim borcu altındadır²⁹. Kaldı ki; TBK m. 470’de teslimden bahsedilmemiş olsa bile diğer birçok maddede teslimden bahsedilmiştir. Bu nedenle doktrinde yalnızca meydana getirme değil teslim de eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir³⁰.

B. ÜCRET TAAHHÜDÜ

Eser sözleşmelerinde iş sahibi meydana getirilen eser karşılığında bir ücret ödeme taahhüdü altına girmektedir. Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olduğundan ücret taahhüdü eser sözleşmesine vücut veren esaslı unsurlardandır³¹.

Kanunda ücret ifadesi geçmekte ise de sözleşmede ücretin belirli olması zorunlu değildir³². Yalnızca iş sahibinin eser karşılığı bir ücret ödeyeceğinin belirtilmesi yeterli görülmüştür. Bedelin kararlaştırılmadığı durumlar TBK m. 481’de düzenlenmiş olup “*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*” hükmüne yer verilmiştir. Burada hâkime işin ve yüklenicinin yaptığı masrafların durumuna göre bir bedel belirleme yetkisi tanınmıştır.

Ücretsiz olarak eser meydana getirilmesi konusunda bir anlaşma söz konusu ise burada eser sözleşmesinden söz edilemez³³. Bazı yazarlar bu durumda vekâlet

²⁸ Ozanoğlu, s. 62.; Dayınlarlı, s. 4-5.; Altaş, s.80.

²⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 461.; Ozanoğlu, s.61; Kurt, s.67

³⁰ Gümüş, s. 1; Altaş, s. 43.; Ozanoğlu, s. 62.

³¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 462.; Altaş, s. 43; Öztürk/Göktürk, s.2.;Aral, s.322.

³² Aral, s. 322.; Kurt, s. 44.;

³³ Aral, s.322.; Erdoğan, s.136.

sözleşmesinin söz konusu olacağını kabul etmekte bazı yazarlar ise isimsiz karma bir sözleşmenin ortaya çıkacağını savunmaktadır³⁴.

C. TARAFLARIN ANLAŞMASI

Eser sözleşmesinin hukuki niteliğini izah ederken de belirttiğimiz üzere eser sözleşmeleri tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan rızai sözleşmelerdir³⁵. Dolayısıyla tarafların birbirine uygun irade beyanları ile iş sahibinin bedel ödemesine karşılık yüklenicinin bir eser meydana getirmesi hususunda anlaşması eser sözleşmesinin kurulması için yeterlidir³⁶. Kural olarak eser sözleşmesinin kurulabilmesi için belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır³⁷. Taraflar karşılıklı ve birbirine uygun rızalarını açık veya zımni şekilde beyan ettikleri takdirde sözleşme kurulmuş olur.

III. ESER SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL

Borçlar hukukunda sözleşmelerde şekil serbestisi ilke olarak kabul edilmiştir. Nitekim TBK'nın "Sözleşmelerin Şekli" başlıklı 12. maddesinde de: "Sözleşmenin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir." hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda eser sözleşmeleri de esasen herhangi bir şekil şartına tabii kılınmamıştır. Ancak bazen tarafların, kamunun, üçüncü kişilerin menfaatini korumak ve hukuki güvenliği sağlamak amacı ile sözleşmelere şekil zorunluluğu

³⁴ "Bir eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi halinde, eser sözleşmesi söz konusu olmaz. Bu takdirde vekalet sözleşmesinin söz konusu olacağı ileri sürülmekte ise de, burada eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) sözleşme bulunduğunu kabul etmek gerekir." Aral, s. 32.; "Sorun olayın somut özelliklerine göre çözümlenmeli, şüphe halinde BK 386/II'ye rağmen isimsiz (karma) sözleşme fikri benimsenmelidir." Uygur, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, 1. Cilt, Ankara 1997 s.258.

³⁵ Aral, s. 323; Uygur, s. 258

³⁶ Uygur, s. 258.; Zevkliler/Gökyayla, s. 464.

³⁷ Dayınlarlı, s. 21-22.; Öztürk/Göktürk, s.2.; Aral s.323. Dayınlarlı, s. 22;Eren, s.282.

getirilebilmektedir³⁸. Şekil zorunluluğu ise ancak kanunla yahut tarafların anlaşması ile belirlenebilir³⁹. Örf adet hukuku, hâkimin hukuk yaratması yahut kanunla açıkça yetki verilmediği sürece yönetmelik veya tüzükle şekil şartı getirilmesi mümkün değildir⁴⁰.

Eser sözleşmeleri bakımından da kanunda şekil şartının belirlendiği istisnalar mevcuttur. Şöyle ki; DİK m. 53'te bu kanuna tabi kurum ve kuruluşların tüm ihaleleri ile ilgili olarak *“Bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşme, idare adına ita amiri tarafından imzalanır.”* hükmü yer almaktadır. Yine aynı kanunun 57. maddesinde: *“Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır. Satışlara ilişkin ihalelerde müşterinin aynı süre içinde ihale bedelini ve müşteriye ait bulunan vergi, resim ve harçları yatırmayı, diğer giderleri ödemesi gerekir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve varsa geçici teminat gelir kaydedilir.”* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm DİK'e tabi yapım işleri için bir geçerlilik şekil şartı⁴¹ olarak kabul

³⁸ Karataş, s. 37. ; Aral, s.323

³⁹ Eren, s.283;Öztürk/Göktürk, s.9-11.

⁴⁰ Eren, s. 283.

⁴¹ Şekil Şartı doktrinde “geçerlilik şekil şartı” ve “ispat şekil şartı” olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Geçerlilik Şekli kanunla öngörülen bu şarta uyulmadığı takdirde sözleşmenin geçersiz olduğu şekil şartıdır. İspat şeklinde ise bu şarta uyulmasa dahi sözleşme geçerli olup sözleşmenin varlığı inkar edilmediği sürece sorun yoktur; fakat sözleşmenin varlığının inkar edilmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinde belirlenen sınırı aşması halinde sözleşmenin senetle ispatı zorunlu olmaktadır. Bkz. Karataş, s. 37-39; Uygur s.258-260.; Eren, s. 283-287.

edilmiştir. Sözleşme imzalarının noter tarafından tasdik edilmesi yeterli olup düzenleme şeklinde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴².

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ise çift tipli karma nitelikli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir⁴³. Bu sözleşmeler eser sözleşmeleri ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin birleşiminden oluşmaktadır⁴⁴. Bu bağlamda gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri için öngörülen şekil şartı bu sözleşmeler için de uygulanmaktadır. Gayrimenkul satış ve satış vaadi sözleşmeleri *“Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.”* hükmünü öngören MK’nın 706/1. maddesi, *“Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satış vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz. Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.”* hükmünü öngören TBK’nın 237. maddesi, *“Noterlerin görevleri: 1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, 2. Kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak, 3. gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak...”* hükmünü öngören Noterlik Kanunu m. 60. ve diğer ilgili kanun hükümleri uyarınca resmi senetle yapılmak zorundadır⁴⁵. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Şekil şartına uyulmayarak taraflar arasında adi

⁴² Uygur, s. 259-260; Aral, s. 323.; Kurt, s. 44

⁴³ Sütçü, Nezih: Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Ankara 2014, s.65; Kostakoğlu, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 61-62

⁴⁴ Sütçü, s.65.; Öz, İnşaat, s. 6.

⁴⁵ Sütçü, s. 65.; Öz, İnşaat, s.6.

yazılı şekilde yapılmış daha sonra imzaları noterce tasdik edilmiş sözleşmeler geçersizdir⁴⁶.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında da tüm işlerin sözleşmeye bağlanması, yüklenicinin ortak girişim olması halinde ise sözleşmelerin tüm ortaklarca imzalanması geçerlilik şekil şartı olarak öngörülmüştür⁴⁷.

Her ne kadar kanunla belirlenmiş geçerlilik şartları mevcut olsa da Yargıtay uygulamasında MK'nın 2. maddesinde yer alan "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" hükmü dikkate alınarak şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği haller korunmamıştır⁴⁸.

⁴⁶ Yargıtay 15. HD'nin 14.05.1990 tarih 989/4811-990/2181 Sayılı kararı (Kostakoğlu, s. 61-62.)

⁴⁷ 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesinde: "*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylaltırılması zorunlu değildir.*" hükmü yer almaktadır.; Karaca, Mehmet: Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara, 2009, s. 43.;

⁴⁸ Uygur, s. 258.; Öz, İnşaat, s. 7.; Yargıtay 15.HD 6.4.1977 tarih 1977/511 Esas ve 1977/821 K. sayılı kararında; "*Davacı yüklenici tarafından inşaatın ikmal edilip davalılara sözleşme uyarınca verilmesi gereken dairelerin teslim edilmiş bulunduğu, mahkemece de karar yerinde kabul edilmiş bulunmasına ve böylece sözleşmesi hükümlerinin ifa edilmiş bulunmasına rağmen sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinden söz edilmesi M.K.'nın 2. maddesi uyarınca afaki iyi niyet kurallarına da aykırı düşeceğini kabul etmek gerekir.*" şeklinde hüküm tesis etmiştir. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 05.04.2018); Yargıtay 13. HD'nin 02.12.1991 Tarih 1991/7217 Esas ve 1991/10901 K. sayılı kararı şekil eksikliği ileri sürmenin hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceğini şöyle açıklamıştır: "*Şekil noksanı nedeniyle bir sözleşme henüz ifa edilmemiş olsa dahi butlan iddiası aşağıda belirtilen hal ve şartlar altında bir hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Bir kimsenin a)şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğu, b) sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşıyorsa, c) yine taahhütlerini ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz*

IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Eser sözleşmesinin tarafları iş görme ve eseri teslim edimini üstlenen yüklenici ile bedel ödeme taahhüdü altına giren iş sahibidir. Eser sözleşmesine taraf olmanın hak ehliyetine sahip olmak dışında özel bir şartı bulunmamaktadır⁴⁹. Bu sebeple sözleşmenin tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri de olabilir.

Yüklenici sözleşmenin eseri meydana getirme ve teslim yükümlülüğünü üstlenen tarafıdır. Yukarıda belirtildiği üzere yüklenici gerçek kişi yahut tüzel kişi olabildiği gibi bu kişilerin bir araya gelerek oluşturacağı iş ortaklığı da olabilir⁵⁰.

Gerçek kişi yüklenicilere kendilerinden talep edilen eseri bizzat meydana getiren terzi, boya ustası, ressam, şarkıcı, sıvacı, tamirci gibi örnekler verilebilir. TTK'ya göre kurulmuş ticaret şirketleri de özellikle kamu tüzel kişileri tarafından açılan ihalelere

ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, artık sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır” şeklindedir. (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 10.04.2018); Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı kararında da ifade edildiği üzere: “*Medeni Kanunun 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı; hâkime özel ve istisnai hallerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânını sağlamaktır. MK'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasıyla, suiistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni himayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanunun 4. maddesi hükmüyle de hakim, adaletle uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatlerin doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır. Açıklanan nedenlerle, içtihadı birleştirmenin konusu uyumsuzluklarda ve onunla sınırlı olmak üzere, olayın özelliğine göre hâkimin Medeni Kanunun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği sonucuna varılmıştır”* (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 10.04.2018).

⁴⁹ Zevkililer/Gökyayla, s. 468.; Öztürk/Göktürk, s.18;

⁵⁰ Dayınlarlı, s.23.; Kurt, s.38; Tandoğan, s.96.

katılarak, yol, inşaat gibi yapım işlerinde yüklenici olmaktadır⁵¹. Aynı şekilde iki ticaret şirketi arasında da eser sözleşmesi akdedilerek biri yüklenici biri iş sahibi olabilmektedir.

Daha büyük hacimli işlerde ise bir eserin meydana getirilmesi için yüklenicilerin bir araya gelerek oluşturdukları iş ortaklıkları (ortak girişim, konsorsiyum) sözleşmeye taraf olabilmektedir⁵². Büyük hacimli inşaat işlerinde bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır.

Bazen bir yüklenici tüm işi üstlenebilirken, bazı işlerde iş sahibi farklı yükleniciler ile ayrı sözleşmeler yapmak suretiyle eserin her bir kısmını farklı yüklenicilere yaptırabilir⁵³. Yahut ana sözleşmesi ve işin niteliği izin verdiği ölçüde ana yüklenici kendisine verilen işin bir kısmını taşere etmek suretiyle alt yüklenicilere yaptırabilir⁵⁴. Savunma sanayii şirketlerinde bu duruma sıklıkla rastlanmakta Savunma Sanayii Başkanlığı'nın iş sahibi, savunma sanayi şirketlerinin ise ana yüklenici olduğu yapım işlerinde hem piyasaya girmeye çalışan küçük çaplı firmaların desteklenmesi hem de ana yüklenici şirketlerin ana faaliyet alanına girmeyen konularda diğer firmaların teknik donanım ve insan gücünden faydalanmak amacı ile alt müteahhitlik sözleşmeleri imzalanabilmektedir. Bu hususta verilebilecek bir diğer örnekte ise tüm know-how ve patenti yabancı firmalara ait olan bazı araçların simülatörlerinin yapılması işinde, yeni sürümlerin temin edilmesi ve teknik destek sağlanması gibi amaçlarla alt yüklenicilik sözleşmeleri yapılabilmektedir.

⁵¹ Dayınlarlı, s. 24.; Öztürk/Göktürk, s.19; Kurt, s.38.

⁵² Dayınlarlı, s.24.; Kurt, s.38; Tandoğan, s.96.; Öztürk/Göktürk, s.19.

⁵³ Zevkliler/Gökyayla, s. 468.; Kurt, s. 40.

⁵⁴ Dayınlarlı, s.27.; Öztürk/Göktürk, s.128-129.

V. TARAFLARIN BORÇLARI

A. GENEL AÇIKLAMA

Taraflar bir borcun gereği gibi yerine getirilmemesi ya da hiç ifa edilmemesi yahut belirtilen yer ve zamanda ifa edilmemesi gibi durumlar için taraflardan biri ya da her iki taraf için ceza koşulu ödenmesini kararlaştırabilirler. Bu nedenle eser sözleşmelerinde ceza koşulunun incelemesine geçilmeden önce tarafların ceza koşuluna konu olabilecek yükümlülüklerinden bahsetmek gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle iş sahibinin daha sonra yüklenicinin yükümlülüklerinden bahsedilecektir. Her ne kadar tüm yükümlülükler bakımından herhangi bir aykırılık hali için tarafların belirleyeceği koşullarda ceza koşulu hükmü tesis edilmesi mümkün olsa da uygulamada daha ziyade yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi hali için belirlenen ceza koşulu hükümlerine rastlanmaktadır. Bu sebeple yüklenicinin teslim borcuna ve teslim borcunda temerrüde düşmesi hususuna daha geniş yer verilecek, uygulamada karşılaşılan sorunlar ile Yargıtay içtihatları da detaylı şekilde incelenecektir.

B. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

1. Genel Olarak

Eser Sözleşmelerinde iş sahibinin borçları TBK 479 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup açıkça düzenlenen tek yükümlülük 479. maddede yer alan ücret ödeme yükümlülüğüdür⁵⁵. Bu kapsamda TBK m. 470'teki tanımda yer aldığı üzere yüklenicinin eser meydana getirme borcu karşısında iş sahibi ücret ödeme borcu altına girmektedir. Kanunla hüküm altına alınmış bu borç iş sahibinin asli borcu olmakla birlikte iş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan başka borçları da bulunmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 555.; Aral, s. 368.

⁵⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 555.; Aral, s. 368; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.07.1992 tarih 15.309 E. 452K. Sayılı kararı (bkz: Uygur, s.688.): “İş sahibinin başlıca borcu ücret borcudur. Ayrıca

İş sahibi malzemenin kendisi tarafından sağlanacağı kararlaştırılmış ise bunları uygun şekilde ve zamanında sağlamak, inşaat işlerinde arsa kendisine ait ise ayıplarından arındırmak ve eserin meydana getirilmesine engel olmayacak şekilde teslim etmek, eserin yapımını etkileyecek herhangi bir durumu yükleniciye haber vererek yüklenici ile işbirliği yapmak bunların yanı sıra yüklenici ve yardımcılarının hayat ve sağlığı ile malzemelerinin ve teknik ekipmanlarının korunması için yükleniciye yardımcı olmak gibi yerine getirmek zorunda olduğu yan edimleri bulunmaktadır⁵⁷. Yargıtay bir kararında⁵⁸ eser sahibinin yer teslimi hususundaki yükümlülüğünü irdelenmiştir. TURGUT ÖZ ise iş sahibinin ücret ödeme dışında sözleşmede ayrıca kararlaştırılmadıkça inşaat hazırlıklarında ve inşaat yapımında herhangi bir hususta yükleniciye yardımcı olma gibi bir borcunun bulunmadığını ifade etmiştir. Aynı şekilde iş sahibinin inşaatı (eseri) kabul etme borcunun da bulunmadığını inşaatı (eseri) yaptırma ve teslim almanın TBK’da borç değil hak olarak düzenlendiğini bu sebeple inşaatın yapılmasına engel olan yahut teslim almaktan kaçınan iş sahibinin borçlu değil alacaklı temerrüdüne düştüğünü ifade

kararlaştırılmış ise malzeme borcu vardır. Bunlara ek olarak genelde dürüstlük kuralı sonucu malzeme tesliminde arsa dahil iş sahibi tarafından bilinen ve ancak göze çarpmayacak derecede olan tehlikeli ya da işi etkileyecek vasıflardan müteahhidin haberdar edilmesi gerekir. Eser Sözleşmelerinde müteahhit iş sahibine bağımlı değildir. İşin yapılması esasları hakkında tam bir karar serbestisine sahiptir. İş sahibinin müteahhit üzerinde işverenin işçi üzerinde olduğu gibi egemenliğinden söz edilemez. Bu kabulün doğal sonucu olarak da ekonomik risk müteahhide aittir. Öte yandan arsanın kusurlu olması ya da eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibinin uyarılması görevi BK’nın 357/son maddesi hükmünce müteahhide aittir.”

⁵⁷ Dayınlarlı, s. 160.; Zevkliler/Gökyayla, s. 555; Aral, s. 368.

⁵⁸ Yargıtay 15. HD’nin 22.04.2008 tarih ve 2007/3118E. 2008/2682K. Sayılı kararı: “İnşaat başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince inşaat elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. Davacı arsa sahibi arsayı inşaat elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK m.90 (TBK m.106) uyarınca temerrüde düşmüştür ve bu suretle, ruhsat alınıp inşaat başlanamamasında arsa sahibi kusurludur.” (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 15.04.2018)

etmiştir⁵⁹. Esasen iş sahibinin yukarıda belirtilen edimleri yerine getirmemesi halinde alacaklı temerrüdüne düştüğü hususunda şüphe bulunmamakla birlikte, iş sahibinin bu edimleri yerine getirmediğinde yüklenicinin de edimini ifa etmekten kaçınabiliyor olması iş sahibinin ücret ödeme dışında da yan yükümlülükleri olduğunu göstermektedir.

2. Ücret Ödeme Borcu

TBK m. 479’da: *“İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.”* hükmü yer almaktadır. İş sahibinin ücret ödeme borcunun muaccel olabilmesi eş deyişle yüklenicinin ücrete hak kazanabilmesi için eseri sözleşmeye uygun şekilde tamamlaması, işin teknik gerekliliklerini sağlaması ve iş sahibinin eserden beklentilerine uygun şekilde meydana getirerek iş sahibine teslim etmesi zorunludur⁶⁰. Eseri sözleşmeye uygun şekilde ifa etmemiş olan yükleniciye karşı iş sahibi ödemezlik defii ileri sürebilecektir⁶¹. Zira TBK 97’de: *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”* hükmü yer almaktadır. İş sahibinin ileri sürebileceği ödemezlik definin kaynağı bu hükümdür. Eserin usulüne ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanarak iş sahibine teslim edildiğini ispat külfeti ise yüklenicinin üzerindedir⁶².

⁵⁹ Öz, İnşaat, s. 112.

⁶⁰ Yargıtay 15. HD’nin 14.12.2007 tarih, 2007/4735E.-2007/8114K. Sayılı Kararı (bkz: Karataş, s. 235-236.)

⁶¹ Dayınlarlı, s. 161; Yargıtay 15. HD’nin 14.12.2007 tarih ve 2007/4735e.-2007/8114k. Sayılı kararı (bkz.: Karataş, s.236); Yargıtay 15. HD’nin 19.02.008 tarih ve 2007/1655e.-2008/975k. Sayılı kararı (bkz.: Karataş, s.236)

⁶² Karataş, s. 235.; Öztürk/Göktürk, s.261;

Eser sözleşmesinde ücretin taksitler halinde ödenmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda iş sahibinin taksitleri ödememesi durumunda yüklenici yine TBK 97'ye dayanarak işe devamdan ve diğer teslimlerden kaçınabilecektir⁶³.

İş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesinin diğer bir sonucu ise TBK m. 117 ve m. 126 arasında düzenlenmiş olan borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanacak olmasıdır⁶⁴. Bu durumda yüklenici TBK 125'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilir. Bunun sonucu olarak bedelin temerrüt faiziyle birlikte ödenmesini yahut iş sahibine bedeli ödemesi için uygun bir süre⁶⁵ tanıyarak bu süre sonunda bedelin ödenmemesi halinde aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararının tazminini talep edebilecek ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir⁶⁶.

C. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1. Genel Olarak

TBK m. 470 hükmünden yüklenicinin asli borcunun eser meydana getirme borcu olduğunu anlamak mümkündür. Esasen yüklenicinin diğer borçları eseri meydana getirme borcunun kapsam ve sonuçlarını oluşturmaktadır. Eser meydana getirme borcunun kapsamına giren diğer borçlar⁶⁷ TBK 471 ve devamında düzenlenmiş olup “Yüklenicinin Borçları” eser sözleşmesinin hükümlerinin yer aldığı bölümde ana başlık olarak yer almıştır. Buna göre; yüklenici işini iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek⁶⁸; meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi

⁶³ Yavuz, s. 1052; Öz, İnşaat, s. 92.; Kurt, s.153-155.

⁶⁴ Yavuz, s. 1052; Öz, s. 84 vd.; Aral, s. 376.

⁶⁵ Öz'e göre bu süre 3 (üç) günden fazla olmamalıdır. Bkz: Öz, İnşaat, s. 94.

⁶⁶ Yavuz, s. 1052.; Öz, İnşaat, s. 93 vd.; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3, İstanbul, 2017, s. 502-505.

⁶⁷ Dayınlarh, s. 33 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 476 vd.; Aral, s. 325 vd.

⁶⁸ TBK m. 471.

yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak⁶⁹, aksine âdet veya anlaşma olmadıkça eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak, malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa onları gereken özeni göstererek kullanmak ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle⁷⁰, işe zamanında başlamak ve yürütmekle⁷¹ sorumludur. Ayrıca Yüklenici malzemelerin ve işçiliğin ayıplı olmasından sorumlu olup bu sorumluluk TBK m. 472'in yanı sıra TBK m. 474 ve devamında ayıba karşı tekeffül hükümleri ile düzenlenmiştir⁷².

Yüklenicinin teslim borcu ise her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da eser meydana getirme edimi ve bu edim sonucu ortaya çıkan eseri taahhüt etmesinin doğal bir sonucu olan diğer asli yükümlülüğüdür⁷³. Yüklenicinin eseri teslim borcundan TBK m. 473/1, 474/1, 475, 478 ve 479/1'te söz edilmiş olup doktrinde kanun koyucunun yüklenicinin teslim yükümlülüğünü zımni olarak kabul ettiği ifade edilmektedir⁷⁴.

İşbu çalışmanın kapsamını aşmamak amacı ile yüklenicinin eser meydana getirme ve diğer yan borçları ayrı başlıklar altında incelenmeyecek, teslim borcu ise ceza koşulu konusu bakımından ciddi önem taşıdığı için ayrı bir başlık altında detaylı olarak incelenecek daha sonra temerrüt konusuna geçiş yapılacaktır.

2. Yüklenicinin Teslim Borcu

Yukarıda da ifade edildiği üzere teslim borcu eser meydana getirme borcu gibi yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden biridir. Eser sözleşmelerinde yüklenici

⁶⁹ TBK m. 471/3 2.cümle: “Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”

⁷⁰ TBK m. 472/2.

⁷¹ TBK m. 473.

⁷² Dayınlarlı, s. 34.

⁷³ Dayınlarlı, s. 33; Altaş, s.43; Kurt, s.67; Aral, s. 316.

⁷⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 477.; Altaş, s. 43.; Tandoğan, s.124.

meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmek taahhüdü altına girmektedir. Teslim, yüklenicinin tamamladığı eseri iş sahibinin emrine sunmasını ve eser üzerindeki tasarruf yetkisini iş sahibine geçirmesini ifade etmektedir⁷⁵. Teslim tanımından da anlaşılacağı üzere yüklenicinin eseri tam ve eksiksiz olarak bitirmiş olması teslim için ön şarttır. Eserin teslime elverişli olabilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olması, eserin tamamlandığının kabulü için de yüklenicinin üzerine aldığı tüm işleri bitirmiş olması gerekmektedir⁷⁶. Yargıtay eserin tamamlanmış olmasını “*objektif ölçüler içinde, amaca uygun olarak kullanılabilir olması*” şeklinde ifade etmiştir⁷⁷. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere eserin bitmiş sayılmasına engel olmayacak nitelikteki önemsiz ve tali eksikliklerin iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması kabul edilmekte ve bu tarz eksikliklerin bulunması halinde de eser tamamlanmış ve teslime uygun sayılmaktadır⁷⁸. Böyle bir durumda iş sahibi eksik işlerin bedelini tazminat olarak talep edebilecektir⁷⁹.

Eserin tamamlanmış olması herhangi bir ayıbının bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle eser ayıplı olsa bile bu durum teslime engel teşkil

⁷⁵ Doktrindeki tanımlar için bkz. Ozanoğlu, s. 62; Zevkliler/Gökyayla, s. 477; Aral, s.345; Tandoğan, s. 125.; Dayınlı, s. 49.; Karataş, s. 139-140.; Kostakoğlu, s. 575.

⁷⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 478.; Aral, s.345.; Dayınlı, s.49-50.; Ozanoğlu, s. 63.

⁷⁷ Yargıtay 15. HD’nin 09.04.1987 tarih, 2168/1543 Sayılı kararı (bkz.: Zevkliler/Gökyayla, s. 478.)

⁷⁸ Ozanoğlu, s.63 (Dn. 74); Zevkliler/Gökyayla, s. 480.

⁷⁹ “Eksik İşler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek bulunmamaktadır. İş sahibi yapılan iş kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Aksi halde iş sahibi kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılır. Eserdeki açık ayıpların bedeli de az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. Ayıp ihbarı herhangi bir şekle bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir.” Yargıtay 15. HD 7.12.2011 tarih ve 2011/752E.-2011/7242K. Sayılı kararı (bkz.: Yavuz, s. 1022)

etmeyecektir⁸⁰. Diğer yanda eser tamamlanmamış olsa bile iş sahibi eseri kabul ettiği takdirde teslim gerçekleşmiş sayılacaktır⁸¹.

Yüklenicinin eseri teslim borcu karşısında iş sahibinin eseri teslim alma borcu yer almaktadır⁸². Teslim alma açık veya örtülü olarak yapılabilir⁸³. Teslim alma teslim etmenin tam olarak karşılığı olup bir eserin teslim edilmiş olması iş sahibi tarafından da o eserin aynı anda teslim alınmış olması sonucunu doğurur. İş sahibinin teslim alma için teslimden sonra ayrıca bir faaliyete girişmesine, teslim almaya ilişkin özel bir irade ortaya koymasına yahut böyle bir iradeye sahip olmasına gerek bulunmamaktadır⁸⁴. Tam da bu sebeple teslim alma ve kabul birbirinden ayrı kavramlardır. Zira teslim almanın aksine kabulde iş sahibi işin sözleşmeye uygun yapıldığına, bundan sonra bir ayıp iddiasında bulunmayacağına dair bir irade ortaya koymaktadır⁸⁵. Kabul TBK m. 477’de düzenlenmiş olup açık veya örtülü bir irade beyanı şeklinde gerçekleşebilir⁸⁶. Görüldüğü üzere bir eserin iş sahibi tarafından teslim alınmış, onun fiili egemenliğine geçirilmiş olması mutlaka bu eseri kabul ettiği anlamına gelmeyecektir⁸⁷. Eserin kabulü yükleniciyi sorumluluktan kurtarıken, teslim almada henüz sorumluluğu devam etmektedir⁸⁸.

Bu bağlamda teslimin unsurları; eserin zilyetliğinin iş sahibine devredilmesi, yüklenicinin eseri iş sahibinin hâkimiyetine geçirme, teslim borcunu ifa iradesi ile hareket

⁸⁰ Aral, s. 345.

⁸¹ Aral, s.345; Zevkliler/Gökyayla, s.478.

⁸² Aral, s. 345; “*Alman Hukukunda teslim alma § 640 BGB hükmü gereğince asli borç olarak kabul edilmektedir.*” bkz. Zevkliler/Gökyayla, s.479.;

⁸³ Zevkliler/Gökyayla, s. 479.

⁸⁴ Ozanoğlu, s. 64 (Dn. 82); Aral, s. 345.

⁸⁵ Uygur, s. 653; Ozanoğlu, s. 64 (Dn. 83).; Aral, s. 345; Kurt, s.69.

⁸⁶ Kurt, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 479.

⁸⁷ Aral, s. 345; Uygur, s.653.

⁸⁸ Karataş, s. 143.; Tandoğan, s. 126.

etmesi, iş sahibinin de ifa iradesini anlayabilmesi şeklinde sayılmıştır⁸⁹. Eş deyişle yüklenicinin ifa iradesi olmaksızın kazara eseri iş sahibinin hâkimiyetine geçirmiş olması hukuken teslim sayılmayacaktır⁹⁰. Aynı şekilde iş sahibinin de teslimden haberdar olmadığı, teslimin yapıldığını anlamasının mümkün olmadığı durumlarda da teslimden bahsedilemeyecektir⁹¹.

Eser sözleşmelerinde teslim doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından ciddi önem arz etmektedir. Zira teslimin gerçekleşmesi ile birlikte TBK m. 479'a göre ücret alacağı muaccel olmakta, TBK m. 478'e göre ayıp sorumluluğundan doğan zamanaşımı ve bunun yanında muayene ve ihbar süreleri işlemeye başlamakta, yarar ve hasar iş sahibine intikal etmektedir⁹².

a. Teslimin Şekli

Teslimin şekli eserin niteliğine, sözleşmenin içeriğine ve kapsamına göre farklılık gösterecektir⁹³. Teslimin ne şekilde gerçekleşeceği eserlerin niteliğine göre ayrıma tabi tutularak anlatılacaktır.

aa. Taşınır Eserlerin Teslimi

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirmeyi üstlendiği eser taşınır bir mal olabilir. Bu gibi eserler söz konusu olduğunda yüklenici teslimi, eseri iş sahibinin hâkimiyet alanına madden geçirmek ve onu zilyet kılmak suretiyle ifa eder. Örneğin kendi malzemesi ile müşterisine elbise diken terzi bu elbiseyi maddi teslim suretiyle iş sahibine

⁸⁹ Şahin, Turan: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012, s. 48; Öz, İnşaat, s. 129; Kurt, s. 82.

⁹⁰ Kurt, s. 82; Şahin, s. 48.

⁹¹ Şahin, s. 48.; Tandoğan, s. 125; Kurt, s. 82.

⁹² Karataş, s. 144; Zevkliler/Gökyayla, s. 478.; Aral, s. 346.

⁹³ Ozanoğlu, s. 63.; Aral, s. 345.

elbisenin malik sıfatıyla zilyetliğini devrederek teslim borcunu ifa eder⁹⁴. Bu şekilde taşınırın mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi ve bunun için de zilyetliğinin tamamen iş sahibine devredilmesi, doğrudan doğruya zilyet kılınması gerekmektedir⁹⁵. Bu sebeple taşınır bir eserin yapımını konu alan eser sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunun yanında mülkiyeti sağlama borcunun da mevcut olduğu kabul edilmektedir⁹⁶. Ancak bu görüş malzemelerin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlar için geçerli değildir. Zira bu durumda yüklenici esere hiçbir zaman malik olmadığından mülkiyetini devredebilmesi de mümkün değildir⁹⁷. Burada ancak iş sahibinin zilyet kılınmasından söz edilebilecektir⁹⁸.

bb. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanında Meydana Getirilen Tamirat, Tadilat, Yapım İşlerinin Teslimi

İş sahibinin hâkimiyet alanında (konut, işyeri vs. gibi mülkler örnek olarak gösterilebilir.) yapılan tadilat, tamirat ve yapım işlerinin madden teslimi teknik olarak mümkün olmadığından bu tarz eserlerin teslimi yüklenicinin iş sahibine açık veya örtülü olarak eseri tamamladığını bildirmesi yolu ile ifa edilir⁹⁹. Bu tarz eserlerin bir diğer teslim şekli de iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumların ortadan kaldırılmasıdır¹⁰⁰. İş sahibine ait taşınmazın bozuk olan elektrik tesisatının tamir edilmesi, boyanan odanın

⁹⁴ Aral, s. 345; Ozanoğlu, s. 63 (Dn. 75). Gümü, s. 33.

⁹⁵ Kurt, s.80; Uçar, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C.5, S. 1-4 (2001), s. 513-555, s.535; Turanboy, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, S. 1-4, 1989-1990, (s.151-189) s.154.

⁹⁶ Yavuz, s. 1020.; Dirican, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 11.

⁹⁷ Kurt, s. 80; Tandoğan, s. 124 vd.; Aral, s. 346

⁹⁸ Kurt, s. 80; Öz, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 80.

⁹⁹ Kurt, s. 81; Ozanoğlu, s. 64; Dayınlarlı, s. 50; Turanboy, s. 154.

¹⁰⁰ Şahin, s. 64 vd.; Dirican, s. 10.

terk edilmesi, eserin meydana getirilmesi sırasında kullanılan araç, gereç, teçhizatın sökülmesi zilyetliği rahatsız edici durumların ortadan kaldırılmasına örnektir¹⁰¹.

İş sahibinin hâkimiyet alanı dışında yükleniciye verilerek tamir edilmesi istenen bir taşınır söz konusu ise yine yüklenici tarafından iş sahibine taşınırın madden teslimi ve böylece zilyetliğin devredilmesi söz konusu olacaktır¹⁰².

cc. Taşınmaz Eserlerin Teslimi

aaa. İş Sahibinin Maliki Olduğu Arsa Üzerinde Oluşturulan Taşınmazın

Teslimi

Taşınmaz eserlerde teslim taşınırlardan farklı olarak gerçekleşir. İş sahibinin maliki olduğu arsa üzerinde yapılan inşaat yahut iş sahibine ait konutta yapılan inşaat/yapım faaliyetinin teslimi eserin tamamlandığının açık veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yolu ile gerçekleşir¹⁰³. Eserin tamamlandığının zımni olarak bildirilmesi yüklenicinin iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edecek durumları ortadan kaldırmak ve eseri iş sahibinin kullanımına bırakmak suretiyle arsayı terk etmesi yoluyla olur¹⁰⁴. Burada teslimin ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için aranacak koşul iş sahibinin eserin tamamlandığını anlayabilecek durumda olmasıdır¹⁰⁵. Aksi durumda yüklenicinin bildirim yapması zorunludur¹⁰⁶.

Diğer yanda yüklenicinin eseri tamamladığına dair açık bildirimi de iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumlar ortadan kaldırılmadığı sürece teslimin ifa edilmiş

¹⁰¹ Şahin, s. 65; Altaş, s.83; Zevkliler/Gökyayla, s. 482.

¹⁰² Kurt, s. 81.; Ozanoğlu, s. 68; Tandoğan, s. 128.

¹⁰³ Ozanoğlu, s. 64; Kurt, s. 81; Dayınlarlı, s. 50; Turanboy, s. 154.

¹⁰⁴ Kurt, s. 82.; Dirican, s. 11.

¹⁰⁵ Şahin, s. 68; Kurt, s. 82.

¹⁰⁶ Şahin, s. 67-68.

sayılması için yeterli değildir¹⁰⁷. Zira inşaat tamamlanmış olsa bile yüklenici arsa üzerindeki araçlarını, yığdığı malzemeyi ortadan kaldırmadığı, kendisinde bulunan ve taşınmaza girişi sağlayan anahtarları iş sahibine teslim etmediği sürece iş sahibinin eser üzerinde tam hâkimiyet kurabildiğinden bahsedilemez bu sebeple teslim de gerçekleşmemiş olur¹⁰⁸.

Buna karşın iş sahibi tamamlanmamış olan taşınmaza yerleşir kullanmaya başlarsa bu durumda iş sahibinin eseri kabul ettiği ve teslimin gerçekleştiği karine olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. ÖZ'e göre iş sahibi zorunluluk halinde ve mecbur kalması sebebiyle taşınmaza taşındıysa ve kullanmaya başladıysa burada iş sahibinin kabulünden bahsedilemez¹¹⁰.

bbb. Yüklenicinin Maliki Olduğu Arsa Üzerinde Oluşturulan Taşınmazın Teslimi

Eğer taşınmaz yüklenicinin maliki olduğu arsa üzerinde meydana getirilmiş ise burada eser sözleşmesi ve taşınmaz satım sözleşmesinin karması olan kombine sözleşmelerden bahsedilir ve yüklenicinin arsa payını yahut arsayı tapuda iş sahibine devretmesi gerekir¹¹¹. Bu durumda inşaatın tamamlanması ve mülkiyetin tapuda devri birlikte gerçekleşmedikçe yüklenici teslim borcunu ifa etmiş sayılmaz¹¹².

dd. Maddi Varlığı Olmayan Fikri Eserlerin Teslimi

Fikri eserlerin maddi bir varlığı olmamakla birlikte taşıyıcı bir nesne ile dış dünyaya yansıtılabilir. Örneğin mimari projeler, bilgisayar yazılımları, mütalaalar,

¹⁰⁷ Ozanoğlu, s. 64; Tandoğan, s. 126; Öz, Dönme, s. 169; Öz, İnşaat, s. 147.

¹⁰⁸ Kurt, s.82; Öz, İnşaat, s. 146.

¹⁰⁹ Kurt, s. 83; Şahin, s. 69.; Öz, Dönme, s. 169

¹¹⁰ Öz, İnşaat, s. 147.

¹¹¹ Öz, İnşaat, s. 145; Kurt, s. 83.

¹¹² Öz, İnşaat, s. 145.; Altaş, s. 86.

besteler fikri eserler olup bu fikri içerikler bir cd'ye kaydedilebilir yahut kâğıtlara aktarılabilir¹¹³. Bu şekilde fikri eserlerin aktarıldığı nesnelere eser taşıyıcı denmektedir¹¹⁴. Fikri eserlerin eser taşıyıcıya aktarılabilirdiği durumlarda bu taşıyıcının iş sahibine madden verilmesi ile teslim borcu ifa edilmiş olacaktır¹¹⁵.

Eğer bu eserlerin bir taşıyıcıya aktarılması mümkün değil ise yahut bu tarz maddi teslim imkân vermiyorsa fikri eser meydana getirildiği ve tamamlandığı anda yüklenici teslim borcunu ifa etmiş olur¹¹⁶. Bir tiyatro oyunu sergilenmesi, konferans verilmesi, konser verilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷.

b. Teslim Borcunun İfa Edileceği Tarih

Genel hükümlerde ifa zamanı TBK m. 90'da düzenlenmiş olup bu hükme göre ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmamış ya da hukuki ilişkinin niteliği bağlamında özel bir durum yok ise borç doğduğu anda muaccel olacaktır. Maddeden anlaşıldığı üzere taraflarca borcun ifa zamanı kararlaştırılmış olabilir yahut taraflar arasında bu hususta bir anlaşma olmasa bile halin icabı dolayısıyla belirli bir süre beklenmesi gerekebilir¹¹⁸. Eser sözleşmelerinde de genellikle taraflarca eserin ne zaman tamam olması ve teslim edilmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmakta, belirli bir vade öngörülmektedir. Taraflar bu süreyi ya belirli bir takvim gününü açıkça belirterek bugünde (02.11.2019 gibi) eserin teslim edileceğini yahut iş görme ediminin alacağı zamanı göz önünde bulundurmak suretiyle belirli bir süre belirleyerek en geç bu sürenin dolması sonunda (işe başlama tarihinden

¹¹³ Zevkliler/Gökyayla, s. 481, Kurt, s. 84; Şahin, s. 71

¹¹⁴ Kurt, s. 84; Tandoğan, s. 125.

¹¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 481-482; Kurt, s. 84.

¹¹⁶ Şahin, s. 71; Kurt, burada bir teslimin değil iş görme sonucunun elde edilmesinin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. (Bkz.: Kurt, s. 84.)

¹¹⁷ Kurt, s. 84.

¹¹⁸ Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015, s. 236.

itibaren en geç 30. ay sonunda gibi) eserin tamamlanmış olması gerektiğini öngörebilirler¹¹⁹. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya sebep olmayacak biçimde bir takvim günü olarak yahut başlangıç ve tamamlanma tarihi belirli bir süre olarak, objektif biçimde hesaplanabilir bir şekilde tespit edilmiş ise burada TBK 117/2¹²⁰ bağlamında sürenin birlikte belirlenmiş olduğu kabul edilir¹²¹. Bu durumda taraflarca kararlaştırılan takvim gününde veya sözleşmenin kurulmasından yahut işe başlanmasından (ya da başka bir olayın meydana gelmesi ruhsat alınması, yer teslimi vs.'ye bağlanan tarihler de söz konusu olabilir.) başlayarak kararlaştırılan süre sonunda teslim borcu muaccel hale gelir ve ihtara gerek olmaksızın yüklenici temerrüdü gerçekleşir¹²².

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme gibi zaman alan bir iş görme edimi yerine getirdiğini sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasına işin doğası gereği bir sürecin girdiğini daha önce belirtmiş idik. Bu sebeple eserin teslimi ve yüklenicinin edimini yerine getirebilmesi için öncesinde belirli bir zaman dilimi içerisinde eseri meydana getirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla burada teslim borcunun sözleşme anında muaccel olduğundan söz edilemez¹²³. Yükleniciye işin mahiyetine göre uygun bir süre tanınması eser sözleşmesi açısından bir gerekliliktir. Örneğin inşaat

¹¹⁹ Ozanoğlu, s. 65.

¹²⁰ TBK m. 117/2: “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”

¹²¹ Şahin, s. 74-75; Ozanoğlu, s. 65

¹²² Gümüş, s. 36.; Kurt, s. 90.

¹²³ Kurt, s. 93.; Şahin, s. 75.

sözleşmelerinde süre belirlenirken inşaatın hacmi, işçi sayısı, tatiller, hava muhalefeti, yüklenicinin işletme kapasitesi dikkate alınmalıdır¹²⁴.

Taraflar arasından ifa zamanı konusunda herhangi bir anlaşma olmadığı durumlarda işin niteliğine, teknik gerekliliklere ve tarafların farazi iradelerine göre eserin meydana getirilmesi için ne kadar süre gerektiği deneyimli uzmanlarca tespit edilmeli ve teslim borcunun muaccel olduğu an buna göre belirlenmelidir¹²⁵.

Tarafların sözleşmede muacceliyet anını kararlaştırmadıkları durumlarda objektif koşullara göre belirlenen “*olağan tamamlama süresi*”¹²⁶, iş sahibine isnat edilebilecek olan durumlardan, iş sahibinin riziko alanında gerçekleşen olaylardan yahut iki tarafın da riziko alanı dışında gerçekleşen beklenmedik olaylardan kaynaklı gecikmelerden etkilenir. Bu gecikme süreleri (yüklenicinin bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda

¹²⁴ Ozanoğlu, s. 65; Seliçi, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 66., Kurt, s. 94.

¹²⁵ Yavuz, s. 1022-1023; Ozanoğlu, s. 66; Şahin, s. 74-75; Gümüş, s. 35. Yargıtay 15. HD 13.06.2008 tarih ve 2007/4786E.-2008/3962K. sayılı Kararı’nda bu sürenin ne şekilde belirlenmesi gerektiğini şöyle ifade etmektedir: “Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmaması yükleniciye eseri belirsiz bir sürede teslim hakkı tanımaz. Bu gibi durumlarda sürenin işin hacmine, emsal işlerdeki teslim süresine göre bilirkişi tarafından saptanması gerekir. Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması halinde iş sahibinin işin mahiyetine nazaran basiretli bir yüklenici o işi üstlense idi eseri meydana getirmek için objektif olarak ne kadar zamana ihtiyaç duyarsa bu süreyi beklemesi, eserin teslimini bu tarihin gelmesi ile istemesi gerekir. Somut olayda mahkemece yapılacak inceleme ve araştırma sonucu inşaat ruhsat alınarak başlandığı ve ruhsata aykırılık bulunmadığı saptanır ise, işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini belirlemek için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakılması işin teslimi için beklenmesi gereken objektif sürenin işin hacmine mahiyetine emsal işlerdeki teslim süresine göre mahallinde yapılacak keşif sonucu bilirkişilerden alınacak raporla belirlenmesi gerekir. İşin mahiyetine göre teslim için beklenmesi gereken objektif süre dolmuş olmasına rağmen yüklenici eseri meydana çıkarmamış ya da bu sürede imal edip tamamlamamışsa yüklenici temerrüdünün gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 03.06.2019)

¹²⁶ Gümüş, s. 35; Kurt, s.93; Öz, İnşaat, s.127.

gecikme yaşanabileceği ihtimalini derhal iş sahibine haber vermiş olması kaydıyla¹²⁷) olağan tamamlanma süresine eklenecektir¹²⁸. Ancak bu gecikme süreleri yüklenici tarafından olumsuz sonuçların giderilmesi için harcanan süre değil, olumsuzlukların giderilmesi için gerekli olan makul süredir¹²⁹. Buna karşın yüklenicinin riziko alanında gerçekleşen veya yükleniciye isnat edilebilecek gecikmeler olağan tamamlanma süresine eklenmeyecektir¹³⁰.

c. Teslim Borcunun İfa Yeri

Eser sözleşmelerinde ifa yeri ile ilgili özel bir hüküm bulunmamakla birlikte burada genel hükmü düzenleyen TBK m. 89¹³¹ uygulanacaktır. Buna göre teslim borcunun ifa edileceği yer tarafların açık veya örtülü irade beyanları ile belirlenebilir. Eğer taraflar teslim yerini belirlememişlerse ve taşınır bir eser söz konusu ise burada iş sahibi tarafından aranılacak bir borcun varlığı kabul edilmektedir¹³². Ancak TANDOĞAN, YAVUZ ve OZANOĞLU bu hususta kısmen farklı bir görüşü benimseyerek taşınır eserleri ayırma tabi tutmuşlardır. Bu yazarlar malzemesini iş

¹²⁷ TBK m. 472/3: “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”

¹²⁸ Gümüş, s. 35.; Kurt, s. 103; Ozanoğlu, s. 70; Kostakoğlu, s. 330.

¹²⁹ Gümüş, s. 35.; Kurt, 108-109.

¹³⁰ Gümüş, s. 36.; Altaş, s. 152; Kurt, 109.

¹³¹ TBK m. 89: “Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,

2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,

3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.”

¹³² Aral, s. 345; Kurt, s. 80; Zevkliler/Gökyayla, s. 484.

sahibinin sağladığı veya tamir edilmesi, işlenmesi için bıraktığı durumlarda eserin iş sahibi tarafından aranacağını, yüklenicinin kendi malzemesiyle imal ettiği eserleri iş sahibine götürmesi yahut masrafları kendisine ait olmak üzere göndermesi gerektiğini ifade etmişlerdir¹³³.

Eser sözleşmesinin konusunu taşınmaz bir eserin oluşturduğu durumlarda ise eseri teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir¹³⁴. Aynı şekilde taşınmazın bütünleyici parçası yahut eklentisini oluşturan eserler de taşınmazın bulunduğu yerde teslim edilmelidir¹³⁵.

Yüklenici eseri, teslim etmesi gereken yerden başka bir yerde teslim ederse iş sahibi bu eseri kabul etmeyebilir¹³⁶. Ancak iş sahibinin eseri kabul etmemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyor ise iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir¹³⁷.

§2. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİMİN İFASINDA TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. BORCUN İFASI VE TEMERRÜT KAVRAMLARI

A. BORCUN İFASI

TBK’da borçların ifası m. 83- m. 112 arasında bir bölüm olarak yer almıştır. Bu hükümlerde ifanın tanımına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde yapılan tanımlar bir araya getirildiğinde, ifa; borçlu tarafından yüklenilen edimin doğru yer ve zamanda, borç ilişkisinin gerektirdiği şekilde yerine getirilerek, alacaklının borç ilişkisinden beklediği

¹³³ Yavuz, s. 1022, Tandoğan, s. 128, Ozanoğlu, s. 68.

¹³⁴ Ozanoğlu, s. 68; Öztürk/Göktürk, s.137; Altaş, s. 84-86.

¹³⁵ Yavuz, s. 1022.; Öztürk/Göktürk, s.138.

¹³⁶ Öztürk/Göktürk, s.139; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2017, s. 260

¹³⁷ Oğuzman/Öz, s. 260.; Altaş, s.87.

menfaatin sağlanması böylece borcun sona erdirilmesi şeklinde tanımlanabilir¹³⁸. TBK’da bazı hükümlerde ifa yerine “ödeme” ifadesi de yer almış olup bu kelime yalnızca para borçlarını ifade ettiği için doktrinde eleştirilmiştir¹³⁹.

Her borç ilişkisinin amacı o ilişkiye konu borcun ifa edilmesidir. Bu sebeple ifa ile borç ilişkisi amacına ulaşır, alacaklı alması gerekeni alır ve borç sona erer¹⁴⁰. Eğer borç ilişkisi birden fazla borç doğuruyor ise yalnızca ifa edilen borç sona erer tüm borçlar sona ermez¹⁴¹. Ayrıca ifa ile borç ilişkisinin değil yalnızca ifa edilen borcun sona erdiğinin altını çizmek gerekmektedir.

Borcun ifa edilmiş sayılabilmesi için gerektiği gibi ifa edilmiş olması gerekmektedir¹⁴². Borcun gerektiği gibi ifa edilmesi için de ifa tarz ve unsurlarına, tarafların iradesine, yer ve zamanına, miktar ve niteliğe uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁴³. Eser sözleşmelerinde ifa, yüklenicinin taahhüt ettiği eseri sözleşmeye uygun şekilde meydana getirdikten sonra iş sahibine doğru yer ve zamanda, iş sahibinin menfaatinin tatmin edecek şekilde teslim etmesi ile gerçekleşir¹⁴⁴. Yukarıda da izah edildiği üzere iş sahibinin eser üzerinde tam hâkimiyet kuramadığı, yüklenicinin iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumları ortadan kaldırmadığı yahut iş sahibinin teslimden haberdar olmadığı durumlarda yüklenici borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır.

¹³⁸ Oğuzman/Öz, s. 251; Şahin, s.135; Eren, s.928; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017, s. 677; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku genel Hükümler, İstanbul 2008, s.254; Kayıhan, Şaban: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 213.; Antalya, s. 2.

¹³⁹ Kılıçoğlu, s. 677; Eren, s. 929.

¹⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 251 (dn. 3) . Antalya, s.3.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, s. 678; Antalya, s. 7.

¹⁴² Eren, s. 928; Antalya, s. 3; Şahin, s. 136;

¹⁴³ Eren, s. 928; Şahin, s. 136.

¹⁴⁴ Şahin, s. 136.; Öztürk/Göktürk, s.137.

B. TEMERRÜT KAVRAMI

Borçlunun temerrüdünün genel hükümleri TBK m. 117-m. 126 arasında yer almış olup temerrüdün şartları, hüküm ve sonuçları bu maddelerde düzenlenmiş ancak temerrüdün tanımına yer verilmemiştir. Temerrüt; muaccel hale gelmiş bir borcun, yerine getirilme olanağı bulunmasına rağmen borçlu tarafından zamanında ifa edilmemesi sonucu borçlunun içine düştüğü sorumluluk halidir¹⁴⁵. Yargıtay'ın tanımına göre¹⁴⁶ : *“Temerrüt, alacaklı tarafından talep edilebilir hale gelmiş borcun ifasındaki gecikmedir.”*

Temerrüt durumunda borcun ifası mümkün olmasına rağmen borçlu borca aykırı şekilde ifada gecikmiştir¹⁴⁷. Ancak ifada gecikme her zaman temerrüde vücut vermez. Zira bazı durumlarda ifa zamanı geçtikten sonra artık ifada imkansızlık söz konusudur¹⁴⁸. Belirli bir günde gerçekleşmesi gereken bir toplantıda konferans verilmesi, konser verilmesi gibi borçlar bu duruma örnek teşkil eder.

Bu bağlamda eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü; teslim borcu muaccel ve ifası mümkün olmasına rağmen, yüklenici tarafından bu borcun zamanında ifa edilmemesi sonucu iş sahibinin kanuna uygun ihtar yahut belirli olan teslim vadesinin gelmesi yahut ihtar gerektirmeyen bir hale yüklenicinin sebebiyet vermesi sonucu yüklenicinin düştüğü durum olarak tanımlanabilir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 458 ; *“Borçlu temerrüdü borçlunun ifada nitelikli bir gecikmesidir.”*; Kılıçoğlu, s. 861; *“Borcun gereği gibi ifa edilmemesinde borç yerine getirilmektedir; ancak ifa sözleşmeye uygun değildir. Borçlunun temerrüdünde ise borçlu borcu hiç ifa etmemektedir.”*; ŞAHİN, s. 137; Dayınlarlı, s. 60; Eren, s. 1113; Kizir, Mahmut: Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012, s. 26.

¹⁴⁶ Yargıtay 15. HD 03.06.2013 tarih ve 2012/5740E. - 2013/3550K. Sayılı kararı.

¹⁴⁷ Eren, s. 1113.; Antalya, s. 411; Kurt, s.120.

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 458; Kurt, s. 120.

¹⁴⁹ Kurt, s. 87; Dayınlarlı, s. 61

Yukarıda da belirtildiği gibi temerrüdün gerçekleşmesi için bazı şartların tamam olması zorunlu olup bu şartlar aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

II. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN KOŞULLARI

TBK'nın eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerinde temerrüde ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117 vd. eser sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüdüne de uygulanacaktır. TBK'nın borçlu temerrüdünün koşullarını düzenleyen m. 117: *“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”* hükmünü haizdir.

Buna göre yüklenicinin teslim borcunda temerrüdünün ilk şartı teslim borcunun muaccel olmasıdır. Diğer şartlar ise teslim borcunun ifasının mümkün olması, borç muaccel olmasına rağmen yüklenicinin borca aykırı şekilde teslimi gerçekleştirmemiş olması, iş sahibinin ihtarı yahut ihtarı gerektirmeyen bir halin mevcut olmasıdır¹⁵⁰. Yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir¹⁵¹.

¹⁵⁰ Ozanoğlu, s. 69; Kılıçoğlu, s. 861 vd; Eren, s. 1115 vd.; Kurt, s. 88; Oğuzman/Öz, s. 459 (ayrıca Oğuzman/Öz Alacaklının ifaya hazır olmasını da ayrı bir koşul olarak ele almıştır.)

¹⁵¹ Eren, s. 1113; Ozanoğlu, s. 69; Antalya, s. 432.

A. BORCUN MUACCEL OLMASI

Eser sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüdünün ilk şartı borcun muaccel hale gelmiş olmasıdır. Muacceliyet ise borcun ifa zamanının geldiğini ve artık iş sahibi tarafından talep ve dava edilebileceğini ifade eder¹⁵².

Teslim borcunun ifa zamanı ile ilgili açıklamalara yukarıda ifa zamanı başlığı altında yer verilmiştir. Teslim borcunun ifa zamanı eser sözleşmelerinde genellikle taraflarca belirlenmektedir. Tarafların belirlemediği durumda ise eser sözleşmesinin niteliğine, konusuna, durumun teknik, fiziki gereklerine göre objektif bir tamamlama ve teslim süresi uzman kişilerce belirlenecek, teslim borcunun muacceliyet anı buna göre tespit edilecektir. TBK m. 90'da borcun muacceliyet anı doğduğu an olarak hüküm altına alınmış olsa da eser sözleşmeleri bakımından bu duruma çok nadir rastlanmaktadır. Zira eser sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi için belirli bir süre gerektiğinden yükleniciye sözleşmenin kurulmasından sonra öncelikle eser meydana getirme edimini gerçekleştirmesi için bir süre tanınması gerekmektedir. Bu sürenin sonunda da teslim borcu muaccel olmaktadır. Görüldüğü üzere muacceliyet şartı ifa zamanı ile bire bir ilgilidir.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel hale geldiği anda artık iş sahibi eserin teslim edilmesini talep edebilir¹⁵³. TBK m. 473'de ise özel bir hüküm düzenlenmiş olup teslim zamanı gelmeden yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği durumda iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır¹⁵⁴.

¹⁵² Eren, s.1116; Oğuzman/Öz, s. 459.

¹⁵³ Kurt, s.90; Öztürk/Göktürk, s.333.

¹⁵⁴ Dayımlarlı, s. 62: *“Bu durumda iş sahibi yükleniciyi muacceliyet tarihinden önce temerrüde düşürebilir. Burada kanun hükmünde boşluk mevcut olup iş sahibinin TBK'nın 117. maddesi (eski BK 101) gereğince yükleniciye ihtarda bulunması gereklidir.”*

Teslim borcunun muaccel hale gelmesi için iş sahibinin önceden bazı hazırlık çalışmalarını tamamlaması gerekiyorsa, iş sahibi bunları yerine getirmediği sürece borç muaccel hale gelmiş olmayacaktır¹⁵⁵.

Yüklenicinin teslim borcu muaccel olmasına rağmen yüklenicinin borca aykırı davranışından söz edilemeyecek olan haklı bir gecikme söz konusu ise eş deyişle yüklenicinin geciktirici def'i ileri sürmesi, gecikmenin iş sahibine isnat edilebilen nedenlerden kaynaklanması veya iş sahibinin temerrüdü gibi durumlar mevcut ise sözleşmede tersine bir hüküm yok ise teslim süresi haklı gecikme süresi kadar uzatılmış sayılacaktır¹⁵⁶.

B. EDİMİN İFASININ MÜMKÜN OLMASI

Yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için teslim borcunun ifa edilebilir olması zorunludur. İfade objektif ve sürekli imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda temerrütten bahsedilemez¹⁵⁷. Ancak sübjektif ve geçici imkânsızlık hallerinde temerrüt söz konusu olacaktır¹⁵⁸.

TBK m. 27/1'e göre sözleşmenin kurulması sırasında yüklenicinin ediminin ifası objektif ve sürekli olarak imkansız ise sözleşme hükümsüzdür ve başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁵⁹. TBK m. 136/1'e¹⁶⁰ göre ise sözleşme kurulduktan sonra yükleniciye isnat edilemeyecek haller sebebiyle ifa imkansız hale gelmiş ise

¹⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 861.; Aral, s.347.

¹⁵⁶ Aral, s. 347; Ozanoğlu s. 70.

¹⁵⁷ Eren, s. 1115; Bazı yazarlar tüm imkânsızlık halleri için temerrüdün söz konusu olamayacağını kabul etmişlerdir. bkz. Oğuzman/Öz, s. 468; Dayınlı, s. 62

¹⁵⁸ Eren, s. 1115; Kurt, s. 123.

¹⁵⁹ Hatemi/Gökyayla, s. 321; Eren, s. 997, Oğuzman/Öz, s. 411.

¹⁶⁰ "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer."

yüklenici borçtan kurtulur¹⁶¹. Bu duruma bir ressamın elinin sözleşme sonrası felç olması, futbolcuyu canlandıracak olan aktörün çekimlerden önce ayağını kırması örnek olarak gösterilebilir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı olan bu tarz edimlerde edimin ifasının imkânsız hale gelmesi halinde objektif imkânsızlığın mevcut olduğu kabul edilmektedir¹⁶². Zira sözleşme konusu eser ancak sözleşmeye taraf olan ressam tarafından yapılabilecek yahut sözleşmeye taraf olan oyuncu söz konusu oyunu oynayabilecektir.

Yüklenicinin ifa imkânsızlığında kusuru var iş sahibi aynen ifa yerine ifa imkânsızlığından doğan zararının tazminini talep edebilecektir¹⁶³.

Eserin meydana getirilmesi veya teslimi yüklenici bakımından imkânsız olmakla birlikte bir başka kimse için mümkün ise burada subjektif imkânsızlık mevcuttur¹⁶⁴. İmkânsızlığın geçici olduğu durumlarda da temerrüt hükümleri uygulanacaktır¹⁶⁵. Kısmi imkânsızlık söz konusu olduğunda ise yüklenicinin edim borcunun ortadan kalkması yalnızca imkânsız hale gelen kısım açısından söz konusu olacaktır¹⁶⁶.

C. YÜKLENİCİNİN BORCA AYKIRI ŞEKİLDE TESLİMİ GERÇEKLEŞTİRMEMİŞ OLMASI

Teslim borcunun ne şekilde ifa edilmesi gerektiği, ifa edilmiş sayılması için nelerin gerekli olduğu yukarıda detaylı şekilde izah edilmiştir. Temerrüdün tanımından

¹⁶¹ Hatemi/Gökyayla, s. 321.; Kurt, s. 123;

¹⁶² Antalya, s. 197, Eren, s.1326.

¹⁶³ Kurt, s. 121; Oğuzman/Öz yüklenici kusurlu da olsa imkânsızlık halinde borcun sona ereceğini bunun bir sonucu olarak da bu borca ait teminatların da devam etmeyeceğini kabul etmektedir. Kusur halinde yüklenicinin tazminat ödeyecek olmasının borcun sona ermesine engel teşkil etmediğini izah etmektedir: bkz. s. 450.

¹⁶⁴ Kurt, s. 123.; Antalya, s. 197; Yargıtay 14. HD'nin 15.02.2012 tarih ve 2012/2016E.-2012/2058K. sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 12.06.2019)

¹⁶⁵ Eren, s. 1327.; Kurt, s.126.

¹⁶⁶ Kurt, s. 122.

da anlaşılacağı üzere temerrütten söz edilebilmesi için borcun ifa edilmemiş olması ana kıstastır. Yüklenici eseri borç ilişkisinin gereklerine göre tam olarak meydana getirmiş ve teslim borcunu zamanında iş sahibinin menfaatine uygun şekilde ifa etmiş ise burada temerrütten söz edilemeyecektir.

Yüklenici borcu muaccel olmasına ve ifa mümkün olmasına rağmen taşınır eseri madden iş sahibine vermemiş, zilyetliğini geçirmemiş ise, madden teslimi mümkün olmayan eserler bakımından gerekli açık veya örtülü bildirimi yapmamış ise, bildirim yapmasına rağmen iş sahibinin zilyetliğini rahatsız edici durumları ortadan kaldırmamış ise, kendisine ait arsa üzerinde meydana getirdiği bir inşaatın söz konusu olduğu durumlarda arsayı usulüne uygun olarak iş sahibine devretmemiş ise teslim gerçekleşmemiş demektir.

Ayrıca teslimdeki gecikmenin sübjektif olmayan değerlendirmeye göre borca aykırı bir gecikme olması gerekmektedir. Nitekim borca aykırılığın söz konusu olmadığı durumlarda temerrütten söz edilemeyecektir. Gecikmenin iş sahibine isnat edilebildiği durumlarda (arsayı gerekli şekilde teslim etmeme, hukuki bir işlem yapma yükümlülüğünü yerine getirmeme, teslim almaktan kaçınma gibi) yüklenici temerrüdü değil haklı gecikme söz konusu olacaktır. Bazen gecikme hem iş sahibine hem de yükleniciye isnat edilebilir. Bu durumda da her iki taraf gecikmeye sebebiyet verdikleri oranda gecikmenin sonuçlarına katlanacaktır¹⁶⁷. Yine TBK m. 97 bağlamında iş sahibinin ifa yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda yüklenicinin karşı edimin ifa edilmediği gerekçesi ile teslimde haklı gecikmesi söz konusu olabilir ve burada yüklenici temerrüdü söz konusu olmaz. Yüklenicinin zamanaşımı def'i ileri sürmesi durumu ise ÖZ¹⁶⁸

¹⁶⁷ Öz, İnşaat, s. 150

¹⁶⁸ Öz, İnşaat, s. 149

tarafından temerrüde engel bir hal olarak kabul edilmişken EREN¹⁶⁹ bu definin temerrüde engel olmadığını yalnızca temerrüdün olumsuz sonuçlarını bertaraf ettiğini belirtmiştir.

D. İHTAR YAHUT İHTARIN YERİNİ TUTAN BİR HALİN VARLIĞI

1. İhtar

TBK m. 117’de yer alan tanıma göre yüklenici teslim borcunu yerine getirmediği takdirde iş sahibinin ihtarı ile temerrüde düşecektir. Ancak taraflarca teslim günü belirlenmiş ise ihtar gerekliliği olmadan bu gün geldiğinde yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır. Ayrıca ihtar çekilmesine gerek bulunmamaktadır. Aynı şekilde sözleşmede saklı tutulmuş bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimle teslimin ifa edileceği günü belirlemiş ise yine ihtar gerekliliği bulunmayıp belirlenen günde yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır¹⁷⁰.

İhtarın hukuki niteliğine değinecek olursak öncelikle tek taraflı varması gereken bir irade beyanı olduğundan söz etmek gerekir. Bu kapsamda ihtar alacaklının ifayı talep iradesi bulunmalı, ifayı kabule hazır olduğunu bildirmeli, borcu açıkça ifade etmeli, aksi halde akde aykırılığın söz konusu olacağını ifade etmelidir¹⁷¹. İhtar önemli olan iş sahibinin ifayı talep etme niyetini açıkça ortaya koymasındır yükleniciyi temerrüde düşürme niyetinden açıkça bahsedilmesi yahut dava yoluna başvurulacağı gibi ifadelerin bulunması zorunlu değildir¹⁷². Aynı şekilde ceza koşulunun işlemeye başladığı ve sözleşmede belirlenen ceza koşulundan sorumlu olacağının ifade edilmesi de zorunlu değildir.

¹⁶⁹ Eren, s. 1116

¹⁷⁰ Antalya, s. 473; Yavuz, s. 1023, Aral, s.347.

¹⁷¹ Eren, s. 1116, Uygur, s. 282

¹⁷² Kurt, s. 174; Hatemi/Gökyayla, s. 263.

İhtar bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır¹⁷³. Bunun sonucu olarak, ihtar herhangi bir ispat şekline bağlı değildir. Bu sebeple ihtar mail, faks, telgraf yolu ile yahut sözlü olarak yapılabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından uygulamada genellikle ihtarlar noter aracılığıyla yükleniciye gönderilmektedir. Taraflar sözleşmede de ihtarın şeklini kararlaştırabilmekte, taraflar arasındaki yazışmaların noter aracılığıyla yahut başka şekilde yapılması zorunluluğunu öngörebilmektedir. Diğer yanda tarafların tacir olduğu durumda TTK m. 18/3¹⁷⁴ çerçevesinde temerrüt ihtarının noter kanalıyla ya da iadeli taahhütlü mektupla, telgraf yoluyla veyahut güvenli elektronik imza ile yapılması kanuni bir zorunluluktur.

İhtar, hukuki işlem benzeri olduğundan hukuki işlemlere ilişkin bazı hükümler burada kıyasen uygulama alanı bulur. Bu kapsamda, hukuki işlemlerde aranan ehliyet koşulu ihtar için de geçerlidir. Buna göre, hukuksal işlem ehliyeti bulunmayan, temyiz kudretini haiz olmayan bir kişinin çekmiş olduğu ihtar hukuki bir sonuç doğurmaz. Temyiz kudreti yeterli olup kişinin ergin olması zorunlu değildir. İhtar alacaklı yahut temsilcisi tarafından borçluya veya borçlunun kanuni temsilcisine yapılmalıdır.

İhtar, eğer borçluya bir süre tanınmamış ise borçluya ulaştığı, borçlunun ihtar öğrenme imkânına sahip olduğu anda hüküm ve sonuç doğurur. Ancak alacaklı borçluya bir süre tanımış ise burada süreli ihtar söz konusu olup yükleniciye tanınan sürenin sonunda borca aykırılık giderilmemiş ise yüklenici temerrüde düşer¹⁷⁵.

¹⁷³ Öz, İnşaat, s. 151; Antalya, s. 418.; Dirican, s. 43.

¹⁷⁴ TTK m. 18/3: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, ... ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, iadeli- taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

¹⁷⁵ Kurt, s. 175.

2. İhtarın Yerini Tutan Haller

TBK m. 117’de vadenin taraflarca belirlenmiş olması halinde ihtarla gerek olmadığı ifade edilmiştir. Ancak ihtarla gerek bulunmayan başka durumlar da söz konusu olup tamamı aşağıda izah edilecektir.

a. Belirli Bir Vadenin Söz Konusu Olması

Taraflar sözleşmede teslim zamanını kararlaştırmışlarsa burada artık ihtarla gerek bulunmamaktadır. Ancak tarafların belirlediği vade hesaplanamıyor belirli bir günü işaret etmiyor ise yine ihtar çekilmesi gereklidir. Tarafların sözleşmede öngördükleri hükümden bir hesaplama gerektirse bile vade gününün kesin olarak anlaşılabilmesi zorunludur. Tarafların teslim vadesini gerçekleşme tarihi belli olmayan bir olaya bağlaması yahut bu olayı vadenin hesaplanması için başlangıç tarihi kabul etmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda başlangıç tarihi belirlenemeyeceği için yine yüklenicinin temerrüde düşürülmesi ihtarla olur.

Yine taraflar kesin bir vade kararlaştırmalarına rağmen bu vade haklı sebeple uzamış ise ve taraflar yeni bir kesin vade üzerinde anlaşmamışlarsa artık temerrüt için ihtar gereklidir¹⁷⁶.

b. İhtarın Faydasız Olması

İhtar yapılmasının dürüstlük kuralına göre gereksiz olduğu hallerde artık ihtar zorunluluğu söz konusu değildir¹⁷⁷. Örneğin yüklenici teslim borcunu ifa etmeyeceğini iş sahibine açıkça bildirmişse artık ihtarla gerek yoktur. Zira ihtar ifa talebini içerdiğinden ifa edilmeyeceği önceden bildirilen borç için ihtarla bulunmak gereksizdir.

¹⁷⁶ Gümüş, s. 37.

¹⁷⁷ Uygur, s. 285.; Dirican s. 45.

c. Yüklenicinin İhtarı Kasten Engellemesi

TBK m. 175/1 hükmüne göre: “*Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır.*” Buna göre yüklenici temerrüde düşmesi için gerekli olan ihtar koşulunun gerçekleşmesine kasten engel olduğu takdirde ihtar yapılmış sayılacaktır.

d. İfa Zamanının Yalnızca Yüklenici Tarafından Bilinebilecek Olması

Uzmanlık gerektiren bazı işlerde iş sahibi işin ne zaman yapılması gerektiğini bilemeyebilir ve ifa zamanı yalnızca yüklenici tarafından bilinir. Bu durumlarda ihtar koşulu aranmamalıdır¹⁷⁸.

e. Sözleşme ile İhtar Koşulundan Vazgeçilmiş Olması

TBK m. 117’de düzenlenen ihtar koşulu emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu sebeple aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir¹⁷⁹. Bu kapsamda taraflarca borcun muaccel hale gelmesine rağmen ifa edilmemiş olması halinde ihtar gereksizdir yüklenicinin temerrüde düşmüş sayılacağı kararlaştırılabilir.

E. ALACAKLININ İFAYI KABULE HAZIR OLMASI

Alacaklı ifayı kabule hazır değilse ve alacaklı temerrüdündeyse burada yüklenici temerrüdü söz konusu olmaz. Bu sebeple yüklenici temerrüdünden söz edebilmek için alacaklının ifayı kabulden kaçınmaması, gerçekleştirmesi gereken hazırlık faaliyetlerini yapması, eseri (aranılacak borç olduğu durumlarda) almaya gitmesi, alacaklı temerrüdüne düşmemiş olması gerekmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 465.

¹⁷⁹ Antalya, s. 426; Kılıçoğlu, s.865.

¹⁸⁰ Eren, s. 1121.; Dirican, s. 47.; Antalya, s. 429.

III.YÜKLENİCİ TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Temerrüt koşullarının¹⁸¹ gerçekleşmesi ile teslim borcu muaccel olmasına rağmen bu borcu yerine getirmeyen, borcuna aykırı davranan yüklenici iş sahibinin ihtarı yahut ihtar gerektirmeyen hallerde vadenin gelmesi ile temerrüde düşmüştür.

Temerrüde düşmekte kusurlu olan yüklenici TBK m. 118 hükmü uyarınca gecikmeden ve TBK 119/1 hükmü uyarınca beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan sorumlu olacaktır¹⁸². Eser sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün hüküm ve sonuçları TBK m. 123- m. 125 arasında özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 123'e göre iş sahibi temerrüdün sonuçlarından faydalanabilmek için yükleniciye uygun bir süre tanımalıdır. İş sahibi yahut hâkim tarafından belirlenen uygun sürenin sonunda yüklenici teslim borcunu hala yerine getirmemiş ise iş sahibi TBK m. 125'de düzenlenmiş olan seçimlik haklarından birini kullanacaktır. TBK m. 124'te ise süre verilmesine gerek olmayan haller düzenlenmiştir. TBK m. 125'e göre temerrüdün sonuçlarından faydalanmak için gerekli koşulları yerine getiren iş sahibi aynen ifa ve aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını isteyebileceği gibi, ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilecektir¹⁸³.

Ayrıca iş sahibi TBK m. 179 hükmü gereğince taraflar arasında bu yönde bir anlaşma mevcut ise ceza koşulu da talep edebilecektir.

¹⁸¹ Bu konudaki detaylı bilgi için bkz. "Birinci Bölüm. §2. II." başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁸² Yavuz, s. 1023; Ozanoğlu, s. 70.

¹⁸³ Antalya, s. 432; Hatemi/Gökyayla, s. 269; Dirican s. 47; Aral, s. 348.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir¹⁸⁴. İş sahibinin aynen ifayı talep etme, aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakları kusurdan bağımsız haklardır¹⁸⁵. Ancak tazminat taleplerinin söz konusu olabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlar iş sahibinin ceza koşulu talep edebilmesi için yüklenicinin kusurunun aranmayacağını savunsa¹⁸⁶ da hakim görüşe¹⁸⁷ göre iş sahibinin ceza koşulu talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu konuya ileride ceza koşulu kusur ilişkisi anlatılırken ayrıntılı olarak değinilecektir.

TBK m. 112’de : *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre yüklenicinin borç muaccel olmasına rağmen eseri teslim etmemesi durumunda yüklenicinin kusurlu olduğu varsayılmaktadır ve temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat külfeti yüklenicinin üzerindedir¹⁸⁸.

B. ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARINI KULLANABİLMESİNİN KOŞULLARI

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları TBK m. 123 ve m. 125 arasında özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 123 ile alacaklının TBK m. 125. maddesinde kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi için yükleniciye süre

¹⁸⁴ Dayınarlı, s. 63.; Antalya, s. 432.

¹⁸⁵ Dayınarlı, s. 73; Kurt, s. 183-184.

¹⁸⁶ Eren, s. 1210-1211: “Borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin kararlaştırılan ceza ilke olarak ödenir.” İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984, s. 432.

¹⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 984-985; Kurt, s. 184; Ozanoğlu, s. 106

¹⁸⁸ Yavuz, s. 1024.

tanıma yahut süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun mevcut olması koşulu getirilmiştir.

TBK m. 125'te düzenlenen aynen ifa ve gecikme tazminatı seçimlik haklarının kullanılabilmesi için ek süre verilmesine gerek yoktur. Alacaklı bu hakkını her zaman kullanabilir. Bu başlık altında incelenecek olan ek süre koşulu aynen ifadan vazgeçmek suretiyle olumlu zararı talep etme ve sözleşmeden dönme hakları için geçerlidir.

Alacaklının TBK m. 125'de belirtilen hakları kullanabilmesi için gerekli diğer koşullar ise iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin ve borçlu temerrüdünün varlığıdır. Eser sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu daha önce ifade edilmiş, borçlu temerrüdünün şartları da tek tek ele alınmıştır. Ayrıca tazminat haklarının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerektiği de daha önce ifade edilmiştir. O nedenle yalnızca kanunda öngörülen süre verme koşulu detaylandırılacaktır.

1. Yükleniciye Ek Süre Tanınması

TBK'nın 123. maddesi: *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.”* hükmünü havidir. Yine TBK'nın 125. maddesinde: *“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”* hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda alacaklının temerrüde bağlanan koşullardan faydalanabilmesi için yükleniciye uygun bir süre tanınması yahut süre verilmesini gerektirmeyen bir halin varlığı ön koşuldur. Ek süre tanınması borçlu temerrüdünün bir koşulu değildir. Bu koşulun yokluğu yüklenicinin temerrüdüne engel olmaz ancak onu temerrüdün ağır sonuçlarından korur¹⁸⁹. Ek süre verilmesi borcun ifasının ertelenmesi olmadığından temerrüt hali devam etmekte borçlu gecikme faizinden ve beklenmeyen halden sorumlu olmaktadır¹⁹⁰.

İş sahibi, temerrüt halinde bulunan yükleniciye ek bir süre tanıyarak bu süre zarfında sözleşmede kararlaştırılan eseri sözleşmeye uygun şekilde tamamlamasını ve teslim etmesini istemelidir. Ek süre tayininin ihtarda olduğu gibi hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olduğu kabul edilmektedir¹⁹¹. Kişinin hukuki işlem ehliyetinin bulunması ek süre verilebilmesi için yeterlidir¹⁹².

Süre verilmesi özel bir şekil şartına tabi değildir. Yazılı yahut sözlü şekilde yapılabilir. Ek süre alacak zamanaşımına uğramadığı sürece her zaman tanınabilir. Ek süre ihtarla birlikte tanınabileceği gibi ihtardan sonra da tanınabilir¹⁹³. Görüldüğü gibi, ek süre ihtardan farklıdır. İhtar yükleniciyi temerrüde düşürme amacı taşırken, ek süre temerrüde düşmüş olan yükleniciye temerrüdün sonuçlarından kurtulması için son bir imkân tanımaktadır¹⁹⁴. Ek süre tayininde iş sahibi ifa edilecek borcu ve verdiği süreyi

¹⁸⁹ Oğuzman/Öz, s. 506; Kılıçoğlu, s. 872

¹⁹⁰ Eren, s. 1134. Yavuz, s. 1023; Ozanoğlu, s. 70.

¹⁹¹ Kurt, s. 239; Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 107.; Oğuzman/Öz, s. 506.

¹⁹² Kılıçoğlu, s. 872.

¹⁹³ Kılıçoğlu, s. 874.; Oğuzman/Öz, s. 506; Kurt, s. 240.

¹⁹⁴ Kurt, s. 239.; Dirican, s. 54.

açıkça ifade etmelidir. Onun dışında ek süre sonunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlardan bahsetmesine gerek yoktur¹⁹⁵.

Kanun koyucu ayrıca verilen ek sürenin “uygun” bir süre olması koşulunu aramıştır. Uygun sürenin ne kadar olduğuna ilişkin açık bir hüküm mevcut olmayıp doktrin ve içtihatlar ile bir tanım belirlenmiştir. Buna göre uygun süre dürüstlük kuralı çerçevesinde, tarafların menfaat dengesine uygun ve yüklenicinin borcu ifası için yeterli olan süredir¹⁹⁶.

Ek süre verilmesinden yüklenicinin teslimde geciktiği sürenin kendisine aynen tanınması sonucu çıkarılamaz. Bu sürenin tayininde gecikmenin sebebi, işin niteliği, iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaat, yüklenicinin daha hızlı çalışmak zorunda olduğu hususları dikkate alınmalıdır¹⁹⁷. Bazen yıllarca sürebilen inşaat işlerinde birkaç aylık bir tamamlama süresinden söz edilebilirken birkaç hafta yahut gün sürmesi beklenen çatı tamiri, tezgah montajı, elbise dikimi gibi işlerde birkaç gün yahut saat bile yeterli olabilir. Ek sürede sürenin “bir ay”, “on gün”, “.... tarihine kadar” gibi ifadelerle açıkça belirtilmiş olması önemlidir. “derhal”, “en kısa zamanda” gibi ifadeler ek süre sayılmamaktadır¹⁹⁸.

Verilen sürenin uygun olmaması ve daha kısa olması halinde bir görüşe göre yüklenicinin itirazda bulunması üzerine ek sürenin uygun olan süre kadar uzadığı varsayılır ve iş sahibin ek süre bildirimi geçersiz olmaz¹⁹⁹. Ancak diğer görüşe göre iş

¹⁹⁵ Eren, s. 1135.; Kurt, s. 239.

¹⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 507; Kılıçoğlu, s. 873; Eren, s. 1135; Kurt, s. 241.

¹⁹⁷ Kurt, s. 242.

¹⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 508; Dirican, s. 53-54.

¹⁹⁹ Eren, s. 113; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 947-948; Kurt, s. 243

sahibinin verdiği sürenin uygun olmaması halinde ek sürenin geçersiz sayılması ve yeni bir ek süre tayin edilmesi gerekir²⁰⁰. Kanaatimizce bu görüş kanunun lafzına daha uygun düşmektedir. Kanun hükmü ek süre beyanının uygun bir süreyi kapsamamasını değil, iş sahibi tarafından yükleniciye uygun bir süre verilmesini aramıştır.

Yüklenicinin uygun olmadığını düşündüğü ek süreye itiraz etmemesi durumunda ek süre her halükarda iş sahibinin belirlediği şekli ile geçerli olur. Eğer ek süre uygun süreden daha uzun ise iş sahibi artık bu süreyi kısaltamaz²⁰¹.

2. Ek Süre Tanınmasına Gerek Bulunmayan Haller

TBK'nın 124. maddesinde alacaklının süre vermesinin gerekli olmadığı durumlar düzenlenmiştir. Buna göre: *“Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa. 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa. 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.”* Kanunun öngördüğü bu durumlar aşağıda tek tek ele alınacaktır.

a. Borçlunun Davranışından Süre Tayininin Faydasız Kalacağına Anlaşılması

Borçlu alacaklıdan süre uzatım talebinde bulunmuş ise yahut borcu yerine getirmeyeceği açık ve net şekilde anlaşılıyor ise artık süre tayinine gerek yoktur²⁰². Borçlunun açıkça borcu ifa etmeyeceğini bildirdiği hallerde de aynı durum geçerlidir. Yine borçlu borcu ifa ettiğini veya sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia ediyorsa borcunu ifa etmesini istemek anlamsız olacağından burada da süre tayini gereksizdir²⁰³.

²⁰⁰ Kurt, s. 242; Oğuzman/Öz, s. 508.

²⁰¹ Kurt, s. 242; Eren, s. 1136.

²⁰² Uygur, s. 469; Dirican, s. 54; Antalya, s. 476.

²⁰³ Antalya, s. 476; Eren, s. 1136;

Benzer bir hüküm TBK m. 473’de yer almıştır. Buna göre:

“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği açıkça anlaşılıyorsa örneğin yıllarca süreceği kesin olan bir inşaat işine vadenin dolmasına 5 ay kala hala başlamamış ise artık iş sahibinin yükleniciye ek süre tanınmasının bir faydası yoktur.

b. Borçlunun Temerrüdü Sonucunda Borcun İfası Alacaklı İçin Yararsız Kalması

Yüklenicinin temerrüdü yüzünden iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesi imkânsız hale gelmiş ise artık ek süre vermesi faydasızdır. Örneğin, bebeğinin gün ve saati belirli olan doğum günü organizasyonu için organizasyon şirketi ile anlaşılan bir aile için organizasyon şirketinin belirlenen gün ve saatte teslimi gerçekleştirmemesi ve temerrüde düşmesi halinde bugünden sonra gerçekleştirilecek ifanın bir anlamı ve faydası bulunmamaktadır. Bu nedenle ek süre verilmesi gereksizdir. İfanın yalnızca alacaklı yönünden faydasız hale gelmesi yeterlidir²⁰⁴. Ayrıca ifanın faydasız hale gelmesine ve iş sahibinin beklediği menfaati ifa edilse dahi sağlayamayacak olmasına temerrüdün sebep olması gerekir. İş sahibinden kaynaklı bir sebeple ifanın faydasız hale gelmesi halinde iş sahibi ek süre vermeden sözleşmeden dönebilir²⁰⁵.

²⁰⁴ Antalya, s. 478; Dirican, s. 54; Uygur, s. 470.

²⁰⁵ Oğuzman/Öz, s. 529.

c. Kesin Vade Söz Konusu İse

Burada ihtar gerektirmeyen halden farklı bir durum söz konusudur. Ek süre gerektirmeyen kesin vadede tarafların belirli bir tarih kararlaştırmış olmaları yeterli değildir. Ayrıca tarafların borcun mutlak surette belirledikleri sürede veya tarihte ifa edilmesi gerektiği hususunda anlaştıkları aralarındaki sözleşmeden anlaşılmalıdır. Zira 124. m. hükmünün “*Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa*” ifadesinden bu durum açıkça anlaşılmaktadır. Burada teslim tarihinin kesin ve belirli olması edimin esaslı unsurlarından olup sürenin geçmesi ile yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmekte ve ek süre ile iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmasından önce son bir imkan da tanınmamaktadır. Belirli vadeli sözleşme ile kesin vadeli sözleşme arasındaki fark da tam olarak budur²⁰⁶. EREN, kesin vadenin tarafların iradesinden anlaşılabileceği gibi davranış ve olgulardan da anlaşılabileceğini ifade etmiştir²⁰⁷.

C. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

1. Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüdü sonucunda iş sahibinin kullanabileceği üç seçimlik hak mevcuttur. Bu seçimlik haklar TBK’nın 125. maddesinde düzenlenmiş olup madde hükmü şöyledir: “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar*”

²⁰⁶ Antalya, s. 480; Dirican, s. 55; Eren, s. 1137.

²⁰⁷ Eren, s. 1137.

ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Bu bağlamda alacaklının seçimlik hakları şöyle sıralanabilir: 1. Aynen ifa ve gecikme tazminatını isteme, 2. Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteme, 3. Sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteme.

İş sahibi aynen ifayı ve bunun yanında gecikme tazminatını talep ettiği durumda taraflar arasında kararlaştırılmış ise ifaya ekli ceza koşulunu da isteyebilecektir.

2. İş Sahibinin Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı Talep Etmesi

Yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi ile iş sahibi her zaman aynen ifa talebinde bulunabilir²⁰⁸. Bunun için ek süre vermesine gerek yoktur. Zaten ek süre ile yüklenicinin edimini ifa etmesi talep edildiğinden bu sürenin sonunda yeniden aynen ifa talebinde bulunulması anlamlı değildir. Bu sebeple esasen TBK m. 125 ile ek süre sonunda alacaklıya tanınan seçimlik haklar zaten mevcut olan aynen ifa ve gecikme tazminatı hakkına ek olarak, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep etme ve sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteme haklarıdır²⁰⁹.

İş sahibi yükleniciye ek bir süre tanımış ve bu süre sonunda teslim borcu ifa edilmemiş olmasına rağmen hala aynen ifada ısrarcı olabilir. Bu durumda iş sahibinin herhangi bir bildirim yapmasına gerek olmayıp bildirim yapmadığı takdirde aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinin devam ettiği kabul edilir²¹⁰.

²⁰⁸ Öz, İnşaat, s. 152; Dirican, s. 56; Antalya, s. 488; Ozanoğlu, s. 71.

²⁰⁹ Gümüş, s. 39; Oğuzman/Öz, s. 509.

²¹⁰ Dirican, s. 56; Eren, s. 1139.

İş sahibinin gecikme tazminatı talebinde bulunabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir. Zira TBK m. 118 uyarınca temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat eden yüklenici geç ifadan doğan zararı ödemekten kurtulacaktır. İş sahibinin gecikme tazminatı talebi aynen ifanın gerçekleşmiş yahut gerçekleşmemiş olması ile alakalı değildir. Eser hala tamamlanmamış ve teslim edilmemiş olsa bile iş sahibi gecikmeden doğan zararının tazminini talep ve dava edebileceği gibi, eser kendisine teslim edildikten sonra da teslim borcunun muaccel olduğu andan teslimata kadar geçen sürede uğradığı zararların tazminini talep edebilir²¹¹.

İş sahibi TBK'nın 147/6 hükmünde yer alan *“Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.”* için öngörülen 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde gecikme tazminatını talep edebilecektir.

İş sahibinin gecikmeden dolayı talep edeceği tazminat ifa zamanında yapılışaydı malvarlığının arz edeceği farazi durum ile gecikmeden etkilenen malvarlığının mevcut durumu arasındaki farkı ifade eder²¹². Burada genel hükümlere göre tazminat talep edebilmenin şartları dikkate alınmalı ve iş sahibinin teslimde gecikme ile arasında uygun illiyet bağı bulunan tüm zararları gecikme tazminatı kapsamında düşünülmelidir²¹³.

Ayrıca iş sahibi konutu ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim almış olsa bile yükleniciyi özellikle bu hususta ibra etmediği sürece gecikme tazminatı talep edebilir. Yargıtay bir kararında²¹⁴ bu hususu şöyle ifade etmiştir: *“Davacı her ne kadar 09.03.2010 tarihli konut teslim formunda ihtirazi kayıt koymaksızın konutu teslim almışsa da*

²¹¹ Dirican, s. 48; Öz, Dönme, s. 155.

²¹² Ozanoğlu, s. 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 925.

²¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 925.; Dirican, s. 49.

²¹⁴ Yargıtay 13. HD'nin 11.04.2012 tarih ve 2012/4608E.-2012/9909 K. sayılı kararı.

davacının ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması ya da konutun teslimi gereken süreden önceki bir tarihte davalıya ihtarda bulunmamış olması, geç teslimden dolayı davacının tazminat hakkını engellemez.”

Ancak ceza koşulu talebinde durum farklıdır. Taraflarca kararlaştırılmış olduğu takdirde iş sahibi aynen ifa ile birlikte ceza koşulunu da talep edebilecektir. Eğer iş sahibine teslim gerçekleştirilmiş ve ceza koşulu konusunda bir ihtirazi kayıt belirtmemişse artık ceza koşulunu talep edemeyecektir. Bu noktada sözleşmede yer alan kaydın ceza koşulu mu yoksa gecikme tazminatı mı olduğu hususu önem taşımaktadır²¹⁵. Ceza koşulu hususu detaylı şekilde ele alınacağından burada daha fazla açıklamaya yer verilmemiştir.

3. İş Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçmesi

İş sahibi yükleniciye tanıdığı ek sürenin sonunda durumunu değerlendirmelidir. Eğer başka bir yükleniciye işi yaptırması kendisi için çok daha ağır sonuçlara sebebiyet verecekse ve zararını tazmin ettirmek şartıyla aynı yüklenici ile devam etmek daha pratik geliyorsa hala aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir. Yahut yüklenici ile artık çalışmak istemiyor ve işi başkasına yaptırmasının masrafları ile birlikte tazminat talep etmek ve daha sonra dilediği başka bir yüklenici ile çalışmak istiyorsa aynen ifadan

²¹⁵ Uygur, s. 476.; Yargıtay 13. HD’nin 22.12.1997 tarih ve 10061/10663 sayılı kararı: “...davalı, daireyi 28.2.1996 gününde teslim etmeyi aksi takdirde her geçen ay için kira parasını ödemeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira bedelinin ikiye katlanacağı kararlaştırılmıştır. Öncelikle hemen şunu belirtmek gerekir ki gecikme halinde ödenmesi kararlaştırılan kira parası, davacının doğacak kar yoksunluğuna ilişkin olup bu kararlaştırma ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Ancak gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira parasının ikiye katlanacağını öngören hüküm, ceza koşulu niteliğindedir...”(Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 03.10.2018)

vazgeçip müspet (olumlu) zararının tazminini talep edebilir²¹⁶. Yahut sözleşmeden dönerek menfi (olumsuz) zararını talep edebilir.

Aynen ifadan vazgeçmek isteyen iş sahibinin bunu yükleniciye derhal bildirmesi gerekir. Vazgeçme beyanı yenilik doğuran bir hakkı içerdiğinden bu beyanın koşula bağlanması ve vazgeçme beyanından dönülmesi mümkün değildir²¹⁷.

Süre verilmesinin gerekli olmadığı durumlarda da iş sahibinin vazgeçme beyanını yükleniciye derhal bildirmesi gerekmektedir.

İş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi halinde karşısına iki seçenek çıkmaktadır. Ya sözleşmeyi muhafaza ederek tazminat talep edecek yahut sözleşmeden dönecektir. İş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğine dair bildirim yaparken bu haklardan hangisini kullandığını da bildirmek zorundadır²¹⁸.

a. Müspet Zarar Talebi

İfadan vazgeçerek müspet zararını talep eden iş sahibi temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat edemeyen yükleniciden sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı malvarlığının alacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farkı talep edebilecektir. Bu bağlamda ifa beklentisi içinde yaptığı harcamalar, seçim hakkını kullanırken yaptığı masraflar, üçüncü kişilere ödediği tazminat ve ceza koşulu, yoksun kalınan kazanç da bu tazminat kalemine dâhildir²¹⁹. Ayrıca iş sahibi gecikmeden kaynaklanan zararlarını da talep edebilecektir²²⁰.

²¹⁶ Kurt, s. 257; Antalya, s. 489; Öz, Dönme, s. 164.

²¹⁷ Eren, s. 1140; Aksi görüşler için bkz. Kurt, s. 253, Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009, s. 230.

²¹⁸ Kurt, s. 254; Öz, İnşaat, s. 164;

²¹⁹ Eren, s. 1141; Kurt, s. 258.

²²⁰ Oğuzman/Öz, s. 514.

Taraflar arasındaki sözleşmede yüklenici temerrüdüne bağlanan seçimlik ceza koşulunun kararlaştırıldığı durumlarda iş sahibi ifadan vazgeçerek olumlu (müspet) zararını istemesi halinde ceza koşulunu da isteyebilecektir. İş sahibinin müspet zararı, ceza miktarından daha fazla olabilir. Bu halde iş sahibi ceza miktarının yanında onun karşılamadığı müspet zararını da isteyebilecektir²²¹.

b. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zarar Talebi

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde sözleşme geriye dönük olarak baştan itibaren ortadan kalkacak ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taraflar sözleşmeden kaynaklanan edinimlerini iade yükümlülüğü altına girecektir²²². İş sahibinin yükleniciden tazmin edeceği zarar ise sözleşmeye güvendiği için uğradığı eğer sözleşme yapılmıyaydı hiç uğramayacağı zararlardır. Bu zararların kapsamına sözleşmeden doğan borçların ifa edileceğini düşünerek yaptığı masraflar, başka iş ve sözleşme fırsatlarını kaçırmaması nedeniyle uğradığı zararlar girmektedir²²³.

Sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi baştan itibaren ortadan kaldıran iş sahibi artık sözleşmeden kaynaklanan ceza koşulu talep hakkını kullanamayacaktır.

Diğer yanda Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uzun bir sürece yayıldığından her ne kadar TBK m. 125'te dönme hakkından bahsedilse de iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini ortaya koyduğu durumda

²²¹ Erol, Cansel-Özel, Çağlar: Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, (s.713-733), Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Armağan, Volume 8, 19.01.2014, s. 724.

²²² Alacaklının sözleşmeden dönmesinin hukuki niteliği ve sonuçlarına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcut olup işbu tez çalışmasının kapsamını ilgisiz şekilde genişleteceğinden bu tartışmalara değinilmemiştir. İlgili tartışmaların detaylı açıklamaları için bkz. Eren, s. 1144 vd.; Oğuzman/Öz, s. 516 vd.

²²³ Oğuzman/Öz, s. 524; Karataş, s. 173; Gümüş, s. 40 vd.

TMK m. 2 gereğince sürekli edimli sözleşmelere uygulanan kuralların da dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, inşaatın %80-90 oranında tamamlanmış olduğu durumlarda artık iş sahibinin sözleşmeden dönme değil fesih²²⁴ hakkını kullanabileceği eş deyişle sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilmektedir. Bu durumda iş sahibinin fesih anına kadar işleyen ceza koşulunu talep edebilecektir²²⁵.



²²⁴ Yargıtay içtihatlarında ileriye etkili fesih, geriye etkili fesih gibi kavramlarını kullanmakta olup bu ifadeler dönme ve fesih kavramlarının karıştırılmasına neden olmaktadır. İçtihatlarda ileriye etkili veya geriye etkili fesih kavramlarının kullanılması yerine TBK'ya uygun şekilde dönme ve fesih kavramlarının kullanılması uygulamada yaşanan anlam karmaşalarının azalmasına olanak sağlayacaktır.

²²⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 25.1.1984 tarih, 1983 E-1984/1 K. sayılı kararı (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 02.03.2019); Yargıtay 15. HD. 04.06.1998 tarih, 2081/2403 sayılı kararı (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 02.03.2019).

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMELERİ BAĞLAMINDA CEZA KOŞULUNUN İRDELENMESİ

Ş1. CEZA KOŞULU KAVRAMININ TANIMI, İŞLEVİ, UNSURLARI, TÜRLERİ

I. CEZA KOŞULU KAVRAMI VE TANIMI

Eski BK m. 158 - m. 161 arasında “cezai şart” kavramı kullanılmış bu ifadenin yerini TBK m. 179- m.182 arasında “ceza koşulu” kavramı almıştır. TTK m. 22., 481., 482., 483., 577. ve 595.’te ise “sözleşme cezası” ifadesine yer verilmiştir. Esasen TTK’da da ceza koşulu yahut cezai şart ifadesinin benimsenmesi TBK ile bütünlük ve uyumluluk arz etmesi bakımından daha yerinde olurdu.

Her ne kadar cezai şart daha yerleşik ve sık kullanılan bir hukuki terim olsa da işbu çalışmada TBK’da benimsenen “ceza koşulu” ifadesi tercih edilmiştir.

TBK m. 112.’ye göre borcunu ifa etmeyen yahut borca aykırı davranan borçlu alacaklının zararını tazmin etmekle mükelleftir. Alacaklının ise zararını tazmin edebilmek için bu zararını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak çoğu zaman alacaklılar zararı ispat külfetinden kurtulmak ve alacaklarını teminat altına almak amacı ile borcun zamanında ve gereği gibi yerine getirilmesi ihtimalini kuvvetlendiren bazı hukuki teminatlara başvurumaktadırlar. Bu teminatlar rehin, kefalet ve ipotek olabileceği gibi borçluyu belirli bir miktar para ödeme yükümü altına sokan ceza koşulu da olabilir.

Ceza koşulu, TBK m. 179 vd. maddelerinde düzenlenmiş ancak herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Doktrinde²²⁶ ise ceza koşulu genellikle; “borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu tarafından alacaklıya ödeneceği kararlaştırılan ekonomik değer taşıyan bir edimdir” şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay ise ceza koşulunu bir kararında²²⁷ “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi veya belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup bir hukuki işlem ile belirlenen götürü bir edim” şeklinde tanımlamıştır. Yine HGK bir kararında²²⁸ ceza koşulu için “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir.” tanımına yer vermiştir.

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında yer alan tanımlamalar TBK m. 179/3’te öngörülen dönme cezasını kapsamamaktadır. Hâlbuki dönme cezası da ceza koşulunun bir türü olarak kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda, ceza koşulu; borcun hiç veya gereği gibi yahut kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı ödemeyi taahhüt ettiği veya taraflardan birinin söz konusu ceza edimini ifa ederek sözleşmeden dönme yahut fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğu, ekonomik ve feri nitelikte bir anlaşma ve edimdir.

Yukarıdaki tanımın sonunda kullandığımız “bir anlaşma ve edimdir” ifadesi ceza koşulunun aslında iki ayrı anlamı ifade ettiğinin altını çizmektedir. Gerçekten de ceza

²²⁶ Ozanoğlu, s. 74; Eren, s. 1205.; Karataş, s. 317; İnan, s. 420-421; Gökçeoğlu, Kamil Haluk: Ceza koşulu ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, birinci baskı, s. 19; Kılıçoğlu, s. 970 vd.; Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Ceza koşulu, Ankara 2003, s.33.; Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s.361; Dirican, s. 15-16.

²²⁷ Yargıtay 13. HD’nin 25.12.1981 tarih, 1981/7896E.-1981/8497K. sayılı kararı bkz. Şahin, s. 320.

²²⁸ Hukuk Genel Kurulu’nun 17.02.1971 tarih, 1505-85 sayılı kararı bkz. Karataş s. 330.

koşulu kavramı hem hukuki işlemi (ceza koşulu anlaşması)²²⁹ hem de üzerinde anlaşılan ceza edimini ifade etmektedir²³⁰.

Ceza koşulu kayıtları hukuki niteliği itibariyle şarta bağlı bir edim taahhüdü olup yüklenici, teslimi zamanında yerine getirememesi halinde iş sahibine karşı ekonomik değer arz eden bir edim borcu altına girmektedir. Ceza koşulu genellikle gecikilen her gün, hafta yahut ay için belirlenen belirli bir miktar paranın ödenmesi yahut zamana bağlı olmaksızın sabit bir para tutarı olarak kararlaştırılmaktadır. Ancak elbette ceza koşulu paradan farklı ekonomik değer taşıyan herhangi bir edim de olabilir. Kesin bir miktarın belirlendiği durumlar dışında ceza koşulunun dolaylı şekilde belirlenmesi de mümkündür. Burada önemli olan ceza koşulunun belirlenebilir yahut hesaplanabilir nitelikte olmasıdır²³¹. Bu bağlamda taraflar ceza koşulunun ileride kararlaştırılacağını yahut üçüncü bir kişi tarafından belirleneceğini de öngörebilirler.

II. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE İŞLEVLERİ

Ceza koşulu daha önce de belirttiğimiz üzere alacaklının borcun tam ve gereği gibi yerine getirilmesinden elde edeceği menfaati teminat altına almayı amaçlamaktadır. Alacaklı borcun gerektiği gibi ya da hiç yerine getirilmemesi durumları karşısında borçlunun ifa etmeyi üstlendiği ceza koşulu ile zararını ispat etmek mecburiyeti olmadan borçluyu ağır bir yük altına sokarak borçlunun edimini yerine getirme yükümlülüğünü teminat altına almış olur. Burada ceza koşulunun zorlama işlevi ortaya çıkmaktadır²³². Buna teminat işlevi de denilmektedir²³³ Gerçekten de ceza koşulunun en önemli ve amaca hizmet eden işlevi borçluyu borcunu anlaşılmaya uygun şekilde yerine getirme hususunda

²²⁹ Eren, s. 1205.; Dirican, s. 16.

²³⁰ Gökçeoğlu, s. 20; Eren, s. 1205.

²³¹ Dirican, s. 23-24; Ozanoğlu, s. 81.

²³² Ozanoğlu, s. 76; Karataş, s. 28.

²³³ Kocaağa, s. 43.

zorlayıcı bir etkiye sahip olmasıdır. Zira alacaklının zararını ispat ile uğraşacağı ne kadar tutacağı ve ne zaman tahsil edilebileceği belli olmayan bir tazminat yükümü karşısında, zarara bağlı olmaksızın anlaşmada belirlenen şartın gerçekleşmesi ile doğacak olan miktarı belli ve kesin bir ceza koşulu borçluyu borcunu anlamaya uygun şekilde ifaya, bunun için çaba sarf etmeye zorlayacaktır²³⁴. Ceza koşulunun zorlama işlevi borçlu üzerinde yarattığı manevi baskı dolayısıyla korkutma işlevi olarak da ifade edilmektedir²³⁵.

Ceza koşulunun bir diğer amacı ise alacaklının borcun gerektiği gibi ya da hiç yerine getirilmemesinden doğacak zararının tazmin edilmesinin kolaylaştırılmasıdır²³⁶. Bazı yazarlar taraflara tazminat miktarını önceden ceza koşulu ile belirleme imkânının tanındığını ifade etmiştir²³⁷. Esasen ceza koşulu zararın varlığına bağlı olmadığından teknik olarak bir tazminat niteliği taşımamaktadır. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından; ceza koşulunun tazminat işlevini, tazminat hukukunun genel prensiplerine bir istisna getirerek yerine getirdiği ve bu bağlamda ceza koşulunun, miktarı üzerinde tartışılması imkânı olmayan götürü bir tazminat niteliğinde olduğu ifade edilmiştir²³⁸.

Ceza koşulu ile borçlanılan edim alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde doğacak zararını kolaylıkla telafi etmesini sağlamaktadır. Ayrıca TBK 180/2’de yer alan “*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*” hükmü

²³⁴ Oğuzman/Öz, C. II, s. 530.; Öztürk-Gözütok, s. 354.

²³⁵ Ozanoğlu, s. 76.; Kocağa, s.41-42; Dirican, s. 26-27.

²³⁶ Dirican, s.27; Kocağa, s. 45.

²³⁷ Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Ceza koşulu, İstanbul, 1963, s. 50.

²³⁸ Tunçomağ, s. 48-49; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 358; Akkayan Yıldırım, Ayça: Ceza koşulunun İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İÜHFM, C. LXI, s. 12, 2003, s. 357 vd. – s. 382.

ile taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşan bir zararın varlığı halinde alacaklıya bu zararı da tazmin etme imkanı tanımaktadır. Bu hüküm, kanun koyucunun da ceza koşulunun alacaklının zararının tazmin edilmesi amacını kabul ettiğini g stermektedir²³⁹.

Ceza koşulunun     nc  işlevi ise borçlunun borca aykırı davranışının bir müeyyideye tabi tutularak cezalandırılmasıdır. Esasen ceza koşulunun amacı borçluyu cezalandırmak değil borcu anlaşmaya uygun şekilde ifa etmesini sağlamaktır. Ancak TBK m.180/1.’de yer alan: “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” hükmü uyarınca alacaklının hiçbir zararı bulunmasa bile borçlu ihlal halinde ceza koşulunu ödemekle yükümlü olacağından ceza koşulunun cezalandırma işlevinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Alacaklının zararının mevcut olması halinde ise, bu zararı aşan ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu durumlarda ceza koşulunun ceza işlevi söz konusudur²⁴⁰. Cezanın fahiş bulunarak indirildiği durumlarda²⁴¹ ise ceza işlevinden söz edilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, ceza koşulunun borçluyu cezalandırma amacından söz edebilmek için; ceza koşulu miktarının, alacaklının uğradığı zararı aşması yahut kararlaştırılan ceza koşulunun fahiş bulunarak zarar miktarına veya daha aşağısına indirilmemiş olması gerekmektedir. Tarafların zararı aşan miktarda bir ceza koşulu belirlemek suretiyle kararlaştırdıkları ceza koşuluna ceza işlevi yükledikleri kabul edilebilir. Ancak diğer yandan sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının uğrayacağı

²³⁹ Akkayan Yıldırım, s. 383.

²⁴⁰ Ozanoğlu, s. 76-77

²⁴¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “ kinci bölüm. ř3.” başlığı altındaki açıklamalar.

zararın önceden kesin olarak tespiti mümkün olmadığından, ceza koşulu belirleyen tarafların cezalandırma bilinci ile hareket ettiklerini söylemek güçtür²⁴².

III. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza koşulunun amaç ve işlevlerinin çeşitliliği nedeniyle doktrinde ceza koşulunun hukuki niteliği ile ilgili farklı fikirler ortaya çıkmıştır. Ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında doktrinde ortaya atılan görüşlere aşağıda yer verilecektir.

A. CEZA GÖRÜŞÜ

Ceza koşulunun zarardan bağımsız olarak zarar mevcut olmasa bile talep edilebiliyor olması bu görüşü doğurmuştur. Ceza koşulunun zarardan bağımsız olması nedeniyle bazı hukukçular ceza koşulunun tam anlamıyla ceza niteliği taşıdığını savunmaktadırlar.

Staudinger “*ceza koşulunun gerçek bir ceza olduğunu, hukuka aykırı bir hareketi cezalandırmak için konulduğunu kamu cezasından da yalnız alacaklının menfaatini korumak üzere tesis edilmiş bulunması ile kolayca ayrılabilceğini*” savunmaktadır²⁴³.

Ancak TUNÇOMAĞ bu görüşün kabul edilemez olduğunu savunmuştur. Yazara göre; eğer kanun koyucu ceza koşuluna ceza niteliği vermek isteseydi ifa veya ifayı karşılayan tazminatın yanında ceza koşulunun da talep edilebileceğini düzenlerdi. Oysa kanun koyucu yalnızca yer ve zaman bakımından borca aykırılık halinde ifaya eklenen ceza koşulunu kabul etmiştir²⁴⁴.

²⁴² Akkayan Yıldırım, s. 380.

²⁴³ Staudinger/Werner §§ 339/345, s. 580 (Tunçomağ, s. 22’den naklen.)

²⁴⁴ Tunçomağ, s. 66.

Ceza koşulunun sırf ceza olduğu görüşünde esasen bir kamu cezasından değil özel hukuk ilişkisinden doğan bir cezadan söz edilmektedir²⁴⁵. Gerçekten de kamu hukukundaki ceza ile ceza koşulunun ne anlam ne nitelik yönünden bir ilgisi bulunmamaktadır. ARKUN da ceza koşulunun isminden başka bir cezai tarafının bulunmadığını kavramda geçen “ceza” ifadesinin bu görüşlere sebebiyet verdiğini savunmaktadır²⁴⁶.

Ceza koşulunun amacı ve işlevleri başlığı altında da bahsettiğimiz üzere tarafların zararı aşan ceza koşulu miktarı üzerinde anlaşma sağladıkları durumlarda gerçekten de borçlu cezalandırılmış olmaktadır. Ancak bu durum ceza koşulunun hukuki niteliğinin yalnızca ceza olduğu sonucunu doğurmayacaktır.

B. TAZMİNAT GÖRÜŞÜ

Eski Fransız Mahkeme içtihatları bu görüş doğrultusunda ceza koşulunun muhtemel tazminat miktarının taraflarca önceden tayin edilmiş şekli olduğunu, eş deyişle ceza koşulunun takdiri bir tazminat olduğunu kabul etmiştir²⁴⁷.

Türk Hukukunda KANIK da ceza koşulunu “*Borçlunun borcunu ifa etmediği yahut ifada geciktiği veya natamam olarak ifa ettiği takdirde diğer tarafa tediye edeceği zarar ve ziyan miktarının önceden tayinidir.*” şeklinde tanımlamıştır²⁴⁸. Ancak EREN’e

²⁴⁵ Günay, Cevdet İlhan: Ceza koşulu, Ankara 2002, s. 31.

²⁴⁶ Arkun, Kudat: Ceza koşulunun Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti Ankara BD C.5, s. 58-59 Şubat 1949, s. 34

²⁴⁷ Tunçomağ, s. 23.; Tutar, Elce: ‘Ceza koşulunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı’, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı , Ocak 2017, s. 29-41.

²⁴⁸ Kanık, Tahir: ‘Ceza koşulu’, Adalet Dergisi, Yıl 41, Ağustos 1950, S. 8. s. 107 (*Akkayan Yıldırım s. 365’ten naklen*)

göre ceza koşulu zararı tazmin amacı değil sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı gütmektedir²⁴⁹.

Bu görüşü savunan yazarlar ceza koşulunun tazminatın önceden tahmini olan ve hâkim tarafından artırılıp azaltılabilen bir ekonomik değer olduğunu kabul etmektedir²⁵⁰.

Esasen hukukçuların çoğunluğu cezanın tazminat işlevinin olduğunu kabul etmiş ancak ceza koşulunun hukuki niteliğini tazminat ile sınırlı tutmamıştır. Kanaatimizce de ceza koşulunu yalnızca tazminat olarak kabul etmek diğer işlevlerini görmezden gelmek anlamına gelecektir. Zira ceza koşulunun zarar miktarını aşarak ceza boyutuna ulaştığı durumlarda yahut asıl borcun alacaklısı ile ceza koşulu alacaklısının farklı kimseler olduğu durumlarda artık ceza koşulunun tazminat işlevinden söz etmek mümkün değildir.

C. SİGORTA GÖRÜŞÜ

Bu görüşte borçlu borca aykırı davranışında kusursuz olsa bile ceza koşulu ödemek zorunda ise artık ceza koşulu sigorta sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Alman Hukukçu İhering, tarafların kusurdan bahsetmeden sadece borca aykırılık halinde ceza alacağı doğacağını kararlaştırdıkları durumda artık kusur araştırmasına gidilmemesi gerektiğini aksinin (borçlunun kusuru olmadığını ispat etmesi halinde borçtan kurtulacağını kabul etmenin) kabulü halinde ceza koşulunun zorlayıcı niteliğini kaybedeceğini öne sürmüştür. Oysa ceza koşulu sigorta sözleşmesi olarak kabul edildiğinde borçlunun yalnızca kusurundan sorumlu olduğu duruma göre çok daha ağır bir yük altına girdiğini özen ve gayretinin de bu ölçüde artacağını savunmuştur²⁵¹.

²⁴⁹ Eren, s. 1205.

²⁵⁰ Gökçeoğlu, s. 35.

²⁵¹ Gökçeoğlu, s. 35.'den naklen; Benzer görüş için bkz. Sanlı, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2017, s. 352-353.

Sigorta görüşü isminden de anlaşıldığı üzere alacaklıya sınırsız bir sigorta güvencesi sağlamaktadır. GÜNAY²⁵², bu görüşün alacaklı bakımından oldukça pragmatik onu her türlü zarar olasılığına karşı koruyan, küçük çaptaki tacirlerin daha büyük tacirler karşısında rekabetini kolaylaştıran bir yanı olsa da adil olmadığını, borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olabileceğini, tacirler arasındaki gerçek rekabete engel olacağını belirterek, hakkaniyet duygusunu zedeleyen bir yönünün olduğunu savunmuştur.

Türk hukukunda hakim görüş ceza koşulunda borçlunun kusurunun aranması gerektiği yönündedir. Ancak EREN²⁵³ ceza koşulunun borçlunun kusuru ile bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmekte TBK m. 182’de yer alan hüküm kapsamında borcun kusursuz sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde ceza koşulu alacağının da sona ermesi durumunu borçlunun kusursuzluğuna değil ceza koşulunun ferî bir borç olmasına bağlamaktadır.

Uygulamada özellikle eser sözleşmelerinde teslimde yaşanan gecikme için belirlenen ceza koşulu hükümlerinde yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmamasının onu ceza koşulu ödemekten kurtarmayacağı yönünde düzenlemeler sıklıkla yer almaktadır. Bu hükümler kusur tartışmasını ortadan kaldırmaktadır.

D. GÖTÜRÜ TAZMİNAT GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, ceza koşulu; tarafların ileride doğması muhtemel zararı, en baştan götürü olarak kararlaştırdıkları götürü tazminattır²⁵⁴.

²⁵² Günay, s. 33.

²⁵³ Eren, s. 1210-1211.

²⁵⁴ Gökçeoğlu, s. 35; Tunçomağ, s. 23.

Alman Hukukunda götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki ilişki ile ilgili olarak üç görüş mevcuttur. Bunlar ceza koşulu ile götürü tazminatı birbirinden ayırmayan, ceza koşulunun götürü tazminat olduğunu savunan birlik öğretisi, ceza koşulu ile götürü tazminatı birbirinden ayıran ayırma öğretisi ve ceza koşulunun yalnızca ifaya zorlama fonksiyonu olduğunu, götürü tazminatın tamamen kendine has bir kurum olduğunu savunan tek işlevlilik öğretisidir. Ceza koşulunu götürü tazminattan ayırmayan görüşün savunucuları Rolf Belke, Peter Schlenctriem ve Günter Hager'dir²⁵⁵.

Fahiş götürü tazminat kural olarak, fahiş ceza koşulunun aksine hakim tarafından indirilemez. Ancak bu görüşü savunanlar tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi fahiş olarak kararlaştırılmış olan götürü tazminata da hâkimin müdahale etmesi gerektiği düşüncesinden yola çıkmaktadırlar²⁵⁶.

Türk Hukukunda GÜNAY, GÖKÇEOĞLU ve TUNÇOMAĞ ceza koşulunun götürü tazminat niteliğinde olduğunu TBK'daki düzenlemenin de götürü tazminat niteliğini savunduğunu kabul etmektedir. Eski BK m. 158/1 hükmü ve TBK m. 179/1'de yer alan *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”* hükmü bağlamında ifa veya cezadan ancak birinin talep edilebilmesini ceza ile ifanın birbiri yerine geçtiği ve götürü tazminatın benimsendiği hususunda delil olarak göstermişlerdir. Bu yazarlara göre ifaya ekli ceza koşulunda da durum farklı olmayıp burada kanun koyucu ceza koşulunu, borca zaman ve yer bakımından aykırı davranışların bir karşılığı olarak düzenlemiştir. Ceza koşulunda indirim gidilebiliyor

²⁵⁵ Ozanoğlu, s. 82-83'den naklen.

²⁵⁶ Ozanoğlu, s. 83.

olmasını ise ana kuralın istisnası olarak değerlendirmiş ve ceza koşulunun götürü tazminat niteliğine zarar vermeyeceğini belirtmişlerdir²⁵⁷.

OZANOĞLU ise bu iki kurumun birbirinden farklı olduğunu savunan yazarlardandır²⁵⁸. Gerçekten de ceza koşulunun götürü tazminat olduğu görüşü ne ceza koşulunun ne de götürü tazminatın işlevlerine ve tanımına uygun değildir. İkisi birbirinden farklı kurumlardır. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere ceza koşulu teknik olarak tazminatın özellikleri ile uyum göstermemektedir. Götürü tazminat bir tazminat türü olduğundan zarar olmadan talep edilebilmesi mümkün değildir²⁵⁹. Ayrıca götürü tazminat zararı aşamaz ve zarara uğrayanın zenginleşmesine yol açamaz. Bu nedenle baskı ve zorlama aracı olarak da kullanılamaz. Ceza koşulu ise zarardan bağımsız olup zararın ispatı konusundaki zorlukların aşılması ve alacaklıya borçlu üzerinde baskı kurma imkânı tanınması amacıyla doğmaktadır. Bu nedenle ceza koşulunun götürü tazminat olduğunu kabul etmek teknik olarak mümkün değildir.

Diğer yanda ifaya ekli ceza koşulunda hem edim hem ceza birlikte talep edilebilirken götürü tazminat ifa yerine geçmekte ve edim ile birlikte talep edilememektedir²⁶⁰. Bir diğer fark ise burada ortaya çıkmaktadır; ceza koşulunda eserin teslimi anında ihtirazi kayıt ileri sürülmesi gerekirken, götürü tazminatta herhangi bir

²⁵⁷ Tunçomağ, s. 30; Günay, s. 37; Gökçeoğlu, s. 36; Ekinci, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2004, s.46-47.; Akkayan Yıldırım, s. 382.

²⁵⁸ Ozanoğlu, s. 84 vd. ; Benzer görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 365; Şanlı, s. 338-339.

²⁵⁹ Oğuzman/Öz yorumdan aksi anlaşılmadıkça alacaklının zararın varlığının ispatından da kurtulmuş olacağını kabul etmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. 2, s. 532.; Şanlı da götürü tazminatta zararın aranmayacağını kabul ederek şu açıklamayı getirmiştir: *“Biz zararın aranması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Götürü tazminat, alacaklıyı (ve hatta borçluyu) zarar ispatı ve değerlendirmesi ile tazminatın belirlenmesi hususundaki risklerden arındırmak için kararlaştırılır. Bu nedenle zararın ispatına da gerek olmamalıdır.”* Bkz. Şanlı, s. 338 dn. 1093.

²⁶⁰ Tunçomağ, s. 24.

ihtirazi kayıt yahut saklı tutma kaydı ileri sürülmesine bile götürü tazminat talep edilebilecektir²⁶¹.

Ceza koşulu ve götürü tazminatın birbirinden ayrılması güç olsa da talep edilme koşulları farklı olduğundan ayırt edilmeleri oldukça önemlidir. Sözleşmeye konulan bu tarz bir kaydın ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu hususunda karar verebilmek için bir kanun hükmünden faydalanmak mümkün değildir. Zira götürü tazminat TBK’da düzenlenmiş olmayıp ceza koşulunu götürü tazminattan ayıracak net bir düzenleme de mevcut değildir. Bu nedenle ayırım yaparken tarafların iradesini iyi yorumlamak önem arz etmektedir. Ceza koşulunda yapılan anlaşma esasen alacaklının menfaatlerine yönelik olup amaç zararın tazmin edilmesinden ziyade borçlu üzerinde borcun gereği gibi ifa edilmesi için bir baskı oluşturulması ve alacaklının zararı ispat güçlüğünden kurtulmasıdır. Cezanın tazminat işlevi mevcut olmakla birlikte öncelikli ve baskın işlevi borçluyu zorlama görevidir. Götürü tazminat ise baskı aracı olarak değil²⁶² iki taraf için de zarar hesabından kurtulma ve zararın karşılanmasına yönelik miktarın önceden tespit edilmesi ile iki tarafın da işini kolaylaştırma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacının ağır basması halinde ceza koşulundan diğer halde ise götürü tazminattan söz etmek gerekecektir²⁶³.

²⁶¹ Ozanoğlu, s. 83.; Yargıtay 15. HD’nin 04.10.1988 tarih ve 88/3118 sayılı kararı: “... *davacıya ait bağımsız bölümler (zamanında) teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ... (ödeyeceklerine ilişkin) hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. ... (bu nedenle) teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi (gerekmez)*” (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 13.05.2019)

²⁶² Ozanoğlu götürü tazminat ve ceza koşulu arasındaki farklardan bahsederken götürü tazminatın bir baskı aracı olmadığını savunmakta, Şafak Parlak BÖRÜ ise ikinci planda da olsa götürü tazminatın da bir baskı, zorlama işlevi bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Ozanoğlu s. 84, Parlak Börü, Şafak: ‘Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017, (s. 196-228) s. 221 vd.

²⁶³ Parlak Börü, s. 221 vd.

Yargıtay, ifaya ekli ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki farka işaret ettiği bir kararda²⁶⁴:

“Sözleşmenin 2. maddesinde inşaatın 30 aylık süre içerisinde bitirilip davacıya ait bağımsız bölümler teslim edilmediği takdirde her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ödeyecekleri yazılıdır. Görüldüğü üzere bu hüküm davacıya ödenecek tazminatı düzenlemektedir. Anılan tazminat taraflarca kararlaştırılan maktu kira tazminatı niteliğindedir. Diğer bir deyimle davaya konu edilen tazminat sözleşmedeki özelliği itibarıyla BK’nın 158/2 maddesinde belirtilen ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olmayıp kira tazminatı niteliğinde olduğundan teslimde arsa sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek bulunmamaktadır.” ifadelerine yer vermiştir.

Burada önemli olan tarafların kullandıkları kelime değil, ceza koşulu kaydını sözleşmeye koymalarındaki amaçtır. Görüldüğü üzere ceza koşulu ve götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup bunların ayırt edilmesi büyük önem taşıdığı gibi, ceza koşulu hükümlerinin götürü tazminata kıyasen uygulanması da doğru değildir.

E. CEZA-TAZMİNAT KARIŞIMI GÖRÜŞÜ

Bu görüş Alman hukukçular tarafından ileri sürülmüş olup görüşün taraftarları ceza koşulunun ne ceza işlevinin ne de tazminat işlevini görmezden gelinemeyeceğini bu görüşün bir orta yol olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün yukarıda bahsettiğimiz görüşleri kapsayan ılımlı bir yanının olması oldukça fazla taraftar toplamasına neden olmuştur²⁶⁵.

Kanatımızca; ceza koşulu hem ceza hem de tazminat işlevini yerine getirdiğinden ceza-tazminat karışımı görüşü en makul görüştür. Ceza koşulunun zararı aştığı durumlar

²⁶⁴ Yargıtay 15. HDnin 04.10.1988 tarih ve 88-3118 Sayılı kararı için bkz. OZANOĞLU, s. 86 (dn. 74).

²⁶⁵ Tunçomağ, s. 24.

söz konusu olabilmektedir ancak bu durum ceza koşulunun alacaklının zararını tazmin ettiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Ayrıca TBK’da fahiş ceza koşulunun indirilebilmesi kurumu ile ceza koşulunun ceza ve tazminat yönleri dengelenmiş bulunmaktadır. Ceza ve tazminat karışımı görüşünde her zaman iki işlevin birlikte mevcut olması gerekmez bazen ceza bazen tazminat baskın olabilir. Ceza koşulunun zarar olmasa bile talep edilebiliyor olması ise zararın mevcut olduğu durumlarda tazminat işlevi yerine getirdiği durumları ortadan kaldırmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi iki fonksiyonun her zaman bir arada bulunması zorunlu değildir. Yargıtay da bazı kararlarında bu iki fonksiyon arasında denge sağlanması gerektiğini prensip olarak kabul etmiş ve bu görüşe yakın kararlar vermiştir. Örneği bir kararında²⁶⁶:

“Ticari olmayan işlemlerde, borçlu ileri sürmese bile, hakim ceza koşulundan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Hakime akdın bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, hakime istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hakim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarı, işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreler ceza koşulunun tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı kullandığı takdir hakkını Yargıtay’ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır. Hakim ticari işlemlerde dahi ceza koşulunun ahlak ve adaba

²⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26.12.2001 tarih ve 2001/9-1175E. 2001/1166K. Sayılı Kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 15.12.2017)

aykırı olup olmadığını incelemelidir.” ifadelerine yer vermiştir. Ancak Yargıtay’ın ceza koşulunun niteliği hakkında tek bir görüşü savunduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira farklı kararları da diğer görüşleri destekler niteliktedir.

IV.CEZA KOŞULUNUN UNSURLARI VE ÖZELLİKLERİ

A. ASIL BORCUN VARLIĞI

Ceza koşulu asıl borcun ifasına yönelik olarak ve bu asıl borcu kuvvetlendirmek için öngörülmektedir. Bu nedenle asıl borcun olmadığı yerde ceza koşulundan da söz edilemez²⁶⁷. Ceza koşulu asıl borca bağlı feri nitelikte bir alacak olduğundan varlığı ve geçerliliği asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır²⁶⁸.

TBK m. 26’ya göre taraflar sözleşme serbestisine sahip olsa da TBK m. 27 ile bu serbestiye sınırlama getirilmiş ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerde yer alan ceza koşulu da asıl borcun hükümsüz olması nedeniyle geçersiz olacak ve tarafları bağlamayacaktır.

Aynı şekilde asıl borcun ifa, ibra, takas yahut yenileme gibi nedenlerle ortadan kalktığı durumlarda da bu borca bağlı olarak kararlaştırılan ceza koşulu talep edilemeyecektir. Eser sözleşmelerinde öngörülen ceza koşulu kayıtları bakımından da belirtilmesi gereken önemli husus şudur: şekle tabi olan eser sözleşmelerinde kanunen öngörülen geçerlilik şekline uyulmadığı durumlarda bu sözleşmelerde kararlaştırılan ceza koşulu kayıtları da geçersiz olacaktır. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi biçimde yapılmamış ise bu sözleşmede belirlenen ceza koşulu da geçersizdir. Bir diğer ihtimalde bu sözleşme resmi şekilde yapılmış ancak ceza koşulu daha sonra adi yazılı

²⁶⁷ Oğuzman/Öz, C.2, S. 531; EREN, s. 1206.; Akkayan Yıldırım, s. 366.; Kocaağa, s. 84.

²⁶⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 363; Karataş, s. 319.

şekilde yapılan bir sözleşme ile belirlenmiş ise yine asıl borcun geçerlilik şartına uygun bir sözleşme yapılmadığından ceza koşulu geçersiz olacaktır²⁶⁹.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise iyi niyet kurallarına uygun hareket edilip edilmediğidir. Geçersizliğin ileri sürülemeyeceği durumlarda artık ceza koşulunun geçersizliğinden de bahsedilemez. Örneğin geçersiz arsa karşılığı inşaat sözleşmesine rağmen taraflar sözleşme hükümlerini yerine getirmiş, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmuş, eser kullanılabilir derecede tamamlanmış yahut bitirilmiş ise artık sözleşmenin geçersizliğini öne sürmek iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli koşullar mevcut ise ceza koşulunun ödenmesi gerekir²⁷⁰.

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için asıl borcun ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Asıl borç zamanında ve gereği gibi ifa edilmiş ise artık ceza koşulundan faydalanmak mümkün değildir²⁷¹. Asıl borç her türlü sözleşme ilişkisinden kaynaklanıyor olabilir. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, haksız mal kazanma veya nafaka borcu gibi aile hukukundan kaynaklanması ceza koşulunun varlığını etkilemez. Zira ceza koşulu asıl borca bağlı ancak aynı zamanda ondan ayrı bir sözleşmedir²⁷².

²⁶⁹ Yargıtay 15. HD'nin 08.11. 2001 tarih ve 3049/5080 sayılı kararı(Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 05.12.2017)

²⁷⁰ Yargıtay 15. HD'nin 24.06.2002 tarih ve 2712/3412 sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 03.01.2019)

²⁷¹ Uçar, Salter: Ceza koşulu ve Uygulaması, İstanbul 1993, s. 14.

²⁷² Günay, s. 26

B. ASIL BORÇ YANINDA BAĞIMSIZ BİR EDİMİN VARLIĞI

Ceza koşulu asıl borca bağlı ancak asıl borcun ihlali halinde ortaya çıkan ondan ayrı bir edimdir²⁷³. Ceza koşulu muaccel hale gelene kadar asıl borca bağlı ancak muaccel hale geldikten sonra artık ondan bağımsız bir alacaktır²⁷⁴.

Ceza koşulunun asıl borçtan ayrı bir edim olarak kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Bazı durumlarda ceza koşulu belirleme düşüncesiyle sözleşmeye konulan şartlar ayrı bir edim niteliği taşımadığı için ceza koşulu olarak kabul edilmemektedir. Örneğin, taraflardan birinin temerrüdü halinde sözleşmenin feshedilmiş sayılacağına ilişkin hükümler, faizlerin ödenmemesi durumunda para borcunun muaccel olacağına ilişkin hükümler yahut yangından doğan zararın yanlış beyan edilmesi durumunda sigortalının tazminat hakkının düşeceğine ilişkin hükümler ayrı birer edim niteliği taşımadığı için ceza koşulu değildir²⁷⁵. Bu ve buna benzer şekilde asıl borca aykırı davranılması halinde bir hakkın sınırlandırılmasına değişikliğe uğramasına, ortadan kalkmasına ilişkin hükümlerde de ceza koşulunun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir²⁷⁶. Ancak kanaatimizce ayrı bir edim olmasa bile bir hakkın sınırlandırılması ve değişikliğe uğramasına ilişkin bu tarz hükümler de ceza niteliği taşımaktadır.

²⁷³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. “İkinci Bölüm, §2, IV., C.” başlığı altındaki açıklamalar.

²⁷⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 364; Karataş, s. 328

²⁷⁵ Uçar, s. 15.; Günay, s. 27.

²⁷⁶ Tunçomağ, s. 13; Kocağa, s. 103.; aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 536: “*Öğretide ve Uygulamada borcun ihlali halinde borçlunun bir edimi yerine getirmesi değil de bir hak veya yetkisini kaybetmesi ceza olarak kararlaştırılmışsa bunun TBK 179-182 bağlamında ceza koşulu sayılamayacağı belirtilmektedir. Örneğin yüklenicinin işi geciktirdiği her ay için bedel alacağının bir kısmını istemek hakkını kaybedeceği satıcının malı vaktinde teslim etmemesi üzerine bedelin bir kısmını talep hakkını kaybedeceği şeklindeki anlaşmalar böyledir. Kanımızca sadece bu tür cezaların bir edim niteliği taşımadığı gerekçesine dayanan bu ayırım isabetli değildir. Bu durumlarda da en azından kıyasen ceza koşuluna ilişkin TBK 179-182 hükümleri uygulanabilmelidir.*”

C. BAĞIMSIZ EDİMİN ASIL BORCA BAĞLI OLMASI (FERİLİĞİ)

Ceza koşulu ve asıl borç arasında fer’ilik ilişkisi söz konusudur. Ceza koşulunun asıl borcun feri niteliğinde olmadığı durumlarda bir ceza koşulu anlaşması değil seçimlik borç anlaşması söz konusudur²⁷⁷.

Ceza koşulunun asıl borca bağımlı bir borç olmasından kaynaklı olarak doğması ve sona ermesi de asıl borcun doğumu ve sona ermesine bağlıdır ve diğer hususlarda da çoğu zaman asıl borcun tabi olduğu hükümlere tabidir. Asıl borç geçerli değil ise ceza koşulu da geçersizdir. Asıl borç zamanaşımına uğrarsa ceza koşulu da zamanaşımına uğrar, asıl borcun ifa yeri ceza koşulunun da ifa yeridir, asıl borcun tabi olduğu şekle ceza koşulu da tabidir, asıl alacak için yapılan menkul rehni ceza koşulunu da kapsar, sözleşmeden dönüldüğünde ceza koşulu artık talep edilemez²⁷⁸. Asıl alacağın temliki bu alacağın feri olan ceza koşulunun da temlikini kapsar. Ayrıca sözleşmede aksine bir hüküm yok ise sözleşmenin feshedilmesi halinde de ceza koşulunun talep edilemeyeceği Yargıtay içtihatları ile sabittir²⁷⁹.

Bu sebeple uygulamada sözleşmede müvekkilimiz lehine bir ceza koşulu hükmü düzenlediğimizde sözleşme feshedilse dahi ceza koşulu alacağının ortadan kalkmayacağına dair hükümleri de eklemeye özen göstermekteyiz. Diğer yanda taraflar imkânsızlık halinde dahi ceza koşulunun talep edileceğine dair hükümler de kararlaştırabilirler.

²⁷⁷ Tunçomağ, s. 15

²⁷⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 363.

²⁷⁹ Yargıtay 15. HD, 10.03.2010 tarih ve 2009/1586E.-2010/1330K. sayılı kararı: “*Taraflar arasındaki sözleşmede, fesih halinde ayrıca cezanın da ödeneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediğinden ve davacı sözleşmeyi feshettiğinden, feshedilen sözleşmeye dayanılarak seçimlik cezanın da ödenmesi istenemez.*” (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 05.01.2019)

Ceza koşulunun feriliği ile bağdaşmayan bazı hükümler de mevcuttur. Bunlar henüz muaccel hale gelmemiş ceza koşulunun asıl alacaktan ayrı şekilde temlik edilebilmesi, sözleşmenin başlangıcından itibaren ceza koşulu alacaklısının asıl borcun alacaklısından farklı olabilmesi durumlarıdır²⁸⁰.

Ceza koşulunun feriliği ceza koşulu muaccel olana kadar devam eder. Muacceliyet anından itibaren asıl borçtan bağımsız bir hal alır²⁸¹. Ancak dönme halinde ceza koşulu talep edilememesi hususu muaccel hale gelmiş ceza koşulunda da söz konusudur. Zira ceza koşulu talebinin dayandığı sözleşme geriye dönük olarak ortadan kaldırıldığı için artık ceza koşulu talep edilememektedir. İleri etkili fesihte ise fesih anına kadar muaccel hale gelmiş olan ceza koşulu alacakları talep konusu yapılabilir.

D. SAĞLARARASI BİR HUKUKİ İŞLEMLE BELİRLENMESİ

Ceza koşulunun sağ olan taraflar arasında bir hukuki işlem ile belirlenmesi zaruridir. Kanun tarafından borca aykırılık halinde yerine getirileceği belirlenmiş olan edim ceza koşulu niteliği taşımaz. Ancak bu edim aynı zamanda bir ceza koşulu anlaşmasına konu olursa o zaman ceza koşulundan söz edilebilir²⁸². Vasiyetname ile tek taraflı olarak belirlenen sorumluluk ve cezalar da ceza koşulu olarak değerlendirilmemektedir. Ancak aksini düşünen, tek taraflı hukuki işlemle de ceza koşulu belirlenebileceğini savunan yazarlar mevcuttur²⁸³.

²⁸⁰ Tunçomağ, s. 16.

²⁸¹ Günay, s. 29.

²⁸² Gökçeoğlu, s. 38

²⁸³ Bu görüşler için bkz. Gökçeoğlu, s. 38

E. EKONOMİK DEĞER TAŞIMASI

Ceza koşulunun ekonomik değer taşıyan bir edim olması gerekmektedir. Bu edim genel olarak taraflarca bir miktar para şeklinde kararlaştırılır²⁸⁴.

Aynı şekilde eser sözleşmelerinde genel olarak “...eserin tamamlaması için işbu sözleşmede belirlenen tarihten itibaren gecikilen her gün için iş sahibine 500 TL ödenecektir.” şeklinde hükümler yer almakta ve taraflar ceza koşulunu para olarak belirlemektedir. Bazen ceza koşulu asıl alacağın belli bir yüzdesi şeklinde de kararlaştırılmaktadır. Taraflar TBK m. 182/1’de yer alan “Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.” hükmüne göre ceza miktarının tayininde kanuni sınırlar içinde serbesttirler.

Ancak ceza koşulunun illa ki para olması gerekmez. Para dışındaki ekonomik değeri olan başka edimler de taraflarca ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Bir şey verme veya yapma yahut yapmama edimleri de para dışındaki bir ceza koşulu olarak hüküm altına alınabilir. Örneğin, borca aykırı davranış halinde belli bir miktar hissenin alacaklıya devredileceği, bir alacağın temlik edileceği, bir borcun ibra edileceği, bir tadilat işinin yapılacağı şeklinde ceza koşulu hükümleri öngörülebilir²⁸⁵.

Manevi değerler ise cebri icra yolu ile takibi mümkün olmadığından ceza koşulu olarak belirlenemez²⁸⁶.

V. CEZA KOŞULUNUN TÜRLERİ

TBK’nın 179-182. maddeleri arasında düzenlenen ceza koşulu hükümlerinde üç tür ceza koşulundan bahsedilmiş ancak doktrinde kullanıldığı gibi bir isimlendirme

²⁸⁴ Eren, s. 1206.

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 535.; Gökçeoğlu, s. 42

²⁸⁶ Eren, s.536.

yapılmamıştır. TBK'dan yola çıkılarak ceza koşulu türleri seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası şeklinde ifade edilmektedir. Ceza koşulunun türleri aşağıda detaylı olarak izah edilecektir.

A. SEÇİMLİK CEZA KOŞULU

TBK m. 179/1'de: *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”* hükmü yer almaktadır. Bu hükümde seçimlik ceza düzenlenmiş olup sözleşme ile yüklenilen edimlerin hiç ifa edilmemesi yahut eksik ifa edilmesi halleri için kararlaştırılan ceza kural olarak seçimlik hak doğurur ve alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını talep edebilir²⁸⁷. İkisini birlikte talep edemez. Ancak TBK'nın bu hükmü emredici nitelikte olmayıp aksinin sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği kabul edilmiştir.

Taraflar sözleşmede hem cezanın hem de borcun ifasının yahut ifa etmeme tazminatının birlikte istenebileceği hususunda anlaşma sağlamış olabilirler²⁸⁸. Bazı yazarlara göre bu durum sözleşmede açıkça yazıyor olabileceği gibi halin icabından da

²⁸⁷ Hukuk Genel Kurulu'nun 27.04.2011 tarih ve 2011/15-118E.-2011/234K. sayılı kararı: *“Yanlar arasında imzalanan 04.07.2006 tarihli ek protokolde ayıplı olarak üretilen pantolon, şort ve şort eteklerin ücretsiz olarak yeniden davalı tarafça üretileceği, teslimin sipariş tarihinden itibaren 6 iş gününde yapılacağı, yeniden üretilcek olan üniformalarda kullanıcı hatası sayılmayan hallerin dışında üniformaların miadından önce deforme olması, yırtılması, renk atması, çekmesi, salması, ribanaların marullaşması, yaka telalarının salması veya ek protokolde belirtilen tarihlerde ürünlerin tesliminin gerçekleşmemesi halinde ve benzeri sözleşme ihlallerinde yüklenicinin iş sahibine kendisine ödenmiş tutarın 2 katı kadar tazminat dışında cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Söz konusu cezai şart akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde ödenmek üzere kararlaştırılmış olduğundan BK'nın 158/I. maddesi hükmünde tanımlanan seçimlik cezai şarttır.”* (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 06.02.2019)

²⁸⁸ Oğuzman/Öz, C.2, s. 541.

anlaşılabilir²⁸⁹. TUNÇOMAĞ'a göre ceza koşulunun müspet zarardan çok daha az olduğu durumlarda yahut yalnızca borcu kuvvetlendirmek amacıyla konulduğu hallerde tarafların sözleşmede aksini kararlaştırdıklarının eş deyişle ifa ile birlikte cezanın talep edilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksi halde seçimlik ceza hükmünün uygulanması taraf iradeleri ile uyuşmayan ve tatmin edici olmayan sonuçlara sebebiyet verebilir²⁹⁰. Kanaatimizce sözleşmede açıkça yazmadığı sürece böyle bir yorum yapılarak ifa ve cezanın birlikte talep edileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşmede belirlenen seçimlik ceza koşulunun sırf muhtemel zarardan az olması sebebi ile burada ifaya eklenen ceza koşulundan bahsedilmesi uygulamada tutarsızlığa ve yanlış değerlendirmelere sebebiyet verebilir. Kaldı ki; alacaklının bir kaybı söz konusu olmayacak ifa ile birlikte borca aykırılıktan dolayı uğradığı zararlar için tazminat talebinde bulunabilecek yahut ifadan vazgeçerek ceza talebinde bulunsa bile aşan zararlarını ispat ederek tazminat talebinde de bulunabilecektir.

Seçimlik ceza koşulu hukuki niteliği itibariyle alacaklıya yenilik doğucu seçimlik bir hak tanımaktadır. Bu nedenle alacaklı seçimini yaptıktan ve bunu borçluya bildirdikten sonra artık bu kararından dönemez. Alacaklının seçimi borçlunun hakimiyet alanına girdiği ve bu seçimi bilecek duruma geldiği andan itibaren sonuç doğurur.

Alacaklının seçimlik cezayı talep edebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekmektedir. Yargıtay sözleşmenin ileri etkili olarak feshedilmesi halinde muaccel hale gelen ceza koşulunun talep edilebileceğini, ancak geriye dönük olarak

²⁸⁹ Günay, s. 78

²⁹⁰ Tunçomağ, s. 44-45.

ortadan kaldırılması halinde ceza koşulu talebinin reddedilmesi gerektiğini kabul etmiştir²⁹¹.

Yargıtay'ın sözleşmeden dönmeye ilişkin bir kararında ise: *“Yanlar arasındaki 18.12.1995 ve 28.12.1995 günlü sözleşmelerin 2. ve 19. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bu sözleşmelerde yer alan ve sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi öngörülen ceza koşulunun BK'nın 158/1 maddesinde düzenlenen seçimlik ceza niteliğinde olduğu görülmektedir. Sözleşmeye aykırılık halinde taraflardan her biri aksi sözleşmede kararlaştırılmamış ise ya sözleşmenin yerine getirilmesini ya da seçimlik cezanın ödetilmesini isteyebilir. Olayda taraflar arasındaki asıl ve ek sözleşmeler geriye etkili olarak feshedildiğinden ve sözleşmelerde fesih halinde cezanın da istenebileceğine dair bir hükme yer verilmediğinden feshedilen sözleşmelere dönülerek ayrıca ceza talep edilemeyeceği kuralı bir yana bırakılıp sözleşmelerin feshi yanında seçimlik cezanın da hüküm altına alınması doğru değildir.”* ifadelerine yer verilmiştir²⁹².

Bu kapsamda uygulamada özellikle eser sözleşmelerinde düzenlenen ceza hükümlerinin devamına:

“Yüklenici'nin bu madde hükümleri uyarınca ceza ödeme yükümlülüğü, işbu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden herhangi birini ortadan kaldırmayacaktır.”

²⁹¹ Yargıtay 15. HD'nin 04.06.1998 tarih ve 1998/2081E.-1998/2403K. sayılı kararı: *“Yüklenicinin kendi kusuru ile işi belli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlık, kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri (TBK 125) çerçevesinde çözümlenir ise de; olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK'nın 2. maddede hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğurur biçimde feshine karar verilebilir. Akdin ileriye etkili feshi hali de sözleşmede belirtilen ceza koşuluna hükmedilir, geriye etkili fesih durumunda ise ceza koşulu isteği reddedilir.”* (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 12.02.2019)

²⁹² Yargıtay 15. HD'nin 11.03.2002 tarih ve 5874/1062 sayılı kararı, bkz. KARATAŞ, s. 353.

“İşbu Sözleşme’nin fesih dahil herhangi bir sebeple sona ermesi, Yüklenici’nin işbu Sözleşme kapsamında doğmuş olan cezaları iş sahibine ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.”

gibi hükümler eklenerek seçimlik ceza hükümlerinin bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır.

B. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

TBK m. 179/2’de: *“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.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre asıl borcun tarafların kararlaştırdığı zamanda ve yerde ifa edilmemesi hali için bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise ifaya eklenen ceza söz konusu olmaktadır. İfaya eklenen ceza koşulu terimi kanunda yer almamış ancak doktrinde kullanılan bir terimdir. Ancak alacaklının ifanın yanı sıra ceza koşulunu da talep edebilmesi için aynen ifadan vazgeçmemiş ve ifayı kayıtsız şartsız kabul etmemiş olması gerekir. Alacaklının ifaya eklenen ceza koşulu talebinde bulunabilmesi için ifayı kabul ederken, kabul etmeden önce yahut kabulden hemen sonra zaman kaybetmeksizin mutlaka ihtirazi kayıt öne sürmesi, ceza koşulu alacağını saklı tuttuğunu belirtmesi gerekir.

İfaya eklenen ceza koşuluna eser sözleşmelerinde sıklıkla rastlanmakta ve bu sözleşmelerde ifaya eklenen ceza koşulu daha çok gecikme cezası olarak karşımıza çıkmaktadır. Eş deyişle ifaya eklenen ceza koşulu genellikle ifanın zamanında yerine getirilmemesi hali için kararlaştırılmaktadır.

Yargıtay ifaya ekli ceza koşulunu ve talep edilebilme şartlarını eser sözleşmesinin konu olduğu bir dosyaya ilişkin kararında²⁹³ şöyle ifade etmiştir:

“Dava, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesine dayalı menfi tesbit ve Borçlar Kanunu'nun 158/II maddesine dayalı geç teslim sebebiyle ifaya ekli ceza istemlerine ilişkindir. Asıl borcun kararlaştırılan zamanda ve yerde ifa edilmemesi halinde "ifaya eklenen ceza koşulu" uygulanır. Taraflar ifaya ekli ceza ile asıl borcun zamanında ve belirlenen yerde ifa edilme ihtimalini kuvvetlendirmek istediğinden cezanın istenebilmesi için kural olarak, alacaklının (iş sahibinin) ifayı talepten vazgeçmemesi gerekmektedir. İfaya ekli ceza -sözleşmede ayrık bir düzenleme yoksa- sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. Ayrıca, bu haktan açıkça feragat edilmemiş olması veya ifanın ihtirazi kayıt bildirilerek kabul edilmiş olması da gerekmektedir. Somut olayda ifa istenmediğinden sözleşme ayakta tutulmamış ve taraflar arasındaki sözleşmede ayrık bir düzenleme de bulunmadığına göre, ancak ifayla birlikte talep edilebilir nitelikteki ifaya ekli cezayı isteme olanağı bulunmamaktadır.”

Yine aynı kararın devamında: *“Taraflar ifaya ekli cezayla asıl borcun zamanında ve belirlenen yerde ifa edilme ihtimalini kuvvetlendirmek istediğinden cezanın istenebilmesi için kural olarak, alacaklının (iş sahibinin) ifayı talepten vazgeçmemesi gerekmektedir. Eş söyleyişle, sözleşme feshedilmemiş ayakta tutulmuş olmalıdır. Olumlu zarar kapsamında bulunan ifaya ekli ceza -sözleşmede ayrık bir düzenleme yoksa- sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. Ayrıca, bu haktan açıkça feragat edilmemiş olması veya ifanın ihtirazi kayıt bildirilerek kabul edilmiş olması da gerekmektedir. Hemen belirtmelidir ki, somut olayda davalı/yüklenicinin edimini*

²⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.09.2006 tarih, 2006/15-545E.-2006/569K. Sayılı kararı (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 12.02.2019)

sözleşme koşullarına uygun ve zamanında yerine getirmemiş olması nedeniyle iş sahibi/davacı ifayı talep etmeyerek, davaya konu eksik işler bedeli yönünden borçlu olunmadığının tespitini istemiş; bu istek mahkemece kısmen kabul edilerek, özel dairece bu kısma ilişkin temyiz itirazları reddedilmekle bu yön kesinleşmiştir. Şu durumda, sözleşmenin ayakta tutularak ifa istendiğini kabule olanak bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu kapsamda alacaklının/iş sahibinin ifaya ekli ceza koşulunu talep edebilmesi için sözleşmenin de ayakta olması zaruridir. Sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşme geriye dönük olarak ortadan kalkacağından ceza koşulu da baştan itibaren hükümsüz olacağı için talep edilemez. Sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedildiği sözleşmelerde de ifaya ekli ceza koşulu talep edilemez ise de fesih anına kadar oluşmuş ihlale dayanarak ceza koşulu talep edilebileceği yönünde kararlar mevcuttur²⁹⁴.

Yargıtay bu hususa ilişkin bir kararında şu ifadelere yer vermiştir²⁹⁵:

“818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/II, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 uncu maddesi hükmüne göre; borcun kararlaştırılan yerde veya zamanda ifa edilmemesi durumunda ceza ödenmesi kararlaştırılmışsa ifaya eklenen cezai şart söz konusudur. Davacı iş sahibi akdi feshettiğinden mahkemece ifaya ekli ceza isteminin reddi isabetli olmakla birlikte, yerel mahkemece yapılan yargılama sonucunda sözleşmenin 27. maddesi yollamasıyla 4735 sayılı Yasa'nın 20. maddesi hükmünce; verilen 20 günlük cezalı süreye rağmen işin tamamlanmaması nedeniyle feshedildiğinden, kural olarak fesih halinde ifaya ekli cezai şart istenemez ise de feshedilemeyen bu süre için tahakkuk

²⁹⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 368.

²⁹⁵ Yargıtay 15. HD'nin 11.07.2017 tarih ve 2016/1501E.-2017/2843K. sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 03.05.2019)

edecek cezai şart istenebileceğinden mahkemece 20 gün karşılığı; sözleşmenin “Diğer Hususlar” başlıklı bölümünün 6. maddesinde kararlaştırılan günlük 1000,00 TL'den 20.000,00 TL cezai şart alacağının iş sahibi alacağına katılarak davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken bu istemin tümünün reddi isabetli olmamış, açıklanan nedenlerle kararın, davacı yararına bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.”

Aksi sözleşme ile kararlaştırılarak sözleşmeden dönülmüş olmasının alacaklının ceza koşulu alacak hakkını etkilemeyeceği öngörülebilir. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz üzere taraflar sadece yer ve zaman bakımından eksik ifade değil her türlü sözleşmeye aykırılık için kararlaştırdıkları ceza koşulunun ifa ile birlikte talep edilebileceğini sözleşmelerinde belirleyebilirler.

İfaya eklenen ceza koşulunun söz konusu olduğu durumda ceza muaccel olmuş ancak borcun ifası imkânsızlaşmış ise alacaklı hem cezayı hem de ifa etmeme halinden doğan zararlarının tazminini talep edebilir²⁹⁶.

C. İFAYI ENGELLEYEN CEZA KOŞULU (DÖNME CEZASI)

TBK 179/3. maddesinde dönme cezası düzenlenmiştir. Bu hükme göre: *“Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”*

Her ne kadar dönme cezası ceza koşulu hükmü altında düzenlenmiş olsa da esasen bir ceza koşulu türü değildir. Zira dönme cezasında sözleşmenin ihlal edilmesi zorunlu değildir. Burada yalnızca borçluya sözleşmeden kurtulması için bir imkân tanınmış dönme cezası ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme hakkı düzenlenmiştir. Dönme cezası ceza koşulu türlerinden farklı olarak borçlu lehine bir düzenlemedir.

²⁹⁶ Oğuzman/Öz, C. 2., s. 543.

Dönme cezası ödemesi için sözleşmeden dönen tarafın keyfi olarak sözleşmeyi sona erdiriyor olması gerekmektedir. Sözleşmeyi sona erdirmek için haklı bir nedeni olan, kanundan doğan hakkını kullanan borçludan dönme cezası ödemesi istenemez²⁹⁷. Doğurduğu sonuç bakımından seçimlik ceza koşulu ile karıştırılan dönme cezası esas itibariyle oldukça farklıdır. Seçimlik ceza koşulunda ifayı yahut cezayı seçme yetkisi alacaklıda iken dönme cezasında borçluya tanınmış bir yetki söz konusudur. Seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşullarında borçlunun borcu ihlali karşısında alacaklıya tanınmış bir talep hakkı doğmaktadır ancak dönme cezasında borçlunun borcu ihlal etmesine gerek olmayıp keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır²⁹⁸. Doktrinde tereddüt halinde dönme cezasının değil ceza koşulunun mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁹⁹. Nitekim dönme cezasının varlığını ispat yükü kanunen borçlu üzerine bırakılmıştır³⁰⁰.

Seçimlik ceza koşulunda alacaklı cezayı aşan zararını ispat ederek talep edebilirken dönme cezasında dönmeden doğan zararların taraflarca götürü bir tazminat olarak önceden belirlenmiş olduğu kabul edildiğinden cezayı aşan zararın talep edilebilmesi mümkün değildir³⁰¹. Yargıtay'ın bir kararında açıkça "*Dönme cezasının*

²⁹⁷ Oğuzman/Öz, C.2, s. 544; Yargıtay 15. HD 03.12.2007 tarih ve 2006/4128E.-2007/7699K. Sayılı kararı: "*Dönme cezasının hüküm altına alınabilmesi için de sözleşmeyi fesheden tarafın feshinde tamamen haksız olması gerekir. Somut olayda davacı iş sahibi ödemelerini zamanında yapmadığı için haksız ise de davalı yüklenici de taahhütname uyarında 60 gün içerisinde vermeyi taahhüt ettiği teminatı fesih tarihine kadar vermediği için kusurludur. Bu durumda sözleşmenin feshinde iki taraf da kusurlu görüldüğünden mahkemece iş sahibinin kusurlu olduğu kabul edilip dönme cezasına hükmedilmesi doğru bulunmamıştır.*" Bkz. Karataş, s. 369 dn. 91.

²⁹⁸ Uçar, s. 18; Sütçü, s. 1174-1176

²⁹⁹ Hatemi/Gökyayla, s. 368; Oğuzman/Öz, cilt 2, s. 544.

³⁰⁰ Günay, s. 86; Gökçeoğlu, s. 34.

³⁰¹ Kocaağa, s. 155; Uçar, s. 18; Günay, s. 85; Tunçomağ, s. 47; Sütçü, s. 1178; Eren, s.1212

istenmesi ve mahkemece karar verilmesi durumunda yüklenici başka bir nedenle tazminat ve alacak isteminde bulunamaz” ifadesi yer almıştır³⁰².

Dönme cezasının diğer ceza türlerinden bir farkı da fahiş cezadan bahisle indirim talep edilemeyecek olmasıdır³⁰³. Öğreti de aksini savunanlar³⁰⁴ olsa da kanaatimizce de keyfi olarak sözleşmeden dönen ve sözleşmeden dönmek için hiçbir haklı sebebi bulunmayan borçlu borcunu ifa etmek yerine sözleşmeden kurtulmayı tercih ediyor ise sözleşme ile kararlaştırılan cezayı da ödemek durumunda kalmalı ve indirim talep edememelidir.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin işi yarım bırakarak inşaat alanını terk etmesi halinde zımni olarak sözleşmeden döndüğü ve dönme cezası ödemesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁵. Yüklenicinin sözleşmeden döndüğünü ispat yükü ise alacaklı üzerindedir. Yalnızca bir ya da birkaç edimin yerine getirilmemesi sözleşmeden dönüldüğü anlamına gelmeyecektir.

VI. CEZA KOŞULU ALACAĞININ TALEP EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI

A. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI

1. Genel Olarak

Ceza koşulunun muacceliyeti talep edilebilmesi için gerekli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Ceza koşulu alacağının talep edilebilmesi için ise öncelikle geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının mevcut olması gerekmektedir. Geçerli bir ceza koşulu anlaşması da ceza koşulunun esaslı unsurlarının mevcut olması ile gerçekleşir. Bunun için öncelikle asıl borcun mevcut olması eş deyişle ceza koşulu ile teminat altına

³⁰² Yargıtay 15. HD’nin 28.09.2010 tarih ve 4150/4834 sayılı kararı bkz. Sütçü, s. 1178-1179.

³⁰³ Yargıtay 15. HD’nin 14.02.2002 tarih ve 2001/4830E.- 2002/741K. sayılı kararı bkz. Sütçü, s. 1179

³⁰⁴ Sütçü, s. 1179; Uçar, s. 19.

³⁰⁵ Yargıtay 15. HD’nin 24.03.1997 tarih ve 99/1565 sayılı kararı bkz. Karataş, s. 371.

alınacak olan asıl alacağın varlığı önemlidir. Yine asıl alacağa ve bir ihlal durumuna bağlanmış olan bağımsız bir edimin varlığı ceza koşulunun diğer bir unsurudur. Bu unsurların var olması ile geçerli bir ceza koşulunun kurulmasından sonra ceza koşulu alacağının talep edilebilmesi için ceza koşulu ile teminat altına alınan yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekmektedir. Eğer ki bu yükümlülük hiç oluşmamış yahut herhangi bir sebeple ortadan kalkmış ise artık ceza koşulu talebi söz konusu olamaz³⁰⁶.

Ceza koşulu daha öncede belirttiğimiz gibi şarta bağlı bir edim taahhüdü olduğundan edim borcunun doğması için şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunun için borçlu ya sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmeyecek yahut eserin tesliminde gecikecektir. Görüldüğü gibi ceza koşulunun talep edilebilmesinin ilk şartı teminat altına alınan yükümlülüğün ihlalidir³⁰⁷.

Aksi görüşler³⁰⁸ olmakla birlikte bizim de katıldığımız hakim görüşe göre ceza koşulunun muaccel hale gelebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gerekmez. Ceza koşulunun muacceliyeti için temerrüt şartının aranması halinde temerrüt için öngörülen kanuni koşulların varlığı gerekecektir. İhtarın yerini tutan belirli vadeli durumlarda uygulama açısından herhangi bir fark bulunmamakla birlikte temerrüt için ihtarın gerekli olduğu durumlarda, ceza koşulunun muacceliyeti uygun bir ihtarın varlığına bağlanacak ve bu durum ceza koşulunun etkisini önemli derecede azaltacaktır³⁰⁹. Nitekim ceza koşulunun amacı alacaklı üzerindeki ispat külfetini kaldırmak, zararın tazminini kolaylaştırmak ve borçlu üzerinde baskı oluşturmaktadır.

³⁰⁶ Ozanoğlu, s. 103.

³⁰⁷ Uçar, s. 20.

³⁰⁸ Uçar, s. 20; Şahin, s. 327.

³⁰⁹ Tunçomağ, s. 95; benzer görüş için bkz. Ozanoğlu, s. 104.; Eren, s. 1207: “asıl edim hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği takdirde koşul gerçekleşir ve ceza koşulu muaccel hale gelir”; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 349.

Kaldı ki; TBK'nın 179 maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yer alan düzenlemelere bakıldığında akdin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi yahut gerekli yer veya zamanda yerine getirilmemesi durumları ceza koşulunun muacceliyeti için yeterli görülmüştür. Bu nedenle ceza koşulunun talep edilebilmesi için temerrüt şartının aranmayacağı açıktır.

Bunun dışında ceza koşulunun muacceliyeti tarafların yaptıkları anlaşma ile farklı koşullara da bağlanabilir. Böylece ceza koşulunun talep edilebilmesi kolaylaştırılabileceği gibi anlaşma ile zorlaştırılabilir de.

2. Borçlunun Asıl Borcu İhlali

Asıl borcun ihlali hususu ceza koşulunun türüne göre ele alınmalıdır. Seçimlik cezanın söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin gerektiği gibi ya da hiç yerine getirilmemesi durumunda ceza koşulu muacceliyet arz edecektir. Eser sözleşmeleri bakımından bu husus daha çok ayıplı eser tesliminde ortaya çıkmaktadır. Eser zamanında teslim edilmiş olsa bile ayıplı eser teslimi halinde ceza koşulu ödeneceği kararlaştırılmış ise burada ayıbın varlığı halinde ceza koşulu muaccel olacaktır. Burada önemli olan asıl borcun muaccel hale gelmiş olması gerektiğidir³¹⁰. Asıl borç muaccel eş deyişle talep edilebilir hale gelmiş olmalıdır ki bu borcun ihlal edildiğinden söz edilebilsin.

Borcun eksik ifa edildiği durumda TBK m. 84.'e göre: *“Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.”* Buna göre alacaklı kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu sebeple iş sahibi kısmi ifayı reddederek borçluyu borcunu hiç ifa etmemiş durumuna düşürebilir. Eğer iş sahibi kısmi ifayı kabul ederse geri kalan kısım için bir süre tayin edecek ve bu süre içerisinde gecikme tazminatı ile birlikte kalan kısım ifa edilirse artık ceza koşulu talep edilemeyecektir. Ancak yüklenici kalan kısmı verilen

³¹⁰ Karataş, s. 337.

sürede tamamlayamaz ise iş sahibi kabul ettiği kısmi iade ederek ceza koşulunu talep etmeye ya da kısmi ifa sebebiyle yapılan kısmi ödemeyi mahsup edip kalan zararının tazmine hak kazanacaktır³¹¹.

Ayrıca yapılan ifanın ayıplı olması da ifa etmeme hükmünde değerlendirilir. İş sahibi ayıplı ifayı kabul etmeyerek ceza koşulu talebinde bulunabilir. Yahut ayıplı ifayı kabul ederek ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre zararını tazmin eder³¹².

Eğer ki; sözleşmede ifaya ekli ceza koşulu kararlaştırılmış ise burada ceza koşulunun muacceliyeti için öngörülen yer veya zamanda sözleşmenin ifa edilmemiş olması aranacaktır. Eser sözleşmelerinde bu ceza koşulu türü sıklıkla düzenlenmekte daha çok gecikme cezası olarak karşımıza çıkmaktadır. Eserin taraflarca kararlaştırılan zamanda teslim edilmediği durumda ceza koşulu muaccel hale gelmiştir. Ceza koşulu yalnızca zamanında teslim etmeme durumu için kararlaştırılmış ise eser zamanında teslim edildiği takdirde, ayıplı eser teslimi söz konusu olsa bile ceza koşulu muaccel hale gelmeyecektir³¹³. Ceza koşulu hangi şarta bağlı olarak belirlenmiş ise o şartın gerçekleşmesi zaruridir.

3. Borçlunun Kusurlu Olması

Ceza koşulunun alacaklının tarafından talep edilebilmesi için borçlunun borca aykırı davranışında kusurunun bulunmadığını ispat etmemiş olması gerekir. Zira TBK m. 182/2 hükmünde aksine sözleşme yok ise kusursuz ifa imkânsızlığına düşen borçlunun ceza ödemekten kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün geniş yorumlanması ile

³¹¹ Tunçomağ, s. 98; Gökçeoğlu, s. 61.

³¹² Tunçomağ, s. 98.

³¹³ Kurt, s. 219.

doktrinde hâkim görüş ve Yargıtay tarafından ceza koşulu alacağının muaccel olabilmesi için borçlunun borca aykırı eyleminde kusurlu olması gerektiği kabul edilmiştir³¹⁴.

Borçlunun ya da yüklenicinin ceza ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için yalnızca kusurunun bulunmaması yetmez ayrıca bunu ispat etmiş olması gerekir. Görüldüğü üzere borçlu, kusursuz olarak ifada temerrüt, kötü ifa yahut ifada imkânsızlık durumlarına düşmesi halinde kusursuzluğunu ispat ettiği durumda ceza koşulu ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır.

Kusursuz sorumluluk hallerinde bu durumun istisnası söz konusudur. Zira borçlunun kusursuz olsa bile kanunen sorumlu tutulduğu hallerde ceza koşulu alacağı muaccel olacaktır. Örneğin; borçlu tarafından kullanılan yardımcı kişinin fiili nedeniyle borca aykırılık hali ortaya çıkmış ise adam çalıştıranın sorumluluğu gereği (TBK116) borçlu alacaklının uğradığı zararı kusuru bulunmasa bile tazminle yükümlü olduğundan, bu borç ihlali için kararlaştırılan ceza koşulunu da ödemesi gerekir³¹⁵. Taraflar sözleşmede borçlunun kusuru olmasa bile borca aykırılık halinde ceza koşulunu ödemekle yükümlü olacağını ceza koşulu alacağının borçlunun kusurundan bağımsız olduğunu belirtmek suretiyle kararlaştırabilirler.

Eser sözleşmelerinde daha çok gecikme cezası olarak karşımıza çıkan ceza koşulu eğer hem iş sahibinin hem de yüklenicinin kusurundan kaynaklanmış ise iş sahibinin ceza koşuluna etkisi araştırılmakta ve iş sahibinin işin gecikmesine neden olduğu süre toplam ceza koşulundan düşülerek hüküm kurulmaktadır³¹⁶.

³¹⁴ Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 545; Ozanoğlu, s. 104; Kurt, s. 223; Günay, s. 118.

³¹⁵ Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 546.; Tunçomağ, s. 102; Kocaağa, s. 175.

³¹⁶ Yargıtay 15. HD'nin 07.06.1999 tarih 1999/700E.- 1999/2345 sayılı kararı bkz. Karataş, s. 340.

Ayrıca Yargıtay uygulamasına göre iş sahibi sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş yahut haksız şekilde sözleşmeyi feshetmiş ise artık ceza koşulu talep edemez³¹⁷.

Yine mücbir sebep halinde de borçlu tarafından önceden öngörülemeyen, engelleyemeyeceği ve borca aykırılığın borçluya isnat edilemeyeceği bir durum söz konusu olur. Borçlu tarafından mücbir sebebin ispat edilmesi durumunda da ceza koşulu ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.

Uygulamada eser sözleşmelerinde mücbir sebebin iş sahibine bildirimi zorunluluğu getirilmekte ve bildirim şekli ile ilgili yükleniciye özel şartlar yüklenerek bu şartlara uymaması halinde ceza koşulu ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmektedir.

B. SEÇİMLİK CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET HÜKÜMLERİ

1. Alacaklının Seçim Beyanı

Seçimlik ceza koşulunun tanımına daha önce yer verildiği üzere sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için kararlaştırılan ceza koşulu seçimlik ceza koşuludur. Ceza koşulu muaccel hale geldiğinde eş deyişle borçlunun kusurlu borca aykırı davranışı ile istenebilir duruma geldiğinde sözleşmede aksine bir hüküm yok ise artık alacaklı ya borcun ifasını yahut ceza koşulunun ödenmesini talep edecektir. Buradaki seçim beyanı önem arz etmektedir. Alacaklının seçimlik ceza koşulu talep edebilmesi için ifadan vazgeçerek ceza koşulunu talep ettiğini beyan etmiş olması gerekmektedir. Bu seçim hakkı yenilik doğuran bir hak olup seçim beyanı da varması gereken irade beyanıdır. Alacaklının herhangi bir şekilde ceza koşulunu seçtiğine ilişkin

³¹⁷ Gökçeoğlu, s. 63; Yargıtay 15 HD 02.11.1992 tarih 1515/5016 Sayılı kararı Bkz. Karataş s. 339; Yargıtay 15 HD 08.06.1998 Tarih ve 1781/2443 Sayılı kararı bkz. Karataş, s. 339; Ozanoğlu, s. 104.

beyanı borçluya ulaştıktan sonra artık ifayı talep edebilmesi mümkün değildir³¹⁸. Eğer ki alacaklı ifayı talep etmişse de artık ceza koşulu talebinde bulunamayacaktır. Zira alacaklının seçim beyanından dönmesi mümkün değildir.

Alacaklı bu seçimi yazılı yahut sözlü olarak bildirebilir. Alacaklının bu seçimini zımni olarak ortaya koyması da mümkündür. Örneğin eser sözleşmesine aykırılık halinde dava açan iş sahibi akdin ifasını örneğin tapu devrini, yahut ifa edilmeyen işler için bunların bedelini istiyorsa artık ceza talebi dinlenmeyecektir³¹⁹.

Seçim beyanının süresi ile ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak alacaklının hakkaniyete uygun şekilde makul bir sürede bu hakkını kullanması gerekir. Kendisinden kaynaklanan sebeplerle uzun süre sessiz kalan ve ceza koşulu miktarının da zararların da artmasına sebep olan alacaklının ceza koşulu alacağından yahut tazminat alacağından bu sürelerin düşülmesi gerekir. Ancak tacirler bakımından ceza koşulundan indirim yapılması söz konusu olmadığından bu durum tacirler açısından geçerli değildir. Uygulamada bazı sözleşmelerde ceza koşulunun üst limiti belirlenmekte hatta bu miktara ulaşıldığında alacaklının sözleşmeyi tek taraflı olarak derhal feshedebileceğine dair hükümlere yer verilmektedir.

2. Alacaklının seçim beyanının sonuçları

a. Alacaklının Asıl Borcun İfasını Talep Etmesi

Alacaklının asıl borcun ifasını seçtiği durumda borçlu borcunu ifa edecek ve varsa alacaklının ifa etmemeden doğan zararlarını karşılayacaktır³²⁰.

³¹⁸ Eren, s. 1208; Tunçomağ, s. 44.; Günay, s. 141.

³¹⁹ Yargıtay 15. HD'nin 17.06.1996 tarih ve 2702/3402 sayılı kararı ile Yargıtay 15. HD'nin 06.02.2008 tarih 2007/5130E.-2008/677K. sayılı kararı bkz. Karataş, s. 355-357.

³²⁰ Uçar, s. 55

Alacaklı sözleşmenin ifasını talep etmesine rağmen sonradan kusurlu ifa imkansızlığı nedeniyle borçlu sözleşmeyi ifa edememiş ise artık TBK m. 125 bağlamında ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilecektir³²¹. Alacaklının müspet zararı ise sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulu miktarı ile sınırlı değildir. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar³²² tarafından alacaklının borcun ifasını talep etmesi halinde borçlu ifadan kaçınır ise daha sonra ceza koşulunun talep edilebileceği kabul edilmişse de Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Yargıtay bir kararında³²³:

“Davacı taraf davasında davalının sözleşmeye uygun şekilde işi ifa etmemesi nedeniyle namına yaptırdığı işlerin bedelini gecikme cezası ile birlikte istemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde öngörülen ceza BK 158. madde hükmünün 1. fıkrasında sözü edilen seçimlik ceza olup akdin icrasını isteyen yüklenici cezanın tediyesini isteyemeyeceğine göre mahkemece davalı aleyhine cezaya hükmedilmemesi gerekmektedir.” ifadelerine yer vermiştir.

Ayrıca OZANOĞLU da aynı şekilde ifade ısrar eden alacaklının ancak tazminat talep etme imkânına sahip olabileceğini ifade etmiştir³²⁴. Gerçekten de alacaklının seçiminin sonuçlarını iyi ölçüp tartması ve ona göre karar vermesi gerekir. Özellikle eser sözleşmelerinde çoğu zaman borçlu tarafından işin tamamlanıp tamamlanamayacağı öngörülebilir. Bu sebeple alacaklı doğru seçim yapmalı aksi halde seçiminin sonucuna da katlanmalıdır. Aksi halde seçim beyanından dönülemiyor olması ve bu beyanın hukuki niteliği anlamını yitirecektir.

³²¹ Gökçeoğlu, s. 30; Eren, s. 1029

³²² Günay, s. 141; Tunçomağ, s. 109.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 349.

³²³ Yargıtay 15. HDnin 05.04.1990 tarih ve 1989/4187E. 1990/1594K. bkz. Günay, s. 142

³²⁴ Ozanoğlu, s. 93

b. Alacaklının Ceza Koşulunu Talep Etmesi

Alacaklının seçim hakkını ceza koşulundan yana kullandığı durumda artık borçlu asıl borcun ifasından kurtulmuştur. Alacaklının, asıl edimin eksik ifası nedenine dayanarak ceza koşulu talep ettiği durumda artık borçludan aldıklarını iade etmesi gerekir³²⁵. Zira alacaklının seçimi ile asıl borç ortadan kalktığı için alacaklının ifa ile edindiği kazanımlar sebepsiz zenginleşme niteliği kazanır.

Daha önce yer verdiğimiz Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere alacaklı seçimini ceza koşulundan yana kullanmış ise artık ifanın talebi anlamına geleceğinden eksik ve ayıplı işler bedelini de talep edemeyecektir.

C. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN MUACCELİYET HÜKÜMLERİ

1. Ceza Koşulunun İfa ile Birlikte Talep Edilmesi

İfaya eklenen ceza koşulu eser sözleşmelerinde en sık rastlanan ceza türü olup genellikle gecikme cezası şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak kanunda yer alan tanımına binaen belli bir zaman ve yerde ifa edilmeme koşula bağlanan her türlü ceza koşulu da ifaya eklenen cezadır. Bu tür cezada alacaklı hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edebilmektedir. İfaya eklenen ceza koşulu borçlunun borcunu belirtilen yer ve zamanda ifa etmediği durumda muaccel hale gelir. Ancak bazı sözleşmelerde yükleniciye gecikme tarihinden itibaren başlayan bir cezasız süre (grace period) öngörülmekte bu sürenin de dolmasıyla ceza işlemeye başlamaktadır. Cezasız sürenin başlaması bazı sözleşmelerde iş sahibinin ihtarına bağlanmakta bazı sözleşmelerde ise kendiliğinden başlayacağı düzenlenmektedir.

İfaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş olması gerekmektedir. Sözleşmenin feshedilmesi halinde ifa talebi ortadan kalkmış

³²⁵ Uçar, s. 56; Eren, s. 1209.

olduğu için ifaya bağlı ceza da talep edilemeyecektir³²⁶. Bu durumda TBK m. 125 uyarınca seçimlik hakkını fesihten yana kullanan iş sahibi ancak sözleşmenin ifa ile sonuçlanmamış olmasından kaynaklanan zararının tazminini talep edebilecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere yükleniciye gecikmeden sonra belirli bir süre tanınmış ve ceza koşulu işletilmiş ise yahut cezalı çalışma süresi sözleşmede kararlaştırılmış ise feshe kadar işleyen cezalar iş sahibi tarafından talep edilebilecektir.

Uygulamada yaşanan sorun ise özellikle gecikme cezalarında iş sahibinin eserin teslimi çok gecikmiş olmasına rağmen sözleşmeyi feshetmeyerek yükleniciye arka arkaya süre vermesi ve cezalı sürelerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek derecede uzatılmasıdır. ÖZ bu hususta yüklenicinin artık işi yapamayacağını anlaşıldığı tarihte ifanın imkansızlaşmış sayılması gerektiğini ve bu tarihten sonra ceza işletilmemesi gerektiğini ifade etmektedir³²⁷. Ancak ÖZ'ün de belirttiği gibi ceza koşulunu kar olarak gören iş sahipleri olmakla birlikte çok büyük çaplı, komplike ve süresinde bitirilmesi iş sahibi için hayati önem arz eden inşaat işlerinde çoğu zaman sahada yüklenici değişikliği iş sahibinin işine gelmemekte yeni bir yüklenici arayışı yerine aynı yüklenicinin gecikmeli olarak işi tamamlaması daha çok tercih edilmektedir. Bu durumda işi bitireceği vaadiyle iş sahibini uzun süre oyalayan işi yapamayacağını açıkça bildirmeyen ve zararın artmasına sebebiyet veren yükleniciler açısından ceza koşulu son ana kadar işletilmeli her somut olay kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

³²⁶ Yargıtay 15. HDnin 18.04.2007 Tarih ve 2006/2326 E. 2007/2518K. sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 10.06.2019)

³²⁷ ÖZ, İnşaat, s. 158.

Yargıtay içtihatlarına göre ise iş sahibinin borca aykırılığın gerçekleşmesinden sonra uzun süre aynen ifa ve gecikme cezasında ısrar etmesi kural olarak hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmeyecektir³²⁸.

KURT da benzer bir görüş beyan etmekte ve bu durumu yüklenicinin işten el çekip çekmemesine göre iki ayrı durum için değerlendirmektedir. KURT'a göre işten el çekmeyen yüklenicinin iş sahibi nezdinde işi tamamlayacağı yönünde haklı bir kanaat uyandırdığı ve bu durumda iş sahibinin ifada ısrar etmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmediği kabul edilmelidir. Ancak yüklenici işten el çekmiş ve/veya iş sahibine açıkça işi tamamlayamayacağını bildirmiş ise ÖZ'ün aksine KURT ifa imkânsızlığının söz konusu olmayacağını temerrüt halinin devam edeceğini bu nedenle iş sahibinin zararı azaltacak tedbirler alması ve derhal ikame ifa kanalına müracaat etmesi veya aynen ifadan vazgeçerek diğer seçimlik haklarını kullanması gerektiğini aksi halde ifa talebinde ısrar etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir³²⁹. Kanaatimizce sonraki kusurlu ifa imkânsızlığının kabul edilmesi, işten el çektiği yahut bunu açıkça

³²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 tarih 1991/15-340E.- 1991/467K. Sayılı Kararı: “Yüklenici bir işi üstlenirken kendi bilgisinin uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle davacı hiçbir indirim tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecektir.” HGK bu kararın istisnalarının olabileceğini de şöyle belirtmiştir: “Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması halinde: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağan üstü hallerin varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.” (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 10.09.2019)

³²⁹ Kurt, s. 235-236.

bildirdiği andan itibaren ceza koşulunun işletilmemesi ve yükleniciden işten el çekene kadar işleyen cezalarla birlikte tazminat talep edilmesi daha pratiktir.

2. Açıkça Vazgeçme ve İhtirazi Kayıt

TBK m. 179/2 hükmüne göre alacaklı hakkından açıkça vazgeçmemiş yahut ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça asıl borçla birlikte kararlaştırılan cezanın ödenmesini de isteyebilir. Dolayısıyla alacaklı ceza koşulu talep hakkından vazgeçtiğini borçluya açıkça bildirmiş yahut taraflar yeni bir anlaşma ile ceza koşulunu ortadan kaldırmış olabilirler. Bu durumda ifaya eklenen ceza koşulu talep edilemeyecektir. Eğer ceza koşulu alacağından vazgeçmedi ise alacaklının ifaya eklenen ceza koşulunu isteyebilmesi için ya ifayı kabul etmemiş yahut ifayı kabul ederken ceza koşulu alacak hakkını saklı tutmuş olması gerekmektedir³³⁰. Aksi halde alacaklı ceza koşulu hakkından örtülü olarak vazgeçmiş sayılacaktır³³¹. İhtirazi kayıt eserin kabulünden önce eserin kabulü sırasında yahut kabulden sonra derhal yapılabilir³³².

İhtirazi kayıt herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak bu beyan içeriği ile yüklenicinin iş sahibinin daha sonra ceza koşulu alacağını talep edebileceğini şüphesiz şekilde anlıyor olması gerekmektedir³³³.

³³⁰ Yargıtay 15. HD'nin 12.01.2005 tarih, 2004/2921 E. ve 2005/101 K. sayılı kararı: “Taraflar arasındaki 26.10.2001 tarihli sözleşmenin cezai şart başlıklı 4. maddesinde “...taşeron sözleşmeyi süresinde bitirmez ise, işverenin uğradığı tüm zararı tazmin etmekle beraber teslim etmediği her gün için 100.000.000 da tazminat olarak işverene öder” hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm Borçlar Kanunu’nun 158/II. maddesi gereğince ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Anılan maddeye göre, edanın ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeksizin kabulü halinde bu ceza istenemez...” (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 03.10.2019)

³³¹ Eren, s. 1209; Gökçeoğlu, s. 66; Uygur, s. 654.

³³² Karataş, s. 367.

³³³ Ozanoğlu, s. 105.

§2. CEZA KOŞULUNUN ZARAR VE KUSUR İLE İLİŞKİSİ

I. CEZA KOŞULUNDA ZARAR ŞARTININ ARANMAMASI

TBK m. 180/1'e göre alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezanın alacaklıya ödenmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu ceza koşulu alacağını zararın gerçekleşmesi şartına bağlamamış bir zarar oluşmasa bile muaccel hale gelen ceza koşulunun talep edilebileceğini düzenlemiştir. Ceza koşulu zarardan bağımsız olup zarar oluşmasa bile ceza talep edilebilecektir. Bu sebeple iş sahibinin zararı cezadan daha az ise borçlu ceza ödemekten kurtulamayacaktır. Ancak iş sahibi tarafından hem zararın tamamı hem de ceza birlikte talep edilemeyecektir. TBK 180/2'de "*Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.*" hükmüne yer verilmiş olup alacaklı ancak ceza miktarından fazla bir zararı var ise cezayı aşan kısmı borçlunun kusurunu ispat ederek talep edebilecektir. Aşan zarara bir alt başlıkta yer verilecektir.

II. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

A. GENEL OLARAK

İş sahibi sözleşmeye aykırılık nedeniyle ceza miktarından daha fazla bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda TBK m. 180/2'de belirtildiği üzere alacaklı borçlunun sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olduğunu ispat ederse cezayı aşan zararını da tazmin edebilecektir³³⁴. Örneğin; taraflar sözleşmede ceza tutarını 50.000 TL olarak belirlemiş ancak iş sahibi gecikmeden dolayı 100.000 TL zarara uğramış ise iş sahibinin gecikme tazminatı alacağından ceza koşulu miktarı düşülerek 50.000 TL tazminat alacağına hükmedilecektir.

³³⁴ Kurt, s. 224.

B. KOŞULLARI

Ceza koşulunu aşan zararın tazmin edilebilmesinin koşulları tazminata vücut veren unsurların mevcut olmasına bağlıdır. İş sahibinin tazminat talebinden farklı bir durum söz konusu olmayıp yalnızca sebepsiz zenginleşmenin ve menfaatler dengesini bozmanın önüne geçilmesi amacıyla toplam tazminattan iş sahibine ödenecek olan ceza koşulu miktarının düşülmesi söz konusudur.

➤ Kusur

TBK m. 180/2’de açıkça ifade edildiği üzere ilk koşul yüklenicinin borca aykırı davranışında kusurlu olduğunun iş sahibi tarafından ispat edilmesidir. Aksi halde iş sahibi cezayı aşan zararının tazminini talep edemez. Borçlunun bizzat kusurlu olmadığı ancak zararın tazmininden sorumlu olduğu kusursuz sorumluluk hallerinde de cezayı aşan zararı tazmin etmesi gerekecektir³³⁵.

➤ Zarar

Tazminat talebinin söz konusu olabilmesi için iş sahibinin yüklenicinin ceza koşulunu muaccel hale getiren borca aykırı eyleminden kaynaklanmış olan bir zarara uğramış olması zorunludur. Herhangi bir zararın söz konusu olmadığı durumda tazminat talebinden de söz edilemez. Cezayı aşan bir zararın söz konusu olduğu durumda ceza miktarı zarar miktarından düşülecektir.

Elbette taraflar bunun aksini kararlaştırarak ceza koşulunun iş sahibinin zararından düşülmeyeceğini kararlaştırabilirler. Uygulamada bazı sözleşmelerde ceza koşulunun tazminat alacağından bağımsız olduğu, iş sahibinin borca aykırılıktan doğan

³³⁵ Tunçomağ, s. 123; Dirican, s.182.

zararlarını tazmin etmiş olmasının ceza koşulu alacağını hiçbir surette azaltmayacağı yahut ortadan kaldırmayacağına ilişkin hükümler yer bulabilmektedir.

İş sahibi zararının tazminini talep ettiği davasında ceza koşulunu talep etmemiş olsa bile tazminat hesap edilirken ceza koşulu miktarı zarardan düşülecektir³³⁶.

Ayrıca Yargıtay eser sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan kesin teminatın irat kaydedilmesine ilişkin hükümler karşısında sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise kesin teminat tutarını ceza koşulu miktarı olarak kabul etmekte ve bu miktarın da zarardan düşülmesi gerektiği yönünde karar kurmaktadır³³⁷.

Sonuç olarak, ceza miktarını aşan zararın tazminini talep edebilmesi için iş sahibinin hem aşan zararını hem de yüklenicinin kusurunu ispat etmesi gerekmektedir³³⁸.

➤ İlliyet Bağı

İş sahibinin zararı ile yüklenicinin borca aykırı eylemi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır³³⁹.

➤ İspat

TBK m. 112'ye göre zararın oluşmasında bir kusurunun bulunmadığını ispat yükü borçlu üzerindedir. Ancak cezayı aşan zararda durum farklı olup kanun koyucu borçlunun kusurlu olduğunu ispat külfetini alacaklı üzerine yüklemiştir. Alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmedikçe aşan zararını talep edemeyecektir. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde alacaklının ispat külfeti ortadan kalkmaktadır. Örneğin eğer zarara borçlunun

³³⁶ Yargıtay 15. HDnin 14.05.1998 tarih ve 1459/2025S. Kararı bkz. Karataş s. 375-376.

³³⁷ Günay, s. 161; Karataş, s. 376; Uygur, C. 2, s. 410.

³³⁸ Eren, s. 1211.

³³⁹ Uçar, s. 82.

yardımcıları sebebiyet vermiş ise TBK m. 116 gereğince alacaklı borçlunun yardımcılarının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir³⁴⁰.

III. CEZA KOŞULU VE KUSUR İLİŞKİSİ

TBK m. 112 uyarınca tazminat ancak borçlunun kusursuzluğunu ispat etmediği durumda talep edilebilecektir. TBK m. 182/2’de de buna paralel olarak: “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” hükmü yer almaktadır. Bu ifadeden de açıkça anlaşılabileceği üzere, aksine hüküm bulunmadıkça kusursuz ifa imkânsızlığına düşen borçlu, ceza koşulunu ödemekten kurtulacaktır³⁴¹.

Doktrinde hâkim görüş bu hükmün TBK’nın tazminat ve sorumluluk hükümleri ile uyumlu olduğunu ve ceza koşulu talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerektiğini kabul etmektedir³⁴².

Aksi görüş ise; ceza koşulunun ödenmesinde borçlunun kusurunun aranmayacağını, borçlunun ister kusurlu ister kusursuz olsun, alacaklı ister zarar görsün ister görmesin ceza koşulunun ödeneceğini belirtmektedir³⁴³. EREN³⁴⁴ ceza koşulu

³⁴⁰ Eren, s. 1211; Günay, s. 164.; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 548

³⁴¹ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 545.

³⁴² Ekinci, Hüseyin: ‘Cezaî Şart İlişkisinde Kusur Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi’, Cilt: 2, Sayı: 8, Nisan 2007, Sayfa: 21-28; Tunçomağ, s. 102; Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 546; ÖZ, İnşaat, s. 157; Uçar, s. 54; Kılıçoğlu, s. 984-985; Kurt, s. 184; Ozanoğlu, s. 106.

³⁴³ Eren, s. 1210-1211; Cansel/Özel, s. 726: “*Alacaklının, ceza koşulunu talep edebilmesi için borçlunun, sözleşmenin ifa edilmemesinde ya da kötü ifa edilmesinde kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. BK m. 112’de borçlunun kusurlu olması halinde alacaklının zararını tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak, ceza koşulunun niteliği ve amacı düşünüldüğünde, borçlunun kusurunu aramak yerinde olmayacaktır. TBK m. 181’de ceza koşulunun muaccel olmasında kural olarak borçlunun kusuru aranmayacaktır; ancak taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabileceklerdir.*”; Sanlı, s. 352-353.

³⁴⁴ Eren, s. 1210-1211.

alacağının talep edilebilmesi için kusur tartışmasına gerek olmadığını, kusur olsa da olmasa da cezanın ilke olarak ödeneceğini, imkânsızlık halinde ise ceza koşulu talep edilememesinin sebebinin borçlunun kusursuzluğu değil ceza koşulunun asıl borca bağlı ferî bir borç olması ve imkânsızlık sonucu borcun ortadan kalkmış olması olduğunu ifade etmektedir.

Kanaatimizce; hâkim görüş kanuni düzenlemeye ve hakkaniyete daha uygundur. Bu kapsamda seçimlik ceza koşulunun söz konusu olduğu sözleşmelerde taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa ifanın borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaştığı durumlarda yahut borçlunun kusuru olmamasına rağmen kötü ifanın ortaya çıkması halinde ceza koşulu talep hakkı ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde ifaya eklenen ceza koşulunda da yüklenici yahut borçlu kusuru olmaksızın ifada gecikirse yahut kararlaştırılan yerde ifayı gerçekleştiremezse bunu ispat ettiği takdirde ceza koşulu ödemekten kurtulacaktır³⁴⁵.

Sözleşmede yüklenici kusursuz olsa bile ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılabilir. Bu durumda gecikmeye yahut borca aykırılığa iş sahibi/alacaklı sebep olmadıkça yüklenici kusursuz olsa bile ceza koşulunu ödemek durumundadır³⁴⁶.

§3. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

TBK m. 182/1 ceza koşulu miktarı ile ilgili genel kuralı düzenlemekte ve tarafların ceza koşulu miktarını serbestçe tayin edebileceğini hüküm altına almaktadır. Taraflar sözleşme serbestisi kapsamında TBK m. 182/1 hükmünün de kendilerine tanıdığı yetki ile ceza miktarını serbestçe tayin edebilirler. Ancak bazen tarafların belirlediği miktar oldukça fahiş ve aleyhine ceza koşulu belirlenen tarafın mahvına sebebiyet verecek

³⁴⁵ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 546.

³⁴⁶ Öz, İnşaat, s. 157.

ölçüde yüksek olabilmektedir. Bu nedenle hakkaniyetin sağlanabilmesi ve güçlü durumda bulunan alacaklının borçluyu ekonomik olarak ezmesinin önüne geçilmesi açısından TBK m. 182/3’de: “*Hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” hükmü düzenlenmiştir.

TBK’nın 27. maddesinde de: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu kapsamda taraflarca belirlenen ceza koşulu borçlunun mahvına sebebiyet verecek kadar yüksek ise bu cezanın somut olayın özelliğine göre TBK m. 27 ve TBK 182/3 maddeleri gereğince ya tamamen ortadan kaldırılması yahut yalnızca ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan kısmın kaldırılması gerekmektedir³⁴⁷.

Bazı durumlarda ceza koşulu TBK m. 27’ye aykırılık teşkil edecek derecede yüksek olmasa bile, ceza koşulu miktarının tarafların temin etmek istedikleri faydaya uygun olmaması, alacaklıya aşırı bir menfaat sağlayarak borçluyu çok zor durumda bırakıyor olması, koşulların sonradan değişmesi nedeniyle ceza koşulu ile zarar arasında aşırı bir fark oluşmuş olması gibi sebeplerle ceza koşulunun indirimi gerekebilir. Ancak indirim sebebi ceza koşulu ile zarar arasındaki farkın alacaklı lehine olması değil borçlu açısından fahiş olmasıdır³⁴⁸.

³⁴⁷ Ekinci, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s. 321

³⁴⁸ Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 321.

II. CEZANIN İNDİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A. BORÇLUNUN TALEBİNİN GEREKMEMESİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere TBK m. 182/3 hükmüne göre hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirecektir. Bu nedenle borçlu ileri sürmese bile ceza koşulu miktarının fahiş olup olmadığı hâkim tarafından resen gözetilecektir³⁴⁹. Doktrinde bazı yazarlar ise hâkim görüşün ve Yargıtay uygulamasının aksine ceza koşulunun aşırılığının talep olmadan resen değerlendirmeye tabi tutulamayacağını savunmaktadırlar³⁵⁰.

B. GEÇERLİ BİR CEZA KOŞULUNUN MEVCUT VE MUACCEL OLMASI

Fahiş ceza koşulundan indirim talep edilebilmesi için öncelikle geçerli bir ceza koşulu sözleşmesinin mevcut olması şarttır. Asıl borcun fer'i olması nedeniyle yahut ahlaka adaba aykırı olması, imkânsızlık, emredici hükümlere aykırılık gibi sebeplerden hükümsüz hale gelen ceza koşulunun aşırılık durumu incelenmez³⁵¹.

Diğer yandan muaccel hale gelmemiş olan ceza koşulu herhangi bir şekilde talep konusu olamayacağından indirimi de talep edilemez. Yine ödenmiş olan ceza koşulunun da indirimi istenemez. Bu durumda borçlu indirim isteme hakkından vazgeçmiş sayılır³⁵².

C. CEZA KOŞULUNUN AŞIRI OLMASI

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının belirlenmesi kanunda tamamen hakimnin takdir yetkisine bırakılmıştır. Zira aşırılığın tespiti her somut olayın kendine has olan

³⁴⁹ Karataş, İzettin: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016, 4. Bası, s. 466.; Aydemir, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2016, s. 389.

³⁵⁰ Tunçomağ, s. 152-153; Ekinci, s. 326.

³⁵¹ Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 322; Tunçomağ, s. 142; Karataş, 4. Bası, s. 467.

³⁵² Karataş, 4. Bası, s. 467.

koşulları ile değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan doktrinde aşırılığın tespitinin hâkime bırakılmış olması isabetli bulunmaktadır³⁵³.

Ancak hâkimin bu yetkisi sınırsız olmayıp içtihatlar ile bazı kıstaslar belirlenmiştir³⁵⁴. Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşlere göre aşırılığın tespitinde ceza koşulunun miktarı ile alacaklının sözleşmenin ifa edilmesinden elde edeceği fayda, borçlunun borca aykırı davranışı neticesinde alacaklının uğradığı zararın miktarı, borçlunun kusurunun ağırlık derecesi, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ekonomik olarak güçsüz olması sebebiyle fahiş cezayı kabul etmek zorunda kalıp kalmadığı, sözleşmenin türü ve süresi gibi hususlar her somut olay özelinde tek tek değerlendirilmelidir³⁵⁵.

Ceza koşulunun aşırı olması ile kastedilen, ceza miktarının, alacaklının menfaatleri ile borçlunun menfaatleri arasındaki farkın adalet ve hakkaniyet ile bağdaşmayacak ölçüde açık bir oransızlık bulunacak kadar yüksek olmasıdır. Ancak ceza tutarının borçluyu zorlaması, ekonomik açıdan malvarlığında ciddi bir kayba neden

³⁵³ Tunçomağ, s. 144.

³⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.04.2000 tarih ve 2000/13-749E.- 2000/758K. Sayılı kararında (bkz. Gökçeoğlu, s. 177.) şu ifadeler yer almaktadır; “Cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar her olayda kendine özeldir ve önemlidir. Cezai şartın taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nefasete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir.”; Yargıtay 13. HDnin 11.11.1986 tarih ve 4726-5410 sayılı kararında (bkz. Karataş, 4. Bası, s. 468) ise “Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmelidir.”; Günay, s. 182.

³⁵⁵ Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 324-325; Günay, s. 181-194; Gökçeoğlu, s. 68; Tunçomağ, s. 147-150

olacak olması ya da ticari işlerini olumsuz etkilemesi gibi durumlar cezanın zorlayıcılık işlevinin bir gereği olup aşırı olarak nitelendirilemez³⁵⁶.

Ceza koşulunun aşırılığının tespitinde hangi anın dikkate alınacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre aşırı ceza koşulunun varlığını belirlerken sözleşmenin yapıldığı anı dikkate almak gerekmektedir³⁵⁷. Ancak ceza koşuluna ilişkin sözleşme yapılırken uygun miktarda olan ceza koşulu zaman içerisinde aşırı hale gelebilir. Tam tersi de olabilir ve kararlaştırıldığı anda aşırı olan ceza koşulu, zaman içinde alacaklının elde edeceği edimin menfaatinin artması ile aşırı sayılamayacak duruma ulaşmış olabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde ceza koşulunu indirmek alacaklının menfaatlerini olumsuz etkiler³⁵⁸.

İkinci görüş ise, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının muacceliyet anına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır³⁵⁹. Ancak her ne kadar bu görüş muacceliyet anına kadar meydana gelebilecek değişiklikleri aşırılık tespitine dâhil edebilse de, muacceliyet anından aşırı ceza koşulunun talep ve dava edileceği ana kadar şartların değişmesi ile borçlunun veya alacaklının olumsuz etkilenmesi ihtimalini göz ardı etmektedir. Üçüncü görüşe göre, ceza koşulunun aşırılığının tespitinde dikkate alınacak an her olayın taşıdığı özelliğe göre hâkime bırakılmalıdır³⁶⁰.

Dördüncü ve TUNÇOMAĞ tarafından da savunulan görüşe göre hâkimin karar verdiği ana göre ceza koşulunun aşırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir³⁶¹. GÜNAY

³⁵⁶ Tamer, Ahmet: Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013, (s. 731-770), s. 745.

³⁵⁷ Staudinger/Werner, II, § 343 (Tunçomağ, s. 150'den naklen)

³⁵⁸ Uçar, s. 106

³⁵⁹ Becker, m. 163, N11, s. 234 (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 325'ten naklen)

³⁶⁰ Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 325; Tunçomağ, s. 151; Günay, s. 195-196.

³⁶¹ Tunçomağ, s.151; Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 325

ise dava tarihinin esas alınması gerektiğini böylece davanın uzamasının sonucu etkilemeyeceğini savunmaktadır³⁶².

Kanaatimizce de davanın açıldığı anın dikkate alınması ile ülkemizde çok uzun olan yargılama sürelerinin alacaklının menfaatini etkilemesinin önüne geçilmesi daha doğru olur.

III. TACİRLERİN İNDİRİM TALEP EDEMEMESİ

TTK'nın 22. maddesine 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.”*

Dolayısıyla cezadan indirim hakkı yalnızca tacir olmayan borçlular için öngörülmüştür. Çalışmamızın konusunu teşkil eden eser sözleşmelerinde de taraflar genellikle tacirdir. Tacir olan yüklenici TTK m. 22 gereğince cezadan indirim talep edemeyecektir. Tacirler bakımından bu yasağın getirilmesindeki asıl neden tacir olmanın gereklerinden olan ve TTK'nın 18/2 maddesinde düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüdür. Zira tacir, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek, ticari işletmesiyle ilgili hukuki işlemlere girerken, özellikle sözleşme yaparken ve yükümlülüklerini yerine getirirken kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Bu kapsamda ceza koşulu belirlenirken de borca aykırı davranması durumunda ödeyeceği ceza koşulu miktarının taciri ve ticari işletmesini ne şekilde etkileyeceğini, yaptığı işlemin sonuçlarını basiretli bir iş adamı (ticaret erbabı) gibi öngörmek ve bu yükümlülüğünün bir gereği olarak imzaladığı sözleşmenin doğurduğu

³⁶² Günay, s. 196.

hukuki sonuçlara katlanmak zorundadır. Bu nedenle tacirler bakımından bu yasağın getirilmiş olması mantıklı ve anlamlıdır.

A. CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ YASAĞININ UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

1. Borçlunun Tacir Olması

Ceza koşulunun indirilmesi yasağının uygulanabilmesi için ilk şart borçlunun tacir olmasıdır³⁶³. Ayrıca kanunen tacir sayılan ve tacirmiş gibi sorumlu tutulan kişiler de bu yasak kapsamında değerlendirilmektedir³⁶⁴. Buna göre aşağıda sıralanan kişiler cezanın indirilmesi yasağı kapsamındadır³⁶⁵:

- Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiler (TTK. m.12/1),
- Fiilen işletmeye başlamamış olsa bile, bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kişiler (TTK. m.12/2),
- Sahip oldukları ticari işletmeyi bunlar adına yasal temsilcilerin işlettiği küçük ve kısıtlılar (TTK. m.13),
- Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek

³⁶³ Aydemir, s. 389.

³⁶⁴ Ayhan, Rıza – Çağlar, Hayrettin – Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2009., s. 97; Çabri, Sezer: “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulmaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2006, C.3, S.11, s.913-928., s. 924

³⁶⁵ Tamer, s. 750.

olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişiler (TTK. m.14),

- Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar (TTK. m.16/1),
- Şirketler topluluğunun hâkimi durumundaki teşebbüs (TTK. m.195/5),
- TTK. m.12/3 gereğince gerçekte bir ticari işletme olmadığı halde bu şekilde bir görüntü ortaya koyan kimseler, iyiniyetli üçüncü kimseler karşısında tacir olarak kabul edilmekte ancak bu kişiler normal tacirlerden farklı olarak, kanunun tacirlere bağladığı haklardan yararlanamamakta, yalnızca tacirler için öngörülen yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyememe, tacir olmaya bağlanan bir hak değil, yükümlülük niteliğinde olduğundan, TTK. m.12/3 çerçevesinde tacir sayılan kişiler de TTK. m.22 kapsamına girecek ve dolayısıyla bunlar da aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyeceklerdir.

2. Borcun Ticari İşletme ile İlgili Olması

Ceza koşulunun indirilmesi yasağının uygulanmasının diğer şartı da ceza koşulunun ticari işletme ile ilgili olan bir borç için taahhüt edilmiş olmasıdır³⁶⁶. Kanunda bu durum açıkça belirtilmemiş olsa da hakkaniyet açısından gerçek kişi tacirin ticari işletmesiyle ilgili olmayan işlerinde bu yasağın uygulanmaması gerektiği doktrinde kabul edilmiştir³⁶⁷. Zira ceza koşulundan indirim talep etme yasağı tacirin tacir sıfatı ile yaptığı, basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olduğu işler göz önünde bulundurularak öngörülmüştür. Gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili olmayan örneğin kendi evi ile

³⁶⁶ Günay, s. 220.

³⁶⁷ Tunçomağ, s. 177.; Günay, s. 220-221.

ilgili olarak taraf olduğu bir eser sözleşmesi bakımından bu yasağın uygulanabilmesi söz konusu değildir.

B. CEZA KOŞULUNDAN İNDİRİM YASAĞININ İSTİSNASI

Daha önce de belirttiğimiz üzere TBK'nın 27. maddesinde: *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdığı hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzlük yaptırımına tabidir ve bu hükmün tacirler bakımından bir istisnası yoktur. O sebeple borçlu tacir dahi olsa ceza koşulunun TBK'nın 27. maddesine ayrılık teşkil etmesi durumunda kesin olarak hükümsüz sayılması gerekmektedir³⁶⁸.

Yargıtay bu husustaki bir kararında³⁶⁹ *“...kural olarak tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini isteyemezler. Ancak cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde, ahlak ve adaba aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi mümkündür...”* hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere her aşırı ceza koşulu TBK m. 27'ye aykırılık teşkil etmez. Yargıtay'ın belirlediği kıstasa göre borçlunun iktisaden mahvına sebebiyet verecek derecede yüksek olan ceza koşulu ahlaka ve adaba aykırıdır. Bu durumda borçlu tacir

³⁶⁸ Aydemir, s. 390

³⁶⁹ Yargıtay 15. HDnin 23.03.2010 T. 2009/1814 E. 2010/1643 K. Sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 12.12.2019)

dahi olsa ceza koşulunun kısmen ya da tamamen hükümsüz sayılarak indirim tabi tutulması mümkündür.

Yargıtay bir başka kararında³⁷⁰ “*Taraflar arasındaki 31.3.1995 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, inşaatın 30.6.1995 gününe kadar bitirilememesi halinde 380.000.000 liranın iki katı kadar bir tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu tazminat, BK.nın 158/II. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ifaya ekli ceza" niteliğindedir. Sözleşmeye göre de, işin bedeli, zaten 380.000.000 liradır. Daha açık bir anlatımla, yüklenici -ceza olarak hem aldığı veya alacağı bedeli ve hem de bu bedelin bir mislini ödeyecek; iş sahibi de -durduğu yerde- hem yapılan imalatı bedavaya getirecek ve hem de iş bedeli kadar bir para alacaktır. Gerçi, geciken ifa nedeniyle iş sahibinin de zararı söz konusu olursa da, sözleşmedeki bu ceza hükmü, muhtemel zararın çok ötesinde, onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hükümdür. Yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da, taşıdığı bu sakıncalarından dolayı Anayasa'nın 18. ve BK.nın 19. maddelerine aykırı olup, BK.nın 20/II. maddesi uyarınca butlan ile batıldır. Bu itibarla, reddi gereken ceza isteminin kabulü isabetli bulunmamış, kararın açıklanan nedenle de bozulması gerekmiştir.*” ifadelerine yer vererek iş bedelinin iki katını aşan ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırı olduğunu kabul etmiştir.

Dolayısıyla bazen ceza koşulu öyle yüksek belirlenmiş olabilir ki tacirin mahvına sebebiyet vermese bile olası zarardan çok daha fazla olması ve alacaklıya aşır menfaat sağlaması nedeniyle ahlaka ve adaba aykırı kabul edilebilir.

Özetle, eser sözleşmeleri bakımından değerlendirildiğinde aleyhine ceza koşulu belirlenmiş olan yüklenicinin tacir olması durumunda ceza koşulundan indirim

³⁷⁰ Yargıtay 15. HDnin 11.05.2000 tarih ve 2000/4655E.-2000/2324K. Sayılı kararı (Lexpera- Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 12.12.2019)

yapılmasını talep edebilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak ceza koşulunun ahlaka ve adaba aykırılık teşkil edecek derecede yüksek olması, ceza koşulunu ödemesinin yüklenicinin ticari olarak mahvına sebep olacak olması durumlarında ceza koşulu kısmen ya da tamamen hükümsüz sayılabilecektir.



SONUÇ

Mevcut çalışmada, eser sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü olan teslim borcunun zamanında ve gereği gibi ifa edilmesinin önemi vurgulanarak, bu bağlamda iş sahibinin menfaatini korumak amacı ile sözleşmelerde düzenlenen ceza koşulu hükümleri irdelenmiştir.

Genel itibarıyla eser sözleşmesi ve yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesinin şartları ve sonuçlarına da değinilen bu çalışmada ceza koşulunun hukuki niteliği ile uygulanması hususunda detaylı bilgilere yer verilmiştir.

Tarafların menfaat dengesini sağlamak adına, eser sözleşmelerinde sıklıkla uygulama alanı bulan ceza koşulu hükümlerinin doğru kurgulanması kritik önem taşımaktadır. Ceza koşulu hükümleri düzenlenirken fesih halinde ceza koşulu talep edilebilmesi, ek olarak zararların tazmin edilebileceği, ihtirazi kayıt ileri sürülmesine dahi ceza koşulu tahsil edilebileceği gibi hükümlere yer verilebilecektir. Ancak, günümüzde yükleniciye göre nispeten güçlü durumda bulunan iş sahipleri hazırladıkları matbu sözleşmelere hem ifanın gecikmesi halinde günlük işletilecek ceza hükümleri derç etmekte hem de herhangi bir aykırılıkta teminat mektuplarının irat kaydedilmesini ceza koşulu şeklinde düzenleyerek aynı aykırılık için birden fazla ceza hükmü uygulama yoluna gitmektedirler. Bu hükümler yüklenicileri oldukça zor durumda bırakmakta ve ceza koşulu hükümleri hakkaniyete aykırı şekilde uygulanmaktadır. Bu bağlamda, kanaatimizce; bu sözleşme hükümlerinin yükleniciden zararları tahsil etme ve edimlerini sözleşmeye uygun ifa etmesini sağlama yönünde bir garantiden ziyade orantısız bir ceza aracı olarak kullanılmaması, bu hususta gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akkayan Yıldırım, Ayça, “Ceza koşulunun İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C. LXI, s. 12, 2003.

Altaş, Hüseyin, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK. Mad.368), Ankara 2002.

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Arkun, Kudat, “Ceza Koşulunun Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti”, Ankara BD C.5, S. 58-59 Şubat 1949.

Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2016.

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2009.

Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.

Çabri, Sezer, “Cezai Şart Borçlusunun Tacir Olması Halinde İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Fahiş Cezai Şartın İndirime Tabi Tutulup Tutulamaması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2006, C.3, S.11, s.913-928.

Dayınlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2008.

Ekinci, Hüseyin, “Cezaî Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 8, Nisan 2007.

Ekinci, Hüseyin, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004.

Erdoğan, İhsan, “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, S.Ü.H.F.D., 1990/1, s. 135-172.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

Erol, Cansel/Özel, Çağlar, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Armağan, Volume 8, 19.01.2014, s.713-733.

Gökçeoğlu, Kâmil Haluk, Ceza koşulu ve Güncel İçtihatlar, 1. Baskı, İstanbul 2007.

Gümüş, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 2014.

Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984.

Karaca, Mehmet, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara, 2009.

Karataş, İzettin, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2016.

Kayıhan, Şaban, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017.

Kızır, Mahmut, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.

Kocağa, Köksal, Türk Özel Hukukunda Ceza koşulu, Ankara 2003.

Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 8. Baskı, İstanbul 2011.

Kurt, Leyla Müjde, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

Olgaç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Ceza koşulu (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S.1-2, Ankara (Haziran-Aralık 1999), (s.60-117).

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2017.

Öztürk, Muammer/Göktürk, Zeki, Usul ve Esaslarıyla Eser Sözleşmesi Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2019.

Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, İstanbul 2016.

Parlak Börü, Şafak, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku genel Hükümler, İstanbul 2008.

Sanlı, Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2017.

Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009.

Sütçü, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Ankara 2014.

Şahin, Turan, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Ankara 2012.

Tamer, Ahmet, “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, cilt II, Ankara 1987.

Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993.

Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Ceza koşulu, İstanbul 1963.

Turanboy, Asuman, “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, S. 1-4, 1989-1990.

Tutar, Elce, “Ceza koşulunun Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşlerin Dönme Cezası Bakımından Değerlendirilmesi ve Dönme Cezasının Benzer Kurumlardan Farkı”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 12, Ocak 2017.

Uçar, Ayhan, “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, AÜHFD, C.5, S. 1-4 (2001), s. 513-555, s.535.

Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, 1. Cilt, Ankara 1997.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yılmaz, Abdulkadir, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2019.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

ÖZET

Yaşantımızın her alanında ve özellikle ticari hayatta eser sözleşmelerinin uygulaması ile karşılaşmak mümkündür. Eserin meydana getirilmesi ve teslimi yüklenicinin asli borçlarıdır. İş sahibinin eser sözleşmesinden beklediği faydayı elde edebilmesi için eserin taraflar arasındaki anlaşmaya uygun şekilde ve uygun zamanda ifa edilmesi önemlidir. Bu kapsamda iş sahibinin menfaatini korumak amacı ile eser sözleşmelerinde ceza koşulu hükümlerine sıklıkla yer verilmektedir. Ceza koşulu yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesi halinde iş sahibinin zararını ispat etmesine gerek olmadan ödemeyi taahhüt ettiği edimler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tez ilk bölümde genel olarak eser sözleşmelerine ve yüklenicinin temerrüdüne ilişkin açıklamalara yer verilmiş, ikinci bölümde ise ceza koşulu kavramı, hukuki niteliği, muacceliyet hükümleri, ceza koşulu türleri ve cezanın indirilmesi hususları eser sözleşmeleri bağlamında irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: ceza koşulu hükümleri, eser sözleşmeleri, yüklenici temerrüdü, gecikme

ABSTRACT

In every sphere of life and specially in commercial areas it is possible to across with work contracts. Contractor's main obligations are creating the work and deliver it to customer properly. Creation and delivery of the work in a timely manner in accordance with the agreed terms between parties is very important for customer to receive its expected benefit from work contract. In this regard, penalty terms are stipulated in work contracts usually for security of customer's benefits. Penalty is an obligation that contractor guarantees to pay if it fails to meet its obligations without any need to proofs that shall be submitted by customer to prove its damages.

In the first part of this thesis, we have given place to work contracts and default of contractors with general explanations and in the second part description, legal nature, types and special terms of penalty are scrutinized with considering characteristics of work contracts.

Keywords: penalty clause, work contracts, default of contractor, delay